مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria
مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria http://koutoub-hasria.blogspot.com/

الكتب القانونية

التأمينات الشخصية والعينية

للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص
الرهن الحيازي - حقوق الامتياز

دكتور
سمير عبد السيد تناغو
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

١٩٩٦

توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزي وشركاه

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

التأمينات الشخصية والعينية

الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص
الرهن الحيازي - حقوق الامتياز

دكتور
سمير عبد السيد تناغو
أستاذ بقسم القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

١٩٩٦

توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزي وشركاه

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مقـــدمة

١ ـ الوظيفة الأساسية للتأمينات :

تهدف التأمينات بأنواعها المختلفة إلى ضمان الوفاء بالإلتزامات . والقانون فى مجموعه يعمل على ضمان الحقوق لأصحابها، حتى جاز تعريف القانون بأنه إعطاء كل ذى حق حقه [١] .

فاذا كان الحق من الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، كان على المدين أن يستجيب إلى عنصر المديونية فى إلتزامه ، فيؤدى للدائن حقه طوعا واختيارا . فاذا نكل عن هذا إستطاع الدائن أن يحرك عنصر المسئوليه فى الالتزام باللجوء إلى السلطات العامة التى تنصره على المدين فى صورة التنفيذ الجبرى على أمواله [٢] . وهذا ماقرره المشرع فى المادة ١٩٩ / ١ من القانون المدنى بقوله « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » .

واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى على أموال المدين يحكمه قاعدة عامة هى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وأن الدائنين متساوون فى هذا الضمان . وهذا ما يعبر عنه بفكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه . ومعنى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، أن الدائن يستطيع وقت التنفيذ أن يتخير ماشاء من أموال المدين للتنفيذ عليها بحقه . والمقصود بهذا أموال المدين الموجودة فى ذمته وقت التنفيذ .

فاذا كان المدين قد سبق له التصرف فى بعض ماله قبل إتخاذ الدائن

---

(١) ULPIEN, Dig. 1, 1, 10, 1; INST., 1, 1, 3.

(٢) أنظر فى تحليل الالتزام الى عنصر المديونية والمسئولية .

Popa, Les notions de «debitum» (Schuld) et «obligatio» (Haftung) et leur application en droit francais moderne, Paris, 1935 ; MAILLET, la théorie de Schuld et Haftung en droit romain, thèse, Aix - en - Provence, 1944; Comparato, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Paris, Dalloz, 1964.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلا أنه يحقق للدائنين حماية عدم نفاذ أى تصرف أو وفاء يقوم به المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (١) .

ولا يخفى أن فى الالتجاء إلى هذه الوسائل عناء للدائن ، كما أن الفائدة منها لاتعود عليه وحده. بل على الدائنين جميعا طبقا لفكره الضمان العام، التى وضعت هذه النظم لتحقيقها على أكمل وجه.

وهكذا يظل الدائن العادى مهدداً بخطر إعسار المدين ، وكثيرا مايحدث هذا الاعسار دون إهمال المدين أو غشه . ولهذا كان لابد من الالتجاء لنظم قانونية تحمى الدائن من هذا الخطر وتحقق له إستيفاء حقه فى جميع الأحوال. وهذا ماتقوم به التأمينات بأنواعها المختلفة .

٣ ـ التأمينات والائتمان :

الفكرة فى التأمينات أن يحصل الدائن على ضمان خاص يكفل له الوفاء بحقه رغم إعسار المدين . ويتحقق هذا إذا تقدم شخص آخر بجانب المدين يضمن للدائن أن يوفيه حقه إذا عجز مدينه عن الوفاء ، ويكون التأمين فى هذه الحالة شخصياً .

ويتحقق الضمان كذلك إذا خصص مال مملوك للمدين أو لغيره للوفاء بدين الدائن ، فيستوفى الدائن حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين ، ويتتبعه فى أى يد يكون . والتأمين فى هذه الحالة يرد على مال معين فهو تأمين عينى (٢) .

والتأمينات على هذا النحو تحقق للدائن فائدة كبيرة هى ضمان حقه قبل مدينه ، إلا أنها تحقق فى الوقت نفسه ، وللسبب ذاته فائدة كبيرة للمدين ، هى ثقة الدائن فيه ، وبغير هذه الثقة لا يحصل المدين على ائتمان

---

(١) أنظر فى شرح النظم القانونية المختلفة التى تكفل حقوق الدائنين فى التنفيذ ، اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، جـ ١ ، ١٩٥٦ طبعة جديدة ١٩٦٤ ، ص ١٧٣ وما بعدها .

(٢) Chauveau, Classification rouvelle des droits réels et Personnels, rev. crit. lègisl. et jurispr. 1931, P. 539 et s.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من أحد [1] .

والإئتمان له أهمية خطيرة فى سير الحياة الإقتصادية للأفراد والجماعات على السواء . فقلما يعتمد التمويل الاقتصادى لمشروع ما على القدرة الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع . بل الغالب أن يتم التمويل عن طريق إئتمان من الغير [2] .

ويتحقق هذا بالنسبة لأصغر المشروعات وأكثرها بدائية ، إلى أكبرها وأعظمها تقدما . فالفلاح البسيط مثلا ينفق على الأرض التى يزرعها فترة طويلة نسبيا قبل أن يجنى ثمارها ، وإلى أن يجىء هذا الوقت فهو يحتاج إلى تمويل لزراعته ، لايملك هو وسائله فى أغلب الأحيان .

ويتحقق نفس الشىء تماما مع أكبر المشروعات الصناعية ، كمصنع ينتج الطائرات مثلا ، ويحتاج إلى مئات الملايين من الجنيهات لتمويل عملياته، مما يتخطى بكثير رأس ماله ، فيلجأ إلى الحصول على إئتمان الغير ، كبنوك الائتمان ، أو إكتتاب الأفراد فى سندات تصدر باسمه [3] .

فالنشاط الإقتصادى يقوم فى مجموعه على ترقب المستقبل. وصاحب المشروع الإقتصادى هو الشخص الذى يأمل أن يحقق إنتاجا فى المستقبل. ولايتحقق هذا الإنتاج بغير تمويل . فاذا لجأ إلى شخص آخر يطلب منه مساعدته فى هذا التمويل باعطائه قيمة إقتصادية يستخدمها الآن على أن يردها له فى المستقبل عندما يتحقق إنتاج المشروع ، فهذا طلب لإئتمان الغير . ولايعطى أحد إئتمانه بغير ضمان كاف ، فاذا إستطاع طالب الإئتمان أن يقدم لمن يعطيه إياه الضمان

---

(١) شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات ، ص ٣٣ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ ، فقرة ٢ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ فقرة ٥١ .

(٢) أنظر فى أهمية الائتمان فى النظم الرأسمالية والاشتراكية على السواء ، زكريا أحمد نصر ، النقد والائتمان فى الرأسمالية والاشتراكية ، ١٩٦٥ .

(٣) سمير تناغو ، التأمينات العينية على الطائرات ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثانى ، السنة السابعة ، يوليو ١٩٦٥ ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الكافى ، تحققت مصلحة الطرفين ، بما يحقق نشاط الحياة الإقتصـــادية فى المجتمع أيضا .

ومشكلتى التمويل والإئتمان تعرضان فى كل المجتمعات على إختلاف نظمها الاقتصادية[١]. فالمشروع العام وشبه العام يعرف كلاهما التمويل والإئتمان كما يعرفهما المشروع الخاص أيضا .

ونظم التأمينات هى التى تبعث الثقة على منح الائتمان تمويلا لمشروعات الغير. وتتوقف هذه الثقة على الدقة التى تراعيها المحاكم فى تطبيق نظم التأمينات المختلفة .

٣ ـ تطور نظم التأمينات :

عرف القانون الرومانى التأمينات الشخصية قبل التأمينات العينية. وكانت الإجراءات القضائية منذ المراحل الأولى للقانون الرومانى تقتضى تقديم كفلاء على أنواع مختلفة . وخارج الإجراءات القضائية ظهرت الحاجة إلى الكفلاء لضمان الوفاء بدين من تعوزه الحاجة إلى إئتمان الغير ، والكفالة تتحقق إذا تقدم شخص آخر غير المدين يضمن للدائن الوفاء بالدين[٢] .

وكانت طبيعة المجتمع القديم تسمح بهذا النوع من التأمينات. فأفراد الأسرة الواحدة يبادر كل منهم إلى كفالة غيره إذا إحتاج إلى كفالة، والرئيس السياسى يبادر أيضا إلى كفالة الأشخاص المقيمين فى دائرته الإنتخابية ، إلى غير هذا من صور التضامن بين الأفراد فى هذه المجتمعات[٣] .

وكان مركز الكفيل على شىء من الغرابة. فالمفروض أنه غير مدين أصلا بالدين ومع ذلك فكان موقفه أسوأ من موقف المدين الأصلى. فالدائن لم يكن له حق التنفيذ الجبرى على المدين الأصلى . فاذا لم يقم المدين بوفاء دينه إختياراً

---

(١) ريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ١٩٥٨ ، فقرة ٦ .

(٢) P. Girard, Manuel de droit romain, 3 e ed. 1901, P. 743 et s.

(٣) كانت الكفالة فى بداية التطور عقدا شكليا قاصراً على ضمان الالتزامات الناشئة عن عقود شكلية أيضا Giffard, 3e éd t.2, 330 .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عجز الدائن عن أية وسيلة فى مواجهته إلا أنه كان يستطيع أن يتخذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة الكفيل .

وفى تطور لاحق أصبح مركز الكفيل كمركز المدين الأصلى، فكان الدائن يستطيع إتخاذ إجراءات التنفيذ سواء في مواجهة المدين الأصلى أو الكفيل . وكان هذا الأخير بمثابة مدين متضامن إلى جانب المدين .

ولم تتحقق إلا فى وقت متأخر وفى عهد جستنيان، فكرة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلى، ففى هذا الوقت لم يكن للدائن أن ينفذ على الكفيل قبل أن ينفذ على المدين طبقا لمبدأ الدفع بالتجريد الذى ظهر في هذا الوقت[1] .

وإذا رجعنا مرة أخرى إلى بداية التطور فى القانون الرومانى ، وجدنا أن مركز الكفيل كان سيئا بسبب إمكان التنفيذ على شخص المدين[2] . وعلى هذا كان الكفيل يتعرض لأن يقتل أو يباع عبداً فى الأسواق إذا لم يقم المدين بالوفاء ، وكان الكفيل نفسه معسراً . إلا أن هذا الخطر الشديد كان يمنع أى شخص غير متأكد من يسارة من كفالة شخص آخر . وبهذا كانت الكفالة وسيلة فعالة لضمان الوفاء بالديون .

وعلى هذا عندما ظهرت فكرة التبعية للكفالة فى آخر تطور القانون الرومانى، وامتنع التنفيذ على الشخص ذاته ، لم تعد الكفالة تحقق نفس الضمان الأكيد .

أما التأمينات العينية وتتمثل فى تخصيص مال لضمان الوفاء بالدين بتقرير حق للدائن على هذا المال ، فقد ظهرت في وقت متأخر ، عندما أمكن التمييز بين الشىء والحق الوارد عليه ، وكذلك بين الأنواع المختلفة للحقوق .

وكانت الصورة الأولى التى ظهرت للتأمينات العينية تتمثل فى نقل ملكية الشىء محل التأمين إلى الدائن الذى يلتزم باعادة نقل الملكية مرة أخرى للمدين

---

(١) والقوانين التى أدت الى تحسن موقف الكفيل ترجع الى القرنين الخامس والسادس، وهى قوانين Furia, Ciceria, Appuleia, Publilia أنظر ، جيفار ، المرجع السابق ص ٣٣٤ .

(٢) بودان وفوارن ، ج ١٣ ، فقرة ٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إذا قام بوفاء الدين . ولايخفى ما فى هذا النوع من التأمين من ضرر للمدين إذ يجرده من ملكه فى الحال[١]. وبعد هذه الصورة ظهرت صورة أخرى أكثر تطوراً بمقتضاها يحتفظ المدين بملكية الشىء الذى يتقرر عليه التأمين ، وينقل فقط حيازته للدائن ، الذى يلتزم بردها للمدين مرة أخرى عند الوفاء بالدين. وهذه الصورة تسبب ضرراً أيضا للمدين الذى يفقد حيازة ما يملكه[٢] .

وكان التطور الأخير فى هذا الشأن إمكان احتفاظ المدين بحيازة الشىء محل التأمين ، مع تقرير حق رهن للدائن عليه . وهذه الصورة تحتاج إلى الدقة فى التفكير القانونى ، حتى يمكن تصور احتفاظ المدين بحيازة الشىء المرهون، مع إعتبار هذا الشىء فى نفس الوقت ضمانا لدين الدائن[٣] .

ويحتاج هذا أيضا إلى وضع نظام دقيق من العلانية حتى تتحقق حماية الغير، وحماية الدائن ذاته . وهذا الرهن يصعب تصوره بالنسبة لغير العقارات التى يمكن بشأنها شهر التصرفات الواردة عليها[٤] .

والقانون المقارن الحديث لازال يعرف كل هذه الصور: الكفالة والتأمين العينى بنقل الملكية ، أو نقل الحيازة فقط ، أو دون نقل الملكية أو الحيازة .

---

(١) التأمين العينى الذى كان يترتب عليه نقل الملكية للدائن يسمى فى القانون الرومانى، La Fiducie . أنظر جيفار ، المرجع السابق ج ٢ ، ص ٣٥٣ .

(٢) التأمين العينى الذى يترتب عليه نقل الحيازة فقط يسمى فى القانون الرومانى Pignus وهو مايطبق عليه اسم gage فى القانون الفرنسى. أنظر جيفار، المرجع السابق، ج ٢ ، ص ٣٥٤ .

(٣) والتأمين العينى بدون نقل حيازة هو ما يطلق عليه اسم Hypothèque وهو حسب تعريف جستينيان ، الشىء الملزم بدين بمجرد اتفاق ودون نقل حيازة ، (النظم ٤، ٦، ٧).

(٤) يلاحظ أن من الممكن اتخاذ اجراءات الشهر بالنسبة للحقوق الواردة على المنقولات التى تسمح طبيعتها بذلك . وهى التى لا تختلط بغيرها ولا يسهل اخفاؤها ،كالسفن والطائرات والسيارات . وبالنسبة لهذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة يمكن ترتيب تأمين عينى عليها دون نقل حيازة . راجع ، على البارودى ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مجلة الحقوق ، ١٩٦٢ ، ص ٣١ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلا أنه مما يجدر ذكره أن الكفالة وهى تتفق أكثر مع مجتمعات بدائية يسود التضامن بين أفرادها ، عادت أهميتها من جديد عن طريق الكفالة التى تمنحها البنوك لعملائها ، وأصبحت بهذا مرة أخرى من أهم وسائل التأمينات الحديثة[١].

وكذلك فان الرهن دون نقل حيازة أمكن تحقيقه بالنسبة لبعض المنقولات التى يسهل شهر التصرفات الواردة عليها كالسفن والطائرات . . . الخ ويمكن أن يلحق هذا التطور الكثير من المنقولات الأخرى[٢] .

وفى العصر الحديث زادت أهمية الرهن الوارد على منقول، لزيادة الأهمية الاقتصادية للمنقولات ، ومن هذا رهن الديون .

٤ ـ الأنواع المختلفة للتأمينات فى القانون المصرى :

هناك نوعان رئيسيان للتأمينات : التأمينات الشخصية ، والتأمينات العينية. والتأمينات الشخصية ، أو الكفالة الشخصية[٣] ، تتمثل فى إنضمام شخص إلى المدين ، هو الكفيل ، يتعهد للدائن بأن يفى بالتزام المدين إذا أعسر هذا الأخير.

والكفيل لايخصص أى مال خاص من أمواله لضمان الدين. ولكنه يضع ذمته إلى جانب ذمة المدين . فبعد أن كان للدائن ضمان عام على أموال المدين، يصبح له ضمان عام أيضا على أموال الكفيل . فالعملية تتلخص إذن فى تعدد الضمان العام للدائن .

وهذا التعدد يعطى فرصة أكبر للدائن فى إستيفاء حقه. ومع ذلك فلازال الدائن مهدداً بمخاطر الضمان العام من إعسار المدين والكفيل أيضا. ولهذا فمن المعتقد أن التأمينات الشخصية لاتعطى للدائن ضمانا أكيداً فى إستيفاء حقه[٤].

---

(١) ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ .

(٢) سمير تناغو ، التأمينات العينية على الطائرات ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

(٣) الكفالة هى التطبيق النموذجى للتأمين الشخصى. ويلاحظ أن التضامن بين المدنيين يؤدى الى زيادة ضمان الدائن ولكن لايعتبر تأمينا شخصيا لأن كل مدين متضامن مسئول بصفة شخصية عن الدين فى مجموعة .

(٤) من الأقوال المأثورة عن الفقيه الفرنسى Loysel أن الرهن يوفى الدين ، أما الكفالة فهى مناسبة لمنازعتين أودعويين، مشار اليه فى ريبير وبولانجيه، المرجع السابق: فقرة ١٧.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهذا لا يصدق بالطبع إذا كان الكفيل شخصا موسراً كبنك مثلا . وكفالة البنوك من أهم صور الكفالة فى العصر الحديث .

والكفالة الشخصية تتم بعقد رضائى بين الدائن والكفيل، وقد نظم المشرع هذا العقد فى الباب الخامس من الكتاب الثانى للقانون المدنى ، المخصص للعقود المسماه فى المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١ .

أما التأمينات العينية ، أو الحقوق العينية التبعية ، فقد تناولها المشرع فى الكتاب الرابع من القانون المدنى فى المواد من ١٠٣٠ إلى ١١٤٩ .

والتأمينات العينية على اختلاف أنواعها هى رهن بالمعنى الواسع لهـــذا الإصطلاح . والرهن هو حق عينى مقرر للدائن على شىء مملوك للمدين أو لغيره يكون له بمقتضاه أن يستوفى دينه من ثمن هذا الشىء مفضلا على غيره من الدائنين العاديين ، أو الدائنين المرتهنين التالين له فى المرتبة . فلكل دائن مرتهن مرتبة تحدد أسبقيته .

وصاحب الحق فى الرهن يتتبع الشىء المرهون فى أى يد يكون ، فاذا ما انتقلت ملكيته إلى شخص آخر ، كان الرهن نافذاً فى مواجهته . وورود حق الدائن على شىء معين بالذات يباشر عليه الحق فى الأفضلية، والحق فى التتبع، يعنى أن للدائن حقا عينيا على هذا الشىء .

ويكاد يكون مسلما به فى الفقه أن الرهن حق عينى ، رغم ما حاوله البعض من إنكار هذه الصفة ، على أساس تحديد ضيق لمضمون الحق العينى بحصر ذلك فى سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ولما كان الرهن لا يعطى هذه السلطات ، فلا يعتبر فى نظرهم حقا عينياً[1] .

---

(١) من أنصار هذا الرأى فى فرنسا **Marcadé** مشار اليه فى أنسيكلو بيدى دالوز ، ج ٢ ص ٩٠٩ عدد ١٦ وكذلك :

Chauveau, classification nouvelle des droits Reels et personnels, rev. crit. législ et jurispr. 1931, P 539 et s.

ومن أنصار هذا الرأى فى الفقه المصرى الدكتور شفيق شحاته الذى يرى أن « الأصل =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا يخفى ما فى هذا الرأى من تحكم ومصادرة على المطلوب ، إذ يبقى على أصحابه إثبات أن ما يخرج على هذه السلطات لا يعتبر حقا عينيا وهو ما لم يفعلوه[١] .

والصحيح إذن متابعة الفقه المستقر فى تقسيم الحقوق إلى عينية أصلية وعينية تبعية . والأصلية هى حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها ، أما التبعية فهى التأمينات العينية[٢] .

وصفة التبعية التى تلحق التأمينات العينية تأتى من أن نظم التأمينات فى مجموعها نظم تابعة وظيفتها ضمان الوفاء بالتزام معين . فهى لا تقوم بذاتها ولكنها تستند دائما إلى التزام تلحق به وتتبعه وتعمل على ضمان الوفاء به[٣] .

= فى الحق العينى أنه يجعل للشخص سلطة مباشرة على الشىء تمكنه من الاستئثار بمنافعه ، وليس فى أنواع الرهون أو التأمينات العينية شىء من هذا كله » ، النظرية العامة للتأمين العينى ، ١٩٥٣ ، ص ١٣ .

(١) يعتبر التأمين العينى حقا عينيا فى نظر الفقه السائد على أساس ما يتضمنه من خاصتى التتبع والأفضلية . أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٣٢٨ ، بودان وفوارن ج ١٣ فقرة ٢٩١ ، منصور مصطفى منصور ، ١٢ ، شمس الدين الوكيل ص ٥٨ .

(٢) ومع ذلك فتنبغى ملاحظة أن الحقوق العينية التبعية لا تؤدى الى تجزئة حق الملكية كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية . ولذلك يصح القول أن التأمين العينى لا يرد على الشىء ذاته بقدر ما يرد على حق الملكية على الشىء ، فتظل سلطات الملكية كلها للمالك ومع ذلك فهى تصبح فى مجموعها مرهونة لضمان دين الدائن ، أنظر فى هذا المعنى . أوبرى ورو الطبعة السادسة ، ج ٣ فقرة ١٦٥ هامش ٤ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، الفقرتين ٣ ، ٣٢٨ ريبير وبولانجيه ، ج ٢ الفقرتين ٣٥٨١ ، ٣٦٠١ ، جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٨٦٧ .

(٣) ويترتب على فكرة التبعية أن التأمين لا ينشأ الا اذا وجد التزام يضمنه . ولا يشترط أن يكون الالتزام حالا ، بل يكفى أن يكون شرطيا أو مؤجلا أو حتى احتماليا . وكذلك فان بطلان السبب المنشىء للالتزام يؤدى الى بطلان السبب المنشىء للتأمين . كما أن انقضاء الالتزام المضمون ، يؤدى الى انقضاء التأمين الضامن له . وتظهر فكرة التبعية أيضا فى انتقال الالتزام وفى الحلول محل الدائن . وستظهر هذه التطبيقات وغيرها فى المكان الخاص بها من الدراسة . راجع أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ص ٩٠٩ فقرة ٢٠ وما بعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وأول الحقوق العينية التبعية هو الرهن الرسمى ، وقد تناوله المشرع فى الباب الأول من الكتاب الرابع ، فى المواد من ١٠٣٠ إلى ١٠٨٤ .

والرهن الرسمى ينشأ بمقتضى عقد بين الدائن والراهن . وهو عقد من العقود الشكلية . والشكل المطلوب هو الرسمية ، ولهذا سمى الرهن رسميا .

والرهن الرسمى يرد بصفة أساسية على العقارات ، ولا يرد على المنقولات إلا بصفة استثنائية . وتفسير هذا أن الرهن الرسمى لا يترتب عليه إنتقال حيازة الشىء المرهون إلى الدائن المرتهن ، بل يظل الراهن محتفظا بحيازته والسيطرة عليه ، والحق فى التصرف فيه . وحتى يمكن حماية حق الدائن المرتهن رغم هذا لا بد من إتخاذ إجراءات شهر معينة هى إجراءات القيد لإعلام كل شخص بوجود حق الدائن المرتهن على الشىء المملوك للراهن ، حتى يكون من يتعامل مع الراهن على بينة عن الرهن فتتحقق مصلحة المرتهن والغير على السواء .

ونظراً لصعوبة إتخاذ إجراءات الشهر على غير العقارات ، كان الرهن الرسمى قاصراً على العقارات فقط ، لأن الصفة الأساسية التى تميزه هى أنه رهن دون نقل حيازة . ويصعب تصور هذا بالنسبة للمنقول حيث ترتبط الحقوق الواردة عليه بحيازته إلى درجة كبيرة .

ومع ذلك فالتطور يشهد بامكان ترتيب حق على المنقول دون نقل حيازته ، وفى هذه الحالة يمكن إخضاع المنقول لنظام الرهن الرسمى[1] .

والنوع الثانى من التأمينات العينية هو حق الإختصاص ، وهو كالرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار ، ويجب شهره حتى ينفذ فى مواجهة الغير . إلا أنه يختلف عن الرهن الرسمى فى المصدر ، فهو لا ينشأ بمقتضى عقد ، ولكن بمقتضى حكم من القضاء . فلكل دائن بيده حكم واجب النفاذ ، صادر فى الموضوع ، أن يلجأ إلى القاضى طالبا توقيع إختصاص على عقار مملوك لمدينه لضمان الوفاء بالدين المحكوم به .

---

(١) راجع مقالنا السابق الاشارة اليه عن « التأمينات العينية على الطائرات » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والنوع الثالث من التأمينات العينية هو الرهن الحيازى، وعلى خلاف الرهن الرسمى فهو يتميز بأن حيازة الشى المرهون تنتقل من الراهن إلى الدائن المرتهن ولهذا السبب فهو قد يرد على عقار أو منقول على السواء .

والرهن الحيازى يتفق مع الرهن الرسمى فى أنه ينشأ بمقتضى عقد، إلا أنه على خلاف الرهن الرسمى فهذا العقد رضائى لا يشترط بشأنه أى إجراء شكلى.

وهناك نوع رابع من التأمينات العينية هو الامتياز. وهو يختلف فى مصدره عن الرهن بنوعيه ، وعن الاختصاص ، فى أنه يتقرر بمقتضى القانون .

والامتياز هو أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته .

وحق الإمتياز قد يكون عاماً يرد على كل أموال المدين من عقار ومنقول، وقد يكون إمتيازاً خاصاً عقارياً يرد على عقار فقط، أو إمتيازاً خاص منقول يرد على منقول فقط .

والقانون هو الذى يحدد نوع الامتياز ويبين مرتبته. إلا أن حقوق الامتياز العقارية يجب بشأنها الشهر ، وتتحدد مرتبتها بالأسبقية فى الشهر شأنها فى هذا شأن الرهن الرسمى والرهن الحيازى الوارد على عقار، وكذلك الاختصاص

وكذلك هناك شك حقيقى فى اعتبار الامتياز العام حقا عينيا، فهو لا يرد على شىء معين بالذات ، ولا يعطى للدائن الحق فى التتبع .

هذه هى التأمينات العينية ، تجمعها فكرة الرهن أو تخصيص مال لضمان الدين . وينشأ بعضها بعقد رسمى أو رضائى أو حكم من القاضى أو نص فى القانون . ويترتب على بعضها نقل حيازة الشىء المرهون إلى المرتهن، ولا يترتب هذا على البعض الآخر . ويجب بشأنها جميعاً إتخاذ إجراءات الشهر إذا كانت خاصة واردة على عقار . وتعطى كلها الحق فى الأفضلية، وكذلك الحق فى التتبع كقاعدة عامة .

وسنتناول فى هذا الكتاب دراسة التأمينات الشخصية فى قسم أول ثم التأمينات العينية فى قسم ثان .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القسم الأول

التأمينات الشخصية

(عقد الكفالة)

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عقـــد الـكفالة

٥ - تعريف الكفاله :

عرف المشرع الكفالة بأنهـا « عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيـذ التزام بأن يتعهـد للدائن بأن يفى بهـذا الالتزام إذا لم يفى به المـدين نفسه » (م ٧٧٢) .

ويتضح من هذا التعريف أن الكفالة تفترض وجود دين أصلى تعمل على ضمان الوفاء به . فالكفالة تابعة دائمـا لالتزام من الالتزامات . والتبعية هى أهم خصائص الكفالة ، بل هى أهم خصائص التأمينات جميعـا على اختلاف أنواعها (١) .

والالتزام الأصلى الذى تضمنه الـكفالة ليس مصدره العقد دائمـا ، بل تتعدد مصادره بتعدد مصادر الالتزام . فقـد يكون مصدره العقد أو الارادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الاثراء بلا سبب أو نص القـانون . أما الالتزام الناشىء عن الكفالة فمصدره العقد دائما ، لأن الكفاله بحسب تعريفها عقد (٢) . وهو عقد رضائى .

وعقد الكفالة يتم بين الدائن فى الالتزام الأصلى وبين الكفيل . أما المدين فى الالتزام الأصلى فليس طرفا فى عقـد الكفالة (٣) . ومع ذلك فهو يلعب دورا فى انعقادها ، لأنه هو الذى يدعو الكفيل فى معظم الأحيان إلى التعاقد مع الدائن ، ضمانا لالتزامـه قبل هـذا الدائن . ومع ذلك فهـذا الدور يظل

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١٠ ، ١٩٧٠ ، ص ١٩ ـ ٢٠ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، عقد الكفالة ، ١٩٦٠ ، ٣٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٣٨ .

(٣) بل أكثر من ذلك يجوز ابراء عقد الكفالة بغير علم المدين أو حتى رغم معارضته (م ٧٧٥) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

خارج منطقة عقد الكفالة ، فالمدين فى الدين الأصلى لا يشترك بارادته فى تكوين العقد .

وعقد الكفالة يؤدى إلى إنشاء التزام جديد على عاتق الكفيل في مواجهة الدائن ، وهو الالتزام بضمان الدين الأصلى . وعلى هذا النحو فان الدائن يجد أمامه مدينين هما المدين الأصلى والكفيل . فالكفالة فى الواقع هى ضم ذمة جديدة إلى ذمة المدين فى ضمان دين الدائن ، فبعد ان كان حق الدائن يرد على الضمان العام لمدينه ، أصبح يرد على الضمان العام لمدينه ولكفيل المدين أيضا . ولكن حق الدائن لا يرد على مال خاص فى ذمة الكفيل كما هو الشأن في التأمينات العينية .

هذه هى الكفالة العادية . ومع ذلك فان الكفيل يقدم فى بعض الأحيان مالا مملوكا له ضمانا لدين الدائن . وفى هذه الحالة لا نكون بصدد كفالة عادية . بل كفالة عينية ، يجمع فيها الكفيل بين صفة الكفيل وصفة الراهن وتسرى عليه أحكام الكفالة والرهن فى نفس الوقت .

وإذا كان التزام الكفيل يقف بجانب التزام المدين ، إلا أنه مختلف عنه فى مصدره كما سبق القول ، ومختلف عنه فى محله أيضا . فالتزام المدين قد يكون محله هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء . أما التزام الكفيل فمحله هو أن يفى بالتزام المدين الأصلى إذا لم يفى به المدين نفسه .

وتحديد محل التزام الكفيل على هذا النحو لا يعنى أنه التزام معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين الأصلى بالوفاء بالتزامه ، بل هو التزام بات . وتفسير ذلك أن الشرط الذى يعلق عليه الالتزام هو دائما أمر عارض ، ومن المتصور أن يوجد الالتزام بدون تعليقه على شرط ، بل الغالب أن يكون الالتزام بسيطا غير معلق على شرط . أما تعليق التزام الكفيل على عدم وفاء المدين بالتزامه بنفسه ، فهو أمر جوهرى فى عقد الكفالة يرجع إلى فكرة

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التبعيـة وإلى الدور الاحتياطى الذى يقوم به الكفيل [1] . وتعريف الكفالة يدل على خصائصها وهى أنها من نظم الضمان الشخصى ، وأنهـا عقد تابع وملزم لجانب واحد . وهو كذلك من عقود التبرع بحسب الأصل . ونتناول هذه الخصائص فيما يلى : ـ

خصائص الكفالة :

٦ ـ (أ) الكفالة عقد ضمان شخصى :

الكفـالة من نظم التأمينات الشخصية ، وهى الصورة النموذجية لهـذه النظم . فالـكفيل لايرهن مالا من أمواله ضمانا لدين الدائن . والدائن لا يحصل على حق عينى تبعى على مال من أموال الكفيل ، ولكن حقه يرد فقط على الضمان العام للكفيل .

ولذلك كما يتعرض الدائن لمخاطر الضمان العـام فى رجوعـه على المدين ، فهو يتعرض لنفس المخاطر فى رجوعه على الكفيل ، وهى مخاطر الاعسار ، إعسار المدين أو اعسار الكفيل ، ولهـذا فان الكفالة لاتعتبر فى قوة الرهن وغيره من التأمينات العينيـة ، من حيث الضمان ، حتى قيل أن الرهن يوفى الدين أما الكفالة فهى تنشىء منازعتين أو دعويين [2] .

ولكن يلاحظ أن قيمـة الكفـالة فى الضمان تتحدد على أساس مركز الكفيل ودرجـة يساره . فالكفيل الموسر ـ كالبنك مثلا ـ يضمن الوفاء بدين الدائن أكثر من أى تأمين آخر . ولذلك عادت للكفالة اهميتها فى العصر الحديث بفضل كفالة البنوك ، وانتشارها فى المعاملات المالية .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات الشخصية والعينية ، ١٩٥٤ ، ص ٣٣ ، سليمان مرقس ، عقد الكفالة ، ١٩٥٩ ، ص ٥ ، منصور مصطفى منصور ، ص ٨ .

(٢) راجع ما سبق فقرة ٤ ، هامش ٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكما سبق أن ذكرنا فان الكفيل يقدم أحيانا مالا مملوكا له ضمانا لدين الدائن . ويسمى فى هذه الحالة بالكفيل العينى ، وتسمى كفالته بالكفالة العينية . أما الكفيل العادى فيسمى بالكفيل الشخصى وتسمى كفالته الكفالة الشخصية . وإذا أطلق لفظ الكفيل أو الكفالة دون تحديد فيكون المقصود هو الكفيل الشخصى والكفالة الشخصية ، باعتبار ذلك الأصل فى الكفالة [١] . أما الكفيل العينى فهو ليس كفيل فحسب . ولكنه راهن أيضا . وهو ليس مدينا راهنا لأنه لا يرهن مالا ضمانا للوفاء بدينه ، ولكنه كفيل راهن ، لأنه يرهن ماله ضمانا للوفاء بدين غيره .

وتسرى على الكفيل العينى أحكام الرهن والكفالة فى نفس الوقت . ولكن لا تسرى عليه بعض أحكام الكفالة التى لا تتفق مع طبيعة مركزه . وبصفة خاصة فان حق الدائن لا يرد على ضمانه العام . بل يرد على المال الخاص الذى خصصه لضمان الوفاء بالدين . فاذا لم يكف هذا المال للوفاء بالدين كله ، فلا يرجع الدائن على مال آخر مملوك للكفيل العينى [٢] .

٧ ـ (ب) الكفالة عقد تابع :

الغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون . ولذلك فهى تتبع هذا الدين ، وهذه هى خصيصة التأمينات بأنواعها المختلفة الشخصية منها والعينية . فالتزام الكفيل يتبع التزام المدين فى وجوده وصحته . فلا تنشأ الكفالة إلا إذا وجد التزام أصلى . ولا يكون التزام الكفيل صحيحا إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا . وفكرة التبعية هى التى تحكم كذلك آثار الكفالة ، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن يرجع على المدين (م ٧٨٨/١) ولا يجوز له أن ينفذ

---

(١) يذهب الدكتور عبد الرزاق السنهورى الى استبعاد الكفالة العينية من نطاق الكفالة (الوسيط ، ج ١٠ ، ص ٢٠) .

(٢) واذا تصرف الكفيل الراهن فى الشىء المرهون فلا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على أى مال آخر من أموال الكفيل (م ١٠٥٠) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين (م٧٨٨/٢) . أى أن التزام الكفيل يتبع التزام المدين فى وجودة وصحته وآثاره وانقضائه، وفكرة التبعية تجعل الكفيل فى مركز أفضل من مركز المدين ، وهذا أمر طبيعى لأن المدين هو وحده صاحب صاحب المصلحة فى الدين .

ومع ذلك فان الكفالة عند بداية ظهورها فى القانون الرومانى لم تكن خاضعة لفكرة التبعية . بل كانت خاضعة لفكرة عكسية تجعل الكفيل فى مركز أسوأ من مركز المدين . فلم يكن من حق الدائن أن ينفذ على أموال المدين ، بل كان حقه قاصرا على الرجوع على الكفيل ولم يكن الكفيل مسئولا عن الدين فى ماله فقط ، بل فى جسمه أيضا .

وفى تطور لاحق أصبح من حق الدائن أن يرجع على المدين كما يرجع على الكفيل وأصبح كل من المدين والكفيل فى مركز واحد ، هو مركز المدين المتضامن .

وأخيرا وفى عهد متأخر هو عهد جستينيان أصبح مركز الكفيل أفضل من مركز المدين ، وظهرت فكرة التبعية ، ولم يعد للدائن الحق فى التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين، وهذا هو مبدأ الدفع بالتجريد أحد نتائج فكرة التبعية ، وهى الفكرة التى تهيمن على عقد الكفالة منذ ذلك الحين إلى الوقت الحاضر (١) .

٨ ـ (ج) الكفالة عقد ملزم لجانب واحد :

عقد الكفالة بحسب الأصل هو عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذى يتعهد بضمان الوفاء بدين المدين . أما الدائن وهو الطرف الآخر فى عقد الكفالة فلا يلتزم بشىء فى مواجهة الكفيل ولكنه يتلقى فقط تعهده ويستفيد منه .

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٣ ؛ راجع ، عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا كان القانون يفرض على الدائن بعض الالتزامات ، فإن هذه ليست ناشئة عن عقد الكفالة ، ولا تعتبر سببا لالتزام الكفيل . من ذلك ما تفرضه المادة ٧٨٧ على الدائن من تسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع ، وأن يتخلى له عن المنقول المرهون أو المحبوس ضمانا لنفس الدين . وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل التأمين العقارى إذا كان الدين المكفول مضمونا في نفس الوقت بتأمين من هذا النوع . فهذه الالتزامات مصدرها القانون وتنشأ بمناسبة وفاء الكفيل بالدين ، وليس بمقتضى عقد الكفالة ذاته (١) .

ومما يفرضه القانون على الدائن أيضا ألا يعمل بخطئه على اضاعة التأمينات الأخرى التى تضمن الوفاء بالدين ، وأن يرجع على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ انذار الكفيل له بذلك، وأن يدخل في تفليسة المدين إذا أفلس(٢)، (م ٧٨٤ ، م ٧٨٥ ، م ٧٨٦) ولكن هذه لا تعتبر التزامات بالمعنى الصحيح ولكنها أسباب لانقضاء التزام الكفيل (٣) .

ولذلك لا يبدو مقبولا ماذهب اليه البعض من أن الواجبات السابق ذكرها والتى يفرضها القانون على الدائن ، تجعل عقد الكفالة ملزما للجانبين ، بل الصحيح ما يذهب اليه الفقه الغالب من أنه عقد ملزم لجانب واحد (٤) .

ومع ذلك فان عقد الكفالة قد يكون منطويا على تعهد من الكفيل بالضمان ،

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٣ هامش ١ .

(٢) يذهب الدكتور سليمان مرقس الى أن هذه الالتزامات تجعل عقد الكفالة ملزمة للجانبين ، ص ٨ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٣٦ ، هامش ٢؛ محمد على امام ، التأمينات الشخصية والعينية ، ص ٢٣ .

(٤) يرى الدكتور السنهورى أن مراعاة النصوص التى يستند اليها الرأى العكسى هى مجرد «شروط وضعها التقنين المدنى وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملا » (ص ٢٤ هامش ١) وهو نفس رأى الدكتور منصور مصطفى منصور ، ص ١٣ هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتعهد من الدائن بأن يمنح المدين أجلا جديدا أو يمنحه قرضا جديدا أو غير ذلك . وفي هذه الحالة فاننا نكون بصدد عقد مركب من كفالة واشتراط لمصلحة الغير ، وإذا نظرنا لهذا العقد فى مجموعة فانه يعتبر ملزما للجانبين .

ولكن إذا فرض أن عقد الكفالة غير مرتبط بعقد آخر كما فى المثال السابق ذكرة ولكن الدائن تعهد بدفع مبلغ من النقود للكفيل مقابل التزامه بضمان دين المدين ، بحيث لا يكون العقد ملزما لجانب واحد ، بل للجانبين ، فهل يؤثر ذلك فى طبيعته ؟ ذهب البعض إلى أننا نكون بصدد عقد تأمين ، وهو ما يسمى بتأمين الائتمان ، وليس عقد كفالة [١] . ويقوم الكفيل بدور المؤمن . والمبلغ الذى يدفعه الدائن هو قسط التأمين . والخطر المؤمن منه هو اعسار المدين . وينتقد البعض هذا الرأى على أساس أنه لا يوجد خطر حقيقى وهو مالا يتصور التأمين بغيره ، لأن الكفيل سيرجع على المدين بما دفعه من دينه وفاء لحق الدائن [٢] . والرأى الذى نفضله هو الرأى الأول الذى يعتبر هذا العقد من صور التأمين لا من صور الكفالة .

٩ ـ (د) الكفالة عقد من عقود التبرع :

الكفيل قد يكون متبرعا للمدين بالكفالة ، وقد يكون متبرعا بحقه في الرجوع عليه بعد الوفاء بالدين ، وقد لا يكون متبرعا له بشىء من ذلك ، بل كفله مقابل مبلغ نقدى مع حفظ حقه فى الرجوع بما يوفيه للدائن . وكل هذا لا يؤثر فى طبيعة عقد الكفالة ، لأن العلاقة بين الكفيل والمدين خارجة عن هذا العقد ، إذ المدين أجنبي عن عقد الكفالة كما سبق القول [٣] .

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١٠٠٦ ، ص ٣٥٨ ، بودان وفواران ، فقرة ٨٢ ، ص ٨٧ ، سليمان مرقص ص ٧ .

(٢) من أنصار اعتبار العقد كفالة وليس عقد تأمين ، عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٤ ، عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٣٨ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٥ .

(٣) قارن عبد الرزاق السنهورى حيث يقرر أن «الكفيل فى أخذ أجراً ولو بغير موجب عقد الكفالة يكون مأجوراً » . « والكفالة عقد معاوضة لا عقد تبرع » (ص ٢٥) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما القول بأن عقد الكفالة من عقود التبرع ، فهو مستمد من العلاقة بين الدائن والكفيل باعتبارهما طرفا هـــذا العقد . فالكفيل يلتزم فى مواجهة الدائن بأن يفى بالتزام المدين إذا لم يفى به المدين نفسه ، ولكن الدائن لا يلتزم بشىء للكفيل مقابل هـذا الالتزام . ولذلك فان الكفيل يعتبر متبرعا للدائن يلتزم فى مواجهته دون مقابل . أما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه كمبلغ من النقود ، فاننا لا نكون بصدد كفالة ، بل تأمين ائتمان كما سبق القول (١) .

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع ، اشتراط أهلية خاصة فى الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحا ، هى أهلية التبرع ، وكذلك تترتب آثار أخرى تتعلق بشروط دعوى عدم نفاذ التصرفات ، وحق الوكيل فى ابرام الكفالة نيابة عن موكله .

١٠ ـ (ﻫ) الكفالة عقد رضائى :

لم يشترط القانون أى شكل خاص لانعقاد الكفالة ولذلك فهى تخضع للقاعدة العامة فى ابرام العقود وهى قاعدة الرضائية ، وذلك على خلاف بعض التشريعات كالتشريع السويسرى الذى يشترط لانعقاد الكفالة أن تفرغ فى عقد رسمى (٢) . وذلك تقديرا لخطورة هذا العقد بالنسبة للكفيل الذى يعرض ذمته للخراب بسبب دين لامصلحة له فيه .

ومع ذلك فان القانون المصرى اشترط الكتابة فى اثبات عقد الكفالة ، (م ٧٧٣ مدنى) ولكن هذا الشرط للاثبات لا للانعقاد ، بحيث يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة كالاقرار واليمين . ولو كانت

---

(١) يرى الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، أن عقد الكفالة هو عقد تبرع من ناحية الكفيل ، ولكنه عقد معاوضة من ناحية الدائن . الذى أعطى الدين مقابل الكفالة . والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة الى أحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للمتعاقد الآخر (ص ٢٥).

(٢) م ٤٩٣ من قانون الالتزامات السويسرى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الكتابة شرط للانعقاد لما أدى الاثبات بغيرها مما يقوم مقامها إلى القول بوجود العقد .

١١ ـ التمييز بين الكفالة وغيرها من العقود :

أ ـ ينبغي أولا التمييز بين الكفالة وبين ما يسمى فى العمل « كفالة » وينطوى على دفع مبلغ من النقود ضمانا للقيام بعمل معين أو أداء التزام معين . كما هو الشأن فى المبالغ التى يدفعها بعض الموظفين أو المحصلين ضمانا لحسن قيامهم باعمالهم . فدفع هذه المبالغ لا يعدو أن يكون رهنا حيازيا لها ، أى تأمينا عينيا ، وليس ذلك هو عقد الكفالة الذى ندرسه باعتباره النموذج الرئيسى للتأمينات الشخصية .

ب ـ تختلف الكفالة أيضا عن التضامن بين المدينين ، لأن المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية فى مواجهة الدائن ، وهو يلتزم بنفس الدين الذى يلتزم به كل مدين متضامن معه ، حتى ولو كان فى علاقته بهؤلاء المدينين غير صاحب مصلحة فى الدين ، أى حتى ولو كان كفيلا لهم فى علاقته بهم ، فهو على أى حال مدين متضامن فى مواجهة الدائن[1] . أما الكفيل فهو لا يلتزم بصفة أصلية ، بل بصفة تبعية . وهو لا يلتزم بنفس الدين المكفول ، ولكنه يلتزم بدين آخر هو الوفاء بالدين المكفول إذا لم يف به المدين نفسه . ويظل الكفيل ملتزما بصفة تبعية حتى ولو كان متضامنا مع المدين الأصلى . وتظهر صفة التبعية فى حق الكفيل المتضامن فى أن يتمسك ببراءة ذمته إذا أضاع الدائن تأمينات أخرى كانت تضمن الوفاء بنفس الدين المكفول ، وبقدر ما أضاع الدائن من تأمينات وكذلك للكفيل المتضامن أن يتمسك بسقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له بذلك . وإذا لم يدخل الدائن فى تفليسة المدين سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع الدائن أن يحصل عليه من هذه التفليسة[2] . فالكفيل وأن كان متضامنا

---

(١) راجع المادة ٢٩٩ مدنى .

(٢) راجع المواد ٧٨٤ ، ٧٨٥ ، ٧٨٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يلتزم بصفة تبعية ، على خلاف المدين المتضامن فهو يلتزم بصفة أصلية وحتى ولو لم تكن له فى علاقته بالمدينين الآخرين مصلحة فى الدين .

جـ ـ وتختلف الكفالة عن عقد التعهد عن الغير . فالمتعهد عن الغير يتعهد بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ما . أما الكفيل فهو يلتزم بأن يفى بالتزام المدين إذا لم يفى به المدين نفسه . ومع ذلك فان المادة ١٥٣ / ١ مدنى تجعل الجزاء على عدم التزام الغير بموضوع التعهد هو التزام المتعهد بالتعويض ، ويجوز له كصورة من صور التعويض أن ينفذ هو هذا الالتزام . وقد يؤدى هذا إلى الاعتقاد بأن المتعهد عن الغير هو فى حقيقته كفيل لأنه ينفذ التزاما كان المفروض أن يتحمل به الغير . ولكن هذا الاعتقاد غير صحيح . لأن المتعهد عن الغير قد التزم بصفة أصلية بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ما . والتزامه هذا لا يلزم الغير بشىء . ولذلك فلا يوجد التزام لشخص آخر غير التزامه هو . وإذا لم يشأ الغير أن يلتزم وقام المتعهد بتنفيذ نفس الالتزام فانما يكون ذلك تعويضا . أى تنفيذا بمقابل لالتزامه هو الذى تعهد به بصفة أصلية وليس وفاء بالتزام شخص آخر . ففكرة التبعية هى التى تميز بين التزام الكفيل والتزام المتعهد عن الغير[1] .

د ـ وفكرة التبعية تميز أيضا بين الكفالة وبين الانابة الناقصة . أما الانابة الكاملة فلا وجه للالتباس بينها وبين الكفالة . لأن المنيب فى الانابة الكاملة يختفى ليحل محله المناب . فلا يكون أمام الدائن إلا مدين واحد ، هو كان المنيب ثم أصبح هو المناب ، ولا يوجد ازدواج أو تعدد للمدينين ، يدعو للخلط بين الأنابة الكاملة والكفالة . ولكن الالتباس قد يحدث فيما بين الأنابة الناقصة والكفالة ، لأن المنيب فى الإنابة الناقصة لا يختفى بل يظل ملتزما بالدين مع المناب فى مواجهة الدائن[2] . ومع ذلك فان المنيب لا يلتزم بصفة تبعية بل بصفة أصلية . ويظهر ذلك فى

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٤٤ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٢ ، بلانيول وسافتييه ، ج ١١ ، فقرة ١٥١٣ .

(٢) راجع المادة ٣٥٩ مدنى وما بعدها : راجع بلانيول وسافتييه ، ج ١١ ، فقرة ١٥١٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١١ ـ ١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

علاقته بالدائن . فلا يجوز له أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه أولا على المناب كما هو حق الكفيل في الدفع بضرورة رجوع الدائن أولا على المدين (م ٧٨٨ / ١ مدنى) ولا يجوز له أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع بالتجريد ، كما هو حق الكفيل في أن يتمسك في مواجهة الدائن بضرورة التنفيذ أولا على أموال المدين وتجريده من أمواله قبل الشروع في التنفيذ على أموال الكفيل (م ٧٨٨ / ٢ مدنى) . وهذا يميز بوضوح بين الكفالة والانابة الناقصة .

أنواع الكفالة :

الكفالة قد تكون مدنية وهذا هو الأصل أو تجارية وهذا هو الاستثناء . والكفالة كذلك قد تكون قانونية أو قضائية أو اتفاقية .

١٢ ـ (أ) الكفالة المدنية والكفالة التجارية :

الأصل هو أعتبار الكفالة عقدا مدنيا وليس تجاريا . وتظهر أهمية ذلك في الأحكام المتعلقة بالفائدة القانونية والاثبات والاختصاص . ويرجع ذلك إلى أن الكفالة من عقود التبرع وهى صفة لا تتفق مع المعاملات التجارية . وتظل الكفالة مدنية حتى ولو كان الدين المكفول تجاريا وحتى ولو كان الكفيل تاجرا . وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة ٧٧٩ / ١ التى تقرر أن « كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا » .

وقد استثنى المشرع من هذا الحكم الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا إحتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق ، فالمادة ٧٧٩ / ٢ تنص « على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا » . وهذا النص يقصد حالتين الأولى هى ضمان الورقة التجارية ضمانا إحتياطيا ، أى ضمان الالتزام الناشىء عن الورقة التجارية ويتم ذلك أما بكتابة على الورقة التجارية ذاتها أو بكتابة على ورقة مستقلة[1].

---

(١) تقرر المادة ١٣٨ من القانون التجارى أن الضمان الاحتياطى يكون « بكتابة على ذات الكمبيالة أو ورقة مستقلة أو بمناطبة » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والحالة الثانية هى تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان . فالورقة التجارية تظهر أما لنقل ملكيتها أو لتحصيل قيمتها أو لرهنها . فاذا ظهرت الورقه على سبيل الضمان فان ذلك يعتبر رهنا لها ضمانا لدين آخر ولا يعتبر عقد كفالة. ولذلك فان المشرع لم يكن موفقا في الإشارة إلى هذه الحالة الثانية واعتبارها من صور الكفالة وإعطائها الصفة التجارية فهى ليست كفالة أصلا ، حتى توصف بأنها مدنية أو تجارية ، بل هى رهن لدين ، وهو من صور الرهن الحيازى[1] .

أما الحالة الأولى وهى حالة الضمان الاحتياطى للورقة التجارية، فهى بالفعل كفالة لهذه الورقه ، وهى تعتبر تجارية فى جميع الأحوال إذا وردت على كمبيالة، أما إذا وردت على سند إذنى فهى لا تعتبر تجارية إلا إذا كان السند الإذنى نفسه تجاريا . وهو يعتبر كذلك إذا كان محرره تاجرا سواء حرر لعمل تجارى أو مدنى . أو كان محرره غير تاجر ولكن تحريره كان مترتبا على عملية تجارية[2] . والعبرة بطبيعة السند وقت تحريره ، أيا كانت العمليات التى يوقع عليه من أجلها فيما بعد . ورغم أن المشرع يقرر أن كفالة الأوراق التجارية « تعتبر دائما عملا تجاريا » . وهو ما يعنى أن كفالة السند الإذنى تعتبر عملا تجاريا ، حتى ولو كان السند ذاته معتبرا عملا مدنيا ، إلا أننا نعتقد أن المشرع لم يشأ التعديل فى أحكام القانون التجارى فى هذا الشأن ، بل قصد الاحالة اليها فقط وعدم مخالفتها .

---

(١) تنص المادة ٧٦ من القانون التجارى (معدلة بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤) « ويكون رهن الصكوك الاذنية بتظهير يذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان » . وهذا النص لا يعدو أن يكون ترديداً لنص المادة ١١٢٤ مدنى الذى يقرر أن « السندات الاذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة الى اعلان » . فالأمر يتعلق برهن حيازى وليس بكفالة .

(٢) نقض ٧ أبريل ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٦ ، ص ٩٢٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١٣ (ب) الكفالة القانونية والقضائية والاتفاقية :

الكفالة عقد ، ولذلك فهى دائما اتفاقية . ولكنها توصف تجوزا بأنها قانونية أو قضائية أو اتفاقية ، بحسب مصدر التزام المدين بتقديم كفيل . فالمدين قد لا يلتزم بتقديم كفيل ، ولكنه يسعى من جانبه إلى ذلك حتى يحصل على ائتمان جديد من دائنه ، أو يجدد الائتمان السابق . ولكن فى بعض الأحيان يلتزم المدين بتقديم كفيل ويكون مصدر التزامه هو نص القانون أو حكم القاضى أو إتفاق المتعاقدين .

فاذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو نص القانون وصفت الكفالة بأنها قانونية . من هذا نص المادة ٤٥٧ التى تقضى بأنه إذا حدث تعرض للمشترى أو خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ومن هذا نص المادة ٩٩٢ التى تقرر أنه إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به ، ضمانا لالتزام المنتفع بالرد عند انتهاء حق الانتفاع . ومن هذا ما تنص عليه المادة ١٠١٠ بخصوص تسوية حساب البناء والغراس بين المحكر والمحتكر ، إذ توجب على المحكر تقديم كفالة ضمانا لالتزامه قبل المحتكر إذا أمهله القاضى فى دفع ما يستحق فى ذمته[١] .

أما إذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو حكم القاضى . فان الكفالة توصف بأنها قضائية . من هذا حالات الحكم بالنفاذ المعجل إذا قرن القاضى الحكم بتقديم كفيل وكان فى سلطته أن يقرر ذلك أو لا يقرر ، حسب نص المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات الجديد التى تقرر أنه « يجوز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بغير كفالة فى الأحوال الآتية .. » أما إذا كان النفاذ المعجل واجبا بحكم القانون وكذلك الكفالة واجبة بحكم القانون كما هو الشأن فى

---

(١) راجع أيضا المادتين ٤٥٩ ، ٦٠٥ من القانون المدنى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأحكام الصادرة فى المواد التجارية . فان الكفالة تكون قانونية وليست قضائية ، إذ لا سلطة للقاضى فى تقريرها (م٢٨٩ من قانون المرافعات الجديد) . ومن أمثلة الكفالة القضائية ما تنص عليه المادة ٨٢٩ فى الشيوع ، والمادة ٩٠٠ فى تصفية التركة .

أما اذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو الإتفاق القائم بينه وبين الدائن أو بينه وبين شخص آخر يشترط لمصلحة الدائن ، فان الكفالة توصف بأنها إتفاقية .

وأهمية التفرقة بين هذه الأنواع الثلاثة هو ما نص عليه المشرع فى المادة ٧٩٥ من أنه «فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين» . أما الكفلاء فى الكفالة الاتفاقية فلا يفترض التضامن بينهم ، بل لا بد من الاتفاق عليه صراحة حتى يوجد . وسنرى عند دارستنا لآثار الكفالة أهمية التفرقة بين أن يكون الكفيل متضامنا مع غيره من الكفلاء أو غير متضامن . ويظهر ذلك بصفة خاصة فى حق الكفيل غير المتضامن فى الدفع بالتقسيم ، أى بعدم رجوع الدائن عليه الا بقدر نصيبه فى الدين ، بينما لا يحق ذلك للكفيل المتضامن . وكذلك فان الكفيل فى الكفالة القانونية أو القضائية يكون متضامنا مع المدين ، وهو ما يعطى للدائن الحق فى الرجوع عليه أولا قبل الرجوع على المدين ، والتنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين ، وهو ما لا يحق للدائن إذا لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين .

ومن ناحية أخرى فانه إذا التزم المدين بتقديم كفيل أيا كان مصدر التزامه ، القانون أو الحكم أو الاتفاق ، فيجب أن يكون الكفيل الذى يقدمه شخصا موسرا ومقيما فى مصر . وهذا ما تنص عليه المادة ٧٧٤ بقولها « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصر . وله أن يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا » .

وشرط يسار الكفيل هو شرط طبيعى لأن الإلتزام بتقديم كفيل لا يكون

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

نفذ تنفيذا حقيقيا إذا كان الكفيل معسرا لا قيمة لكفالته[1]، وتقدير درجة يسار الكفيل هي مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع. ويكون الكفيل موسرا إذا كانت له أموال عقارية أو منقولة تكفي للوفاء بالدين. ولم تكن عليه ديون تستغرق هذه الأموال. وإذا نازع الدائن في يسار الكفيل، فان المدين وهو الذي قدمه يلتزم باثبات يساره، ويكون ذلك باثبات وجود أموال مملوكة له كافية للوفاء بالدين. وعلى الدائن إذا ادعى وجود ديون تستغرق هذه الأموال أن يثبت ذلك[2].

ويشترط كذلك أن يكون الكفيل مقيما في مصر. والمقصود بذلك الإقامة العادية وليس الإقامة العرضية. أي المقصود هو التوطن، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن وتسهيلا عليه في مطالبة كفيل إذا لزم الأمر. ولكن لا يشترط أن يكون الموطن العام للكفيل في مصر. بل يكفي أن يكون له فيها موطن مختار خاص بتنفيذ الكفالة[3].

ويشترط أخيراً أن يكون الكفيل أهلا للتبرع حتى يستطيع إبرام عقد الكفالة مع الدائن، لأن المدين لا يكون قد نفذ التزامه بتقديم كفيل إلا إذا تم الإتفاق صحيحا بين الدائن والكفيل. وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع ولكنه مفروض دون نص.

وإذا أعسر الكفيل أوغير موطنه الى خارج مصر أثناء الكفالة، فانه تطبيقا لنص المادة ٢٧٣/٢ يسقط أجل الدين، ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا[4].

---

(١) منصور مصطفى منصور، ص ٢٠.

(٢) بلانيول وريبير وسافتيه، فقرة ٣٥٢٤، بودري وفال، فقرة ٩٨٠، عبدالرزاق السنهوري، ص ٣١.

(٣) والحكمة من هذا الشرط هي تمكين الدائن من مقاضاة الكفيل دون تحمل اجراءات مقاضاة شخص شرط خارج البلاد، والقانون الفرنسي يشترط أن يكون الكفيل مقيما في نفس موطن المدين. (راجع المواد ٢٠١٨، ٢٠٤٠، ٢٠٤١ مدني فرنسي).

(٤) واذا كان الدائن هو الذي اختار شخص الكفيل فان أجل الدين لا يسقط باعسار هذا الكفيل ولا يجب على المدين تقديم ضمان جديد. راجع عبد الرزاق السنهوري، ص ٣٣.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد يكون الضمان الجديد هو كفالة جديدة أو تأمين عينى .

ويلاحظ أنه بحسب نص المادة ٧٧٤ السابق ذكره فانه يجوز للمدين الذى التزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلا منه تأمينا عينيا كافيا . كرهن رسمى أو رهن حيازى . ويعتبر التزام المدين بتقديم كفيل تطبيقا من تطبيقات الالتزام البدلى المنصوص عليه فى المادة ٢٧٨ من القانون المدنى التى تقرر أن يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر . وإذا نازع الدائن فى كفاية التأمين العينى فان الفصل فى هذا النزاع يكون من سلطة قاضى الموضوع (١) .

وبذلك نكون قد إنتهينا من التقديم لعقد الكفالة وبيان تعريف الكفالة وخصائصها والتمييز بينها وبين غيرها من العقود ، وكذلك بيان أنواعها المختلفة وننتقل الان إلى دراسة أحكامها الموضوعية ، وذلك فى فصلين الأول فى إنعقاد الكفالة والثانى فى آثارها .

---

(١) وفى بعض الحالات يحدد القانون نوع الضمان الذى يجوز تقديمه بدلا عن الكفالة. وفى هذه الحالات يلزم المدين والقاضى أيضا بما تقرره الشرع فى هذا الشأن . راجع المادة ٢٩٣ وما بعدها من قانون المرافعات الجديد .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الأول

إنعقاد الكفالة

ندرس شروط إنعقاد الكفالة من حيث الرضا والمحل، كما نشير فى النهاية الى مسألة إثبات الكفالة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الأول

الرضا

سبق أن ذكرنا أن عقد الكفالة من العقود الرضائية التى لا يشترط فى انعقادها أى شكل خاص ، أى أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين في أن يتعهد الكفيل بأن يفى بالتزام المدين إذا لم يفى به المدين نفسه . والرضا المطلوب هو رضا الدائن والكفيل ، ولا يشترط رضاء المدين .

١٤ ـ لايشترط رضاء المدين :

المدين ليس طرفا فى عقد الكفالة . ولذلك فلا يشترط رضاؤه بها بل ولا يشترط رضاؤه بها ولو من بعيد ، إذ يجوز أن تنعقد الكفالة بدون علمه أو رغم معارضته . وهذا ماتنص عليه المادة ٧٧٥ بقولها «تجوز كفالة المدين بغير علمه . وتجوز أيضا رغم معارضته » . وهذا النص لايعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة ، التى تجيز أن يكون الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة فى هذا الدين ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته (م ٣٢٣/٢) . والكفالة هى إحدى ضمانات الوفاء بالدين فتأخذ حكمه . ولعله لم تكن هناك فائدة من النص على جواز أن تكون الكفالة بدون علم المدين أو رغم معارضته اكتفاء بالقواعد العامة ، إلا أن يكون قصد المشرع هو تأكيد خروجه فى هذه المسألة على أحكام الشريعة الإسلامية التى لاتعطى للكفيل الذى يضمن المدين دون علمه أو رغم معارضته ، حق الرجوع عليه بما دفعه للدائن[1] .

١٥ ـ الأهلية :

سبق أن رأينا أن الكفالة تعتبر من عقود التبرع من ناحية الكفيل لأنه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٥ ، ص ٤٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يلتزم دون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه. ولذلك يشترط لانعقاد العقد صحيحا أن تتوافر أهلية التبرع فى الكفيل . وهى الأهلية اللازمة للتصرفات الضارة ضررا محضا ، ويتحقق ذلك إذا كان الكفيل رشيدا أى بلغ الحادية والعشرين من عمره (م ٤٤ مدنى) ، أما إذا كان الكفيل ناقص الأهلية كالصبى المميز ومن هو فى حكمه فان العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا .

وعلى عكس ذلك فان الكفالة بالنسبة للدائن تعتبر عملا نافعا نفعا محضا ، ولذلك فلا يشترط فيه إلا أهلية التعاقد ، وهى تكون للصبى المميز ومن فى حكمه . وتنعقد الكفالة صحيحة إذا كان الدائن واحدا من هؤلاء . بشرط أن تكون صحيحة من جهة الكفيل أيضا (م ١١١ ، م ١١٥ مدنى) .

١٦ ـ التعبير عن الارادة :

لاتثير كيفية تعبير الدائن عن إرادته أية صعوبة ، فهو يعبر عن رضائه بالكفالة بارادته الصريحة أو الضمنية ، بل إن السكوت يعتبر قبولا من جانبه إذ أن إيجاب الكفيل يتمحض لمصلحته (م ٩٨/ ٢ مدنى) . أما كيفية تعبير الكفيل عن إرادته فقد أثارت جدلا فى الفقة . والقاعدة فى المبادىء العامة هى ماتقرره المادة ٩٠ مدنى من أن التعبير كما يكون صريحا يجوز أن يكون ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا .

ورغم عدم وجود نص فى القانون يوجب أن يكون تعبير الكفيل عن إرادته صريحا كما هو الشأن فى القانون الفرنسى [1] . إلا أن فريقا من الفقه ذهب إلى إشتراط ذلك على أساس خطورة عقد الكفالة بالنسبة للكفيل . وكذلك إستنادا إلى نص المادة ٧٧٣ الذى يشترط الكتابة لإثبات الكفالة تقديراً من المشرع لخطورتها [2] . وتبرير هذا الفقه ماجاء فى المذكرة الإيضاحية

---

(١) راجع المادة ٢٠١٥/ ١ من القانون المدنى الفرنسى .

(٢) سليمان مرقص ص ٧ ، ٨ ، عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٦٣ ؛ محمد على امام ص ٤٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ص ٧٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بصدد نص المادة ٧٧٣ « من أنه يجب فيما يتعلق بالكتابة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع[١] .

وذهب فريق آخر من الفقه إلى أنه لا يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا إلا إذا وجد اتفاق يلزم بذلك . أما إذا لم يوجد اتفاق فلا يشترط أن يكون التعبير صريحا لأنه لا يوجد نص فى القانون يوجب ذلك[٢] . ولكن هذا الفريق يذهب إلى نفس النتيجة التى وصل إليها الفريق الأول ، ولكن بطريقة مختلفة . وذلك بالاستناد إلى نص المادة ١٥١ مدنى التى تقرر أن الشك يفسر لمصلحة المدين ، فاذا أثير الشك حول ما إذا كان الكفيل قد أراد الالتزام بعقد الكفالة . فان هذا الشك يفسر لمصلحته . ويعتبر الكفيل غير ملتزم بعقد الكفالة . ويبدو لنا الرأى الأول أكثر قبولا . لأن حجة الرأى الثانى لا تعدو أن تكون حجة يمكن إضافتها إلى أسانيد الرأى الأول .

١٧ ـ عيوب الارادة :

أهم عيوب الإرادة هى الاكراه والتدليس والغلط ، ولا تخرج الكفالة فى هذا الشأن عن أحكام القواعد العامة . والمشاكل التى يمكن أن تثور عملا بصدد التدليس أو الاكراه هى أن يصدر أى منهما من المدين ، ويعتبر فى هذه الحالة صادرا من شخص أجنبى عن العقد ، ويسرى حكم المادتين ١٢٦ ، ١٢٨ مدنى وهما تقرران أن المتعاقد المدلس عليه أو المكره ، لا يجوز له طلب إبطال العقد ، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس .

أما بالنسبة للغلط ، فان أهم مايمكن أن يثيره من مشاكل فى العمل ، هو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٥ ، ص ٤٢٦ .

(٢) محمود وجمال الدين زكى ، دروس فى التأمينات الشخصية والعينية ، ١٩٥٨ ، ص ٥٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٨ ، ٢٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن يقع الكفيل في غلط متعلق بشخص المدين والقاعدة أن الغلط يعتبر جوهريا ويجوز طلب إبطال العقد على أساسه « إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » (م ١٢١ / ٢ (ب) مدنى) . وهذا الحكم يمكن أن يمتد أيضا إلى الغلط فى شخص المدين أو صفة من صفاته ، لأن نص المادة ١٢١ مدنى لم يحصر حالات الغلط الجوهرى ، بل ضرب أمثلة لذلك . وهى أمثلة يجوز القياس عليها . والمدين وإن لم يكن طرفا فى العقد ، إلا أن شخصه هو موضع الاعتبار فى التعاقد ، ومن ثم يكون الغلط فيه جوهريا[1] .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثانى

المحل

محل التزام الكفيل هو أن يفى بالتزام المدين إذا لم يفى به المدين نفسه . وحتى يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الدين الأصلى موجودا وصحيحا . ولذلك ندرس الأحكام المتعلقة بالدين الأصلى ، لأن محل التزام الكفيل لا يكون ممكنا إلا بتوافر شروط معينة فى هذا الدين. ويشترط لصحة التزام الكفيل كذلك أن يكون محله معينا او قابلا للتعيين والواقع أن هذا مرتبط أيضا بالتزام المدين . أما شرط المشروعية فهو مفروض دائما لأن التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع فى جميع الأحوال. وتنقسم دراستنا فى هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول فى شروط الدين المكفول ، والثانى فى تعيين التزام الكفيل .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الأول

شروط الدين المكفول

حتى يكون محل التزام الكفيل ممكنا ، يجب أن يكون هناك التزام مكفول ، وأن يكون هذا الالتزام صحيحا ، ولكن من الجائز أن يكون هذا الالتزام مستقبلا أو شرطيا . ومن المسائل التى تحتاج إلى بحث كفالة الالتزام الطبيعى .

١٨ – يشترط ان يكون الالتزام المكفول صحيحا :

التزام الكفيل التزام تابع ، لا يقوم بذاته، بل لابد من وجود التزام آخر صحيح يستند اليه ويضمن الوفاء به ، وفى هذا يقرر المشرع فى المادة ٧٧٦ مدنى « لاتكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا » . وهو نفس المعنى الذى يقرره القانون الفرنسى (م ١٢ ٢٠ / ٢ مدنى) من « أن الكفالة لايمكن أن توجد إلا على التزام صحيح » . ولا يشترط فى الالتزام المكفول إلا أن يكون صحيحا . فلا يشترط أى شرط خاص بمصدره، فمن الجائز أن يكون مصدره العقد أو الارادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الاثراء بلا سبب . ولايشترط أى شرط خاص بمحله، فمن الجائز أن يكون التزاما بعمل أو الامتناع عن العمل أو اعطاء .

وتطبيقا لهذا من الجائز كفالة التزام الكفيل ذاته ، والكفالة الجديدة تضمن الكفالة القديمة . ويسمى الكفيل فى الكفالة الجديدة كفيل الكفيل أو المصدق. وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٧٩٧ التى تقرر أنه « تجوز كفالة الكفيل وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل » . وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة فى الكفالة ، وهى لاتجيز الرجوع

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على الكفيل قبل الرجوع على المدين إذا كانت الكفالة بسيطة غير تضامنية وهو ما سندرسه فيما بعد .

أما إذا كان الالتزام المكفول باطلا بطلانا مطلقا، أيا كان سبب البطلان، فانه لا يكون موجودا ، وبالتالي لا تجوز كفالته ، وإلا أعتبر محل التزام الكفيل مستحيلا في ذاته ، واعتبرت الكفالة باطلة بطلانا مطلقا لاستحالة المحل[1] . أما إذا كان الالتزام المكفول باطلا بطلانا نسبيا بسبب نقص الأهلية أو عيب من عيوب الارادة ، فان عقد الكفالة أيضا يكون باطلا بطلانا نسبيا تطبيقا لفكرة التبعية . على أن المسألة في حاجة إلى شيء من التفصيل لأن المشرع نص على حكم كفالة ناقص الأهلية في أكثر من مادة ، والحكم الذي قرره المشرع يمكن تعميمه على حالات البطلان النسبي الأخرى .

١٩ ـ كفالة التزام ناقص الاهلية :

تناول المشرع كفالة التزام ناقص الأهلية في مادتين، الأولى هي المادة ٧٧٧ التي تقرر أن « من كفل التزام ناقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » ، والثانية هي المادة ٧٨٢/٢ التي تنص « على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالما بذلك وقت العقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه » . وتطبيق هذين النصين معا يقتضي التفرقة بين ثلاثة فروض .

(الفرض الأول) إذا كان المدين ناقص الأهلية وكان الكفيل لا يعلم بنقص أهليته ، وفي هذه الحالة يكون التزام المدين قابلا للابطال بسبب نقص الأهلية . والالتزام القابل للابطال هو التزام قائم منتج لآثاره حتى يتقرر بطلانه . وما دام الالتزام قائما ، فان كفالته تكون جائزة على أن التزام الكفيل يكون هو بدوره قابلا للابطال تبعا لالتزام المدين . فاذا طلب المدين إبطال

---

(١) بودري وفال ، فقرة ٩٤٤ ؛ عبد الرزاق السنهوري ، ص ٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التزامه وحكم له بالبطلان ، فان التزامه يعتبر كأن لم يكن وبالتالى فان التزام الكفيل يبطل بأثر رجعى لاستحالة محله ويعتبر كأن لم يكن .

ولكن هل يجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه هو، تبعا لبطلان التزام المدين ، ولو لم يتمسك المدين ببطلان التزامه ؟

الاجابة على هذا السؤال هى الايجاب . وذلك استنادا إلى نصين: الأول هو نص المادة ٧٧٦ التى تقرر أنه لاتكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا ، وطالما أن التزام المدين غير صحيح بسبب نقص أهليته ، فان التزام الكفيل لايكون صحيحا بالتالى ، إذ لايمكن التسوية بين كفالة الالتزام الصحيح ، وكفالة الالتزام القابل بالابطال . ومتى كان التزام الكفيل غير صحيح أى قابل للابطال ، فان له أن يتمسك بذلك بأسمه فهو صاحب المصلحه فى البطلان . والنص الثانى ، هو نص المادة ٧٨٢/٢ ، وهو يحرم الكفيل من التمسك بالبطلان إذا كان يعلم أن المدين ناقص الأهلية وقت تعاقده ، ويؤدى هذا بمفهوم المخالفة إلى أن الكفيل الذى لا يعلم بنقص أهلية المدين وقت التعاقد ، يجوز له أن يحتج بذلك ، أى يتمسك ببطلان التزامه[1].

على أن تمسك الكفيل ببطلان التزامه لايؤدى إلى الحكم ببطلان التزام المدين ، فهذا لايحكم به إلا إذا تمسك به المدين نفسه (م ١٣٨ مدنى). أى أنه فى الفرض الذى لا يعلم فيه الكفيل بنقص أهلية المدين ، يجوز له أن يتمسك باسمه ببطلان التزامه دون حاجة إلى انتظار تمسك المدين ببطلان الدين المكفول .

(الفرض الثانى) إذا كان التزام المدين باطلا بسبب نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت انعقاد الكفالة . فى هذه الحالة يكون التزام المدين

---

(١) والاستدلال بمفهوم مخالفه الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ هو فى نفس الوقت تطبيق مباشر لنص الفقرة الأولى من نفس المادة وهى التى تقرر « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين »

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

قابلا للابطـال ، ويكون التزام الكفيل قابلا للابطال بطريق التبعية . فاذا تمسك المدين ببطلان التزامه وحكم له بالبطـلان ، فانه يعتبر كأن لم يكن ، وبالتالى يبطل التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن . ولكن إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه ، فان الالتزام يظل قائمـا منتجا لآثاره ، وتظل الكفالة قائمة منتجة لآثارها . وبصفة خاصة لا يجـوز للكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه ، فقد حرمه المشرع من هذا الحق بنص صريح هو نص المـادة ٧٨٢/٢ وقد سبق ذكره .

(الفرض الثالث) إذا كان التزام المدين باطلا بسبب نقص أهليته ، ولم يكن الكفيل عالمـا بذلك فحسب ، بل أكثر من ذلك كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين . أى أن الكفيل ضمن للدائن الوفاء بالدين حتى ولو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل التزامه . فى هذه الحاله فان الكفيل لايحرم من التمسك ببطلان التزامه فحسب ، بل يلزم بالوفاء بالدين إذا تمسك المدين بنقص أهليته وحصل على حكم بابطال التزامه . وهذا ما تقرره صراحة المادة ٧٧٧ السابق ذكرها . ويشترط لانطباق هذا النص أن يكون التزام المدين قابلا للابطال بسبب نقص أهليته ، أما إذا كان باطلا بطلانا مطلقا . لانعدام الأهلية ، فلا ينطبق النص ، ويبطل التزام الكفيل بطريق التبعية بطلانا مطلقا ويشترط كذلك أن تعقد الكفالة خصيصا بسبب نقص أهلية المدين ، أى أن يتعهد الكفيل بأن يفى بالتزام المدين إذا لم يفى به المدين نفسه سواء رجع ذلك إلى أمتناعه عن الوفاء ، أو إلى تمسكه ببطلان التزامه . فاذا توافر هذان الشرطان ظل الكفيل ملتزما بالوفاء بالتزام المدين فى جميع الأحوال ، حتى ولو أبطل هذا الالتزام عن طريق المدين .

ويذهب الفقه الغالب إلى تفسير هذا الحكم بأن العقد فى هذا الفرض يكون مركبا من عقدين ، كفالة ، وتعهد من الغير[1] . وهو بحسب الأصل كفـالة

---

(١) عبد الفتاح عبـد الباقى ، ص ٨٢ ، منصور مصطفى منصور ، ص ٣٤ ، محمد على امام ، ص ٨١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويتأكد ذلك إذا لم يطلب المدين ابطال التزامه بسبب نقص أهليته، فان التزامه يظل قائما ، وبالتالى يظل التزام الكفيل قائما . فاذا امتنع المدين عن الدفع، كان الكفيل ملزما بالوفاء بالدين باعتباره ضامنا لامتناع المدين عن الوفاء .

ويكون العقد تعهدا عن الغير، وهو العقد الثانى فى الاتفاق إذا تمسك المدين بابطال التزامه مما أدى إلى ابطال الكفالة بطريق التبعية ، ولكن الكفيل (المتعهد) قد التزم فى هذه الحالة بأن يجعل المدين لا يتمسك ببطلان التزامه ، فاذا لم يفلح فى ذلك فانه يكون قد اخل بالالتزام الذى تعهد به ، ويجب عليه التعويض ، وقد نص المشرع على صورة وحيدة للتعويض هى أن يقوم بتنفيذ الالتزام الذى تقرر ابطاله . وغنى عن الذكر أن المتعهد فى هذه الحالة لا يوفى بالدين باعتباره كفيلا ، لأنه بعد الحكم بابطال الدين الأصلى فان الكفالة تعتبر كأن لم تكن ، فيكون ملتزما بصفة أصلية بمقتضى العقد الثانى فى الاتفاق وهو التعهد عن الغير . وليس بمقتضى العقد الأول وهو الكفالة. وهو لا يوفى بنفس دين المدين ، ولكنه يدفع تعويضا عن اخلاله بالتزامه هو الذى تعهد به ، وهذا التعويض يكون فى صورة تنفيذ التزام المدين . وفى هذا المعنى تقرر المذكرة الايضاحية « ويلاحظ أن التزام الكفيل فى هذه الحالة ليس التزاما تبعيا يستند إلى التزام أصلى ، بل أن الكفيل يلتزم بصفة أصلية باعتباره كفيلا »[1] .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى تفسير حكم المادة ٧٧٧ على أساس نظرية تحول العقد المقررة في المادة ١٤٤ مدنى . ومعنى ذلك أنه إذا تقرر ابطال عقد الكفالة بسبب ابطال الالتزام المكفول ، فان عقد الكفالة الباطل يتحول

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٥ ، ص ٤٤٨ وما بعدها، ويلاحظ أن الدكتور السنهورى يفسر اعتبار الكفيل بمثابة مدين أصلى بأنه « مدين بالالتزام الأصلى تحت شرط واقف هو ألا ينفذ المدين الأصلى هذا الالتزام ، فاذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلى الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد أصبح مدينا أصليا بتحقق الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام » (ص ٤٩) . راجع فى الفقه الفرنسى فى هذه المسألة ، بودرى وفال ، فقرة ، ١٩٥٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلى تعهد شخصي بوفاء دين يعادل الدين الباطل[1] . والتفسير الذي نفضله هو التفسير الأول .

٣٠ ـ تعميم حكم كفالة ناقص الأهلية على صور البطلان النسبي الأخرى :

رغم أن المشرع لم ينص إلا على حكم كفالة ناقص الأهلية ، إلا أنه من الممكن بطريق القياس تعميم نفس الحكم على الصور الأخرى للكفالة التي يكون الالتزام المكفول فيها قابلا للابطال بسبب آخر غير نقص الأهلية ، كعيب من عيوب الارادة مثلا . وعلى هذا النحو إذا كان الالتزام المكفول قابلا للابطال لأي سبب كان ، نقص الأهلية أو عيب من عيوب الارادة، ولم يكن الكفيل عالما بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة ، جاز له أن يتمسك ببطلان التزامه ولو لم يتمسك المدين ببطلان الالتزام المكفول .

أما إذا كان الكفيل يعلم بسبب البطلان وقت انعقاد الكفالة فانه لا يجوز له أن يتمسك ببطلان التزامه طالما أن الالتزام المكفول قائم لعدم تمسك المدين ببطلانه ، ولكن إذا تمسك المدين ببطلان الالتزام المكفول ، أبطل التزام الكفيل بصفة تبعية .

أما إذا كانت الكفالة قد ابرمت بسبب قابلية الالتزام المكفول للابطال، فان الكفيل يظل ملتزما بصفته كفيلا طالما أن المدين لم يتمسك ببطلان الالتزام المكفول ، فاذا تمسك المدين بذلك، أبطلت الكفالة تبعا لأبطال الالتزام المكفول. ولكن الكفيل يظل ملتزما بصفة أصلية باعتباره متعهدا عن الغير أخل بالتزامه ووجب عليه التعويض ، ويكون ذلك عن طريق تنفيذ الالتزام المكفول الذي تقرر ابطاله . وهذه هي خلاصة الأحكام التي ذكرناها بصدد كفالة التزام ناقص الأهلية[2] .

---

(١) سليمان مرقس ، ص ٤٠ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٥ ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، ص ٨٥ ؛ محمد علي امام ص ٦٧ ؛ عكس ذلك ، سليمان مرقس ص ١٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣١ ـ كفالة الالتزام المستقبل :

تنص المادة ٧٧٨ من القانون المدنى على أنه « (١) تجوز الكفالة فى الدين المستقبل . إذا حدد مقدما المبلغ المكفول . . . (٢) على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ » .

و كفالة الدين المستقبل شائعة فى العمل لأن الدائن يفضل أن يحصل على ضمان لحقه قبل أن يمنح ائتمانه للمدين . ومن الأمثلة على كفالة الدين المستقبل، كفالة الاعتماد الذى يفتحه البنك لأحد عملائه. فالبنك يفتح لعميله اعتمادا قيمته ألف جنيه مثلا . ويتعاقد فى نفس الوقت مع شخص آخر على ضمان الوفاء بما يسحبه المدين من هذا الاعتماد المفتوح. ودين العميل لا ينشأ فى مواجهة البنك إلا من وقت السحب فعلا ، أما قبل ذلك فانه لا يعدو أن يكون دينا مستقبلا. والكفالة توجد لضمان هذا الدين عندما ينشأ[1] .

وقد أجاز المشرع كفالة الدين المستقبل بشرط تعيين الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين . وذلك حماية للكفيل وحتى يكون على بينة من الدين الذى يكفله أو على الأقل على بينة من الحد الأقصى الذى يمكن أن ينتهى اليه هذا الدين . وفى المثال السابق ذكره فان الحد الأقصى للدين المكفول هو مبلغ الاعتماد المفتوح . لأن العميل لا يحق له أن يسحب أكثر من مبلغ هذا الاعتماد وهو الف جنيه . فاذا لم يكن الحد الأقصى لمبلغ الكفالة محددا ، فانها تقع باطلة بطلانا مطلقا[2] .

وقد أثارت كفالة الدين المستقبل جدلا حول تأصيلها ، لأنها تتعارض فى الظاهر مع قاعدة أن الكفالة لا تنشأ صحيحة إلا إذا ارتكزت على التزام صحيح، وهو ما يقتضى أن يكون الالتزام المكفول موجودا لا مستقبلا .

---

(١) بودرى وفال . فقرة ٩٥١ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٥٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٥ ، ص ٤٥٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد ذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن كفالة الالتزام المستقبل تنعقد صحيحة ولكنها معلقة على شرط واقف هو تحقق الالتزام المكفول[1]. وقد انتقد البعض هذا الرأى على أساس أنه إذا تحقق الشرط الواقف وهو الالتزام المكفول، فان الكفالة تعتبر طبقا للأثر الرجعى للشرط موجودة من وقت انعقادها، أى قبل وجود الدين المكفول، وهو ما يعنى أن الكفالة وجدت فى فترة من الزمن دون أن تكون مرتكزة على التزام أصلى. ولذلك لامناص من القول بأن المشرع يستثنى كفالة الالتزام المستقبل من قاعدة وجوب ارتكازها على التزام موجود عند انعقادها[2].

وهذا النقد فى الواقع لا محل له، لأن المشرع لم يشترط أن يكون الالتزام المكفول موجودا وقت الكفالة، ولكنه إشترط فقط أن يكون صحيحا. والالتزام المستقبل هو التزام صحيح وإذا كان الفقه قد وضع قاعدة مؤداها أن عقد الكفالة لا يكون صحيحا إلا إذا كان محل التزام الكفيل ممكنا، فان شرط الإمكان لا يقتضى أن يكون الالتزام المكفول موجودا، بل يكفى أن يكون ممكن الوجود، والالتزام المستقبل هو دائما ممكن الوجود. وكذلك فانه بحسب القواعد العامة من الجائز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا (م ١٣١/١ مدنى). وكفالة الالتزام المستقبل لا تعدو أن تكون تطبيقا لهذه القاعدة، فمحل التزام الكفيل هو ضمان دين مستقبل. ولذلك فان عقد الكفالة يعقد صحيحا[3]. ولكن تنفيذه يكون معلقا على شرط واقف هو وجود الالتزام المكفول فى المستقبل.

ولم يشأ المشرع أن يجعل الكفيل ملتزما بكفالة الدين المستقبل إلى ما لانهاية. ولذلك قرر أنه إذا لم تعين مدة الكفالة، فان للكفيل أن يتحلل من التزامه إذا

---

(١) بودرى وفال، فقرة ٩٥٠؛ عبد الرزاق السنهورى، ص ٥٢؛ منصور مصطفى منصور، ص ٣١، سليمان مرقس، ص ٣٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، ص ٩٠.

(٣) استئناف مختلط ٢٣ يناير ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠؛ مشار اليه فى الوسيط، جـ ١٠، ص ٥٢ هامش ٢.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هو أخطر الدائن بذلك . وينتج التعبير أثره طبقـا للقواعد العامة من الوقت الذى يصل فيه إلى علم الدائن . فاذا علم الدائن برجوع الكفيل قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه ، فلا يكون الكفيل ضامنا لما ينشأ من دين فى المستقبل . وإذا علم الدائن برجوع الكفيل بعد أن نشأ بعض الدين، فلا يكون الكفيل ضامنا إلا للجزء الذى نشأ دون غيره مما سينشأ فى المستقبل (١).

أما إذا كانت مدة الكفالة محددة ، كمدة سنة مثلا ، فلا يجوز للكفيل أن يرجع فى الكفالة خلال هذه المدة فاذا لم ينشأ شيء من الدين أثناءها . برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية ، وإذا نشأ جزء من الدين فقط فان الكفيل يضمن هذا الجزء وحده. وليس الحد الأقصى لمبلغ الكفالة، لأنه لا يضمن إلا ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة .

٢٢ ـ كفالة الالتزام الشرطى :

تنص المادة ٧٧٨/١ على أنه « ... تجوز الـكفالة فى الدين الشرطى » . ويستوى فى ذلك أن يكون الشرط واقفا أو فاسخا . وتطبيقا لفكرة التبعية فان مصير التزام الـكفيل يرتبط بمصير الالتزام المكفول . فاذا كان الشرط الذى علق عليه الالتزام المكفول واقفا ، فان التزام الكفيل يكون أيضا معلقا على شرط واقف ، فاذا تحقق الشرط أصبح كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل نافذا ، وإذا تخلف الشرط ، زال كل من الالتزامين فى نفس الوقت . أما إذا كان الشرط الذى علق عليه الالتزام المكفول فاسخا، فان كل من الالتزامين يكون نافذا قبل تحقق الشرط ، فاذا تحقق الشرط زال كل الالتزامين بأثر رجعى (١) .

---

(١) ولولا هذا النص لطبقت القواعد العامة وهى تؤدى الى بقاء الكفيل ملتزما ولا يحق له الرجوع فى كفـالة ، وهو الرأى السائد فى القانون الفرنسى ، راجع ، بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥١٦ ، بودرى وفال ، فقرة ٩٥٠ ، والمراجع الأخرى المشار اليهـا فى الوسيط ، جـ ١٠ ، ص ٥٤ ، هامش ٢ .

(١) بودرى وفال ، فقـــرة ٥٩٥٠ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٣٧ ـ ٣٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢٣ ـ كفالة الالتزام الطبيعى :

الرأى الغالب فى فرنسا هو جواز كفالة الالتزام الطبيعى وذلك إستنادا الى نص المادة ٢٠١٢ مدنى فرنسى المقابلة لنص المادة ٧٧٧ مدنى مصرى ، والتى تجيز كفالة التزام ناقص الأهلية[١] . ويذهب الفقه هناك الى أن التزام ناقص الأهلية بعد إبطاله يصبح التزاما طبيعيا ، فاذا كانت كفالته جائزة ، فان كفالة الالتزام الطبيعى جائزة كذلك . وعلى خلاف ذلك فان الفقه المصرى يجمع على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى ، لأن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من الالتزام المكفول . ولذلك فان الكفيل إذ يوفى بالدين إنما يرجع بعد ذلك على المدين ، وهذا غير متصور إذا كان التزام المدين طبيعيا[٢] .

وإذا كانت كفالة الالتزام الطبيعى غير جائزة فانه تجب مع ذلك ملاحظة ثلاث مسائل : ـ

١ ـ إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعى وهو يعلم أن الالتزام المكفول طبيعيا ، فان العقد لا ينعقد باعتباره كفالة ، إذ أن ذلك غير جائز كما قدمنا ، ولكن هذا الشخص يصبح ملتزما بصفة أصلية .

٢ ـ إذا كفل شخص التزاما مدنيا ، ثم تحول الالتزام المدنى إلى التزام طبيعى ، فان التزام الكفيل يتحول بالتالى إلى التزام طبيعى ، وليس فى هذا أى خروج على القواعد العامة . لأنه فى أى حالة لا يكون مركز الكفيل أشد من مركز المدين . ففى البداية انعقدت الكفالة صحيحة ضمانا لالتزام مدنى ، فلما تحول الالتزام

---

(١) بودرى ؛ وفال ، ٩٤٧ ؛ قارن ؛ بودان وقواران ، فقرة ٨٥ ؛ بلانيول وسافيتيه ، فقرة ١٥١٧ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ٤٠٣ ، ج ١٠ ، فقرة ٢٣ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٩٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٣٩ ؛ سليمان مرقس ، ص ٣٢ ؛ محمد على امام ص ٧٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المدنى إلى التزام طبيعى . تحول التزام الكفيل إلى ذلك أيضا . وفي هذه الحالة إذا اوفى الكفيل بالدين، فلا يحق له استرداد ما وفاه ،لأن الوفاء بالالتزام الطبيعى لا يعتبر دفعا لغير المستحق ، طبقا لنص المادة ٢٠١ مدنى التى تقرر أن المدين لا يسترد ما أداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعيا .

٣ ـ تقرر المادة ٢٠٢ مدنى أن « الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى» . وعلى هذا النحو إذا سعى المدين فى التزام طبيعى إلى تقديم كفيل إلى الدائن، فمن الممكن أن يحمل منه ذلك أنه يريد التحمل بالتزام مدنى، فيتحول التزامه الطبيعى إلى التزام مدنى . وتكون كفالته جائزة لأنها كفالة لالتزام مدنى ، وليس لالتزام طبيعى [1] .

وبذلك ننتهى من دراسة المطلب الخاص بشروط الدين المكفول، وننتقل إلى دراسة نطاق التزام الكفيل .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الثانى

تعيين التزام الكفيل

يجب أن يكون محل التزام الكفيل معينا أو قابلا للتعيين حتى تصح الكفالة. وبالنظر إلى فكرة التبعية التى تسيطر على كل أحكام الكفالة، فان تعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين . ولكن نظرا لأن التزام الكفيل هو التزام مستقل عن التزام المدين ، فانه من الجائز أن يختلف محل كل من الالتزامين . ومع ذلك فان الاختلاف المسموح به فى هـذا المقام محكوم بقاعـدة أساسية وهى أن التزام الكفيل لايجوز أن يكون أشد من التزام المدين ، وان جاز أن يكون أخف منـه . ولتوضيح ذلك فاننا ينبغى أن نميز بين نوعين من أنواع الكفالة ، الأولى هى الكفالة المطلقة أو غير المحددة ، والثانية هى الكفالة المحددة ، وندرس كل من هذه النوعين فيما يلى :

٣٤ ـ الكفالة المطلقة :

فى الكفـالة المطلقة لا يعين الكفيل محـل التزامه ، ولكنه يعين فقط الدين الذى يكفله ، وهو ما يجعل محل التزامه قابلا للتعيين .

ويجب أن يعين الكفيل الدين المكفول تعيينا نافيـا للجهالة ويكون ذلك بتعيين أطراف الدين ومحله ومصدره . وتعيين أطراف الدين يكون بتحديد شخص الدائن والمدين. أما الدائن فهو الطرف الآخر فى عقـد الكفالة ، أما المدين فهو لا يشترك فى ابرام عقد الكفالة ولذلك يجب تحديده . إذ من الجائز أن يكون للدائن أكثر من مدين ، فلابد من معرفة أى مدين يضمنه الـكفيل والكفالة لا تتخطى شخص هذا المدين فاذا تمت حوالة الدين المكفول واختفى المدين الأصلى وظهر مدين جديد فان الكفيل لايضمن المدين الجديد إلا إذا رضى بذلك باتفاق جـديد (م٣١٨/٢ مدنى) ، وإذا جدد الدين المكفول بتغيير شخص المدين ، فان الكفيل لا يضمن المدين الجديد إلا إذا رضى بذلك (م٣٥٨ مدنى) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويجب كذلك تعيين محل الالتزام المكفول ، فيذكر ان الالتزام المكفول هو مبلغ قدره ألف جنيه أو بضاعة يحدد نوعها ومقدارها . والتزام الكفيل لا يتخطى المبلغ أو القدر المذكور . فاذا قيل أن مبلغ الدين هو ألف جنيه فلا يضمن الكفيل إلا هذا المبلغ ولو تبين أن الدين يزيد على ذلك . والتزام الكفيل لا يتخطى محل التزام المكفول ، فاذا اتفق على تجديد الالتزام بتغيير محله ، فان الكفالة تنقضى مالم يرضى الكفيل بضمان الالتزام الجديد (م ٣٥٨ مدنى) . وإذا كان الاتفاق على التجديد قد تم قبل الكفالة ، فان هذه لا تنعقد لاستحالة المحل . مالم يتبين أن الكفيل قصد كفالة الالتزام الجديد .

ويجب أخيرا تعيين الالتزام المكفول من حيث مصدره فقد يكون للدائن أكثر من حق قبل مدينه قيمة كل منهما ألف جنيه ولكن احدهما مصدره عقد بيع والثانى مصدره عقد قرض فينبغى تحديد أى الدينين يضمنه الكفيل، وإلا فان الكفالة لا تنعقد ، لأن مصلحة الكفيل ترتبط بدين معين بالذات هو الذى يحدده ، وليس بأى دين للدائن قبل مدينه . وتظهر مصلحه الكفيل فى ذلك بصفة خاصة إذا كان الدين الذى كفله باطلا أو كان قد انقضى لسبب من الأسباب .

فاذا تحدد الالتزام المكفول على هذا النحو . دون تحديد التزام الكفيل ، فان التزام الكفيل يكون مطابقا لالتزام المدين . وهذا هو السبب فى تسمية الكفالة فى هذه الحالة بالكفالة المطلقة أو غير المحددة ، لأن الكفيل أطلق التزامه ولم يحدده ، بل جعله مساويا لالتزام المدين فى مقداره وشروطه وأوصافه .

ولكن التزام الكفيل يحتفظ مع ذلك باستقلاله عن التزام المدين ، وبصفة خاصة فان الكفيل لا يكون متضامنا مع المدين أو مع غيره من الكفلاء ، مالم يتفق على ذلك صراحة . أو مالم يوجد نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) كما هو الحكم بالنسبة للكفالة القضائية أو القانونية فقد سبق أن رأينا أن

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القانون يجعل الكفلاء فيهـــا متضامنين مع المـدين ومتضامنين مـع أنفسهم (م ٧٩٥ مدنى) .

والتزام الكفيل فى الكفالة المطلقة . لايشمل فقط أصل الدين المكفول . بل يشمل كذلك ملحقات هـذا الدين والمصروفات على النحو الذى حـددته المادة ٧٨١ وهى تقرر أنه « إذا لم يكن هناك اتفـاق خاص فان الـكفالة تشمل ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الأولى ومايستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل »[٢] .

وطبقا لهـذا النص فان محل التزام الكفيل فى الكفـالة المطلقة يتكون من عدة عناصر هى :

١ ـ أصل الدين المكفول .

٢ ـ ملحقات هذا الدين كالفوائد القانونية أو الاتفاقية، وكذلك التعويضات التى يحكم بها على المدين لاخلاله بالتزامه .

٣ ـ المصروفات التى انفقهـــا الدائن فى رجوعـه على المـدين أو على الكفيل .

وبالنسبة للمصروفات فان المشرع أوجـد تفرقة منطقية بين مصروفات المطالبة الأولى ، وما يلى ذلك من مصروفات . ذلك أن القـانون يوجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين قبل أن يرجع على الكفيل (م ٧٨٨ / ١)، ولذلك فان الدائن مضطر أن يوجه اجراءات المطالبة الأولى إلى المدين قبل أن يتجه إلى الكفيل ، فيكون منطقيا أن يلتزم الكفيل بهذه المصروفات وهى تشمـل مصروفات التنبيه على المدين ومصروفات رفع الدعوى عليه . فاذا تمت المطالبة الأولى للمدين على هذا الوجه ، فانه يكون من الواجب على الدائن أن يخطر الكفيل باتخاذ هذه الإجراءات، لأن الكفيل قد يوفى الدين فيوفر المصروفات

---

(١) وهذا النص مشابه لنص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الايطالى، راجع عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٩٧ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٤٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والإجراءات ولذلك فان الدائن بخطىء إذا لم يخطر الكفيل برجوعه على المدين فلا يتحمل الكفيل المصروفات التى ينفقها الدائن بعد مطالبته الأولى للمدين . أما إذا قام الدائن باخطار الكفيل ، ولم يقم هذا بالدفع فمعنى ذلك أنه ممتنع عن الوفاء ، فيكون مسئولا عن المصروفات التى ينفقها الدائن بعد اخطاره للكفيل . وهذا هو معنى ما يقرره المشرع من أن الكفالة تشمل مصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل [1] .

٣٥ ـ الكفالة المحددة :

قد لا يرضى الكفيل بضمان كل دين المدين وملحقاته، فيقوم بتحديد محل التزامه تحديدا دقيقا . وهذا الاتفاق جائز . وهو يخضع لقاعدة مؤداها أن التزام الكفيل لايجوز أن يكون أشد من التزام المدين ، ولكن من الجائز أن يكون أخف منه . وقد نص المشرع على هذه القاعدة في المادة ٧٨٠ مدنى التى تقرر أنه « (١) لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين . ولا بشروط أشد من شروط المدين المكفول . (٢) ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون » . وهذا الحكم من شطرين : ـ

١ ـ لايجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، فلا يجوز أن يكون مقدار التزام الكفيل أكبر من مقدار التزام المدين . ولا يجوز أن يلتزم الكفيل بدفع فائدة إذا كان المدين لا يلتزم ذلك، ولايجوز أن يلتزم الكفيل بدفع فائدة سعرها أكبر من سعر فائدة المدين . ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا بينما التزام المدين مضافا إلى أجل أو أن يكون التزام الكفيل باتا بينما التزام المدين معلقا على شرط . ولا يجوز أن يلتزم الكفيل بالدفع فى ميعاد أقرب من الميعاد الذى التزم به المدين . ولايجوز للكفيل أن يلتزم بدفع الدين جملة واحدة ، إذا كان هذا الدين مقسطا على المدين . ولا يجوز أن يلتزم الكفيل بالدفع فى مكان أبعد بالنسبة له من المكان الذى التزم المدين بالدفع فيه . ولا يجوز أن يقترن التزام الكفيل بشرط جزائى إذا كان التزام المدين غير مقترن بذلك .

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ٨٩٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا خولفت القاعدة السابقة بأن كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين. فلا يبطل عقد الكفالة ، ولكن يرد التزام الكفيل إلى التزام المدين ، وذلك طبقا لنظرية انقاص العقد أو البطلان الجزئى (م١٤٣ مدنى) . أى أن التزام الكفيل المحدد فى هذه الحالة ، يعتبر غير محدد ويكون تعيينه على ماسبق أن ذكرناه بصدد الكفالة المطلقة[١] .

وإذا حدد التزام الكفيل بقدر التزام المدين ، فان الكفيل يستفيد من كل تغيير فى شروط التزام المدين ، ولكنه لايضار من هذا التغيير، فاذا منح المدين أجلا للوفاء فان الكفيل يستفيد من هذا الأجل، ولكن يجوز له في نفس الوقت أن يوفى فى الأجل القديم ، حتى يتمكن من الرجوع على المدين في الوقت المناسب وقبل أن يلحق به الاعسار . والأجل الذى منحه الدائن للمدين لايمكن أن يضر بالكفيل ولاينفذ فى حقه . وإذا قسط الدين على المدين أو أبرىء من جزء من الدين أو من بعض ملحقات الدين ، استفاد الكفيل من ذلك . ولكن إذا أدى التعديل إلى جعل المدين فى مركز أسوأ فلا يضار الكفيل من هذا التعديل ، كما لو قدم أجل الوفاء بالدين ، فان الكفيل لايجبر على الوفاء إلا فى الأجل القديم ، وسنعود إلى دراسة هذه المسألة فيما بعد .

٢ ـ والشق الثانى من الحكم أنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين ، فلايلتزم الكفيل إلا بضمان جزء من الدين فقط ، أو لايلتزم بكفالة ملحقات الدين أو المصروفات ، أو يلتزم بالوفاء فى أجل بعيد أو بالوفاء على أقساط ، أو بأن يجعل التزامه معلقا على شرط فاسخ أو مضافا إلى أجل فاسخ . ومن أمثلة الأجل الفاسخ أن يشترط الكفيل سقوط

---

(١) وكانت الفقرة الثالثة من نص المادة المقابلة للمادة ٧٨٠ فى المشروع التمهيدى تقرر أنه « ولاتكون الكفالة التى تجاوز الدين المكفول ، أو التى تعقد بشروط أشد صحيحة .الا فى حدود الالتزام الأصلى» . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة. (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٥ ، ص ٤٦٢ ، ٤٦٣) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التزامه إذا لم يقم الدائن بمطالبة المدين خلال شهرين من تاريخ استحقاق الدين [١] .

ومن الجائز أن يتفق الكفيل على أن يكون متضامنا مع المدين ، أو مع غيره من الكفلاء ولا يعتبر هذا تشديدا لموقفه . فلئن أصبح مركزه أشد من مركز الكفيل البسيط إلا أنه لازال فى حدود التزام المدين . والأصل أن تكون الكفالة بسيطة غير تضامنية . ولا يكون الكفيل متضامنا إلا إذا وجد اتفاق أو نص على ذلك .

والاتفاق على أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين لا يجعله متضامنا مع غيره من الكفلاء ، كما أن الاتفاق على أن يكون متضامنا مع غيره من الكفلاء لا يجعله متضامنا مع المدين . والكفيل المتضامن لا يعتبر مدينا احتياطيا إذ يجوز مطالبته قبل مطالبة المدين ، ويجوز التنفيذ عليه قبل تجريد المدين من أمواله . ومع ذلك فان الكفيل المتضامن لازال مدينا تابعا . ويظهر ذلك بصفة خاصة من حقه فى أن يتمسك بسقوط التزامه بقدر ما اضاعه الدائن من التأمينات الأخرى ، التى كانت تضمن الوفاء بنفس الدين ، وكذلك من حقه فى أن يتمسك بسقوط دينه بقدر ما أضاع الدائن من فائدة لعدم دخوله تفليسة المدين . وكذلك من حقه فى أن يتمسك بسقوط دينه إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات فى مواجهة المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له [٢] . وسندرس هذه الأحكام بالتفصيل فيما بعد ، مع ملاحظة أن الأحكام التى سندرسها تقوم على أساس أن الكفالة بسيطة غير تضامنية . أما الكفالة التضامنية فسنذكر أحكامها كلما دعت الحاجة إلى ذلك .

---

(١) بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٥٣ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٨٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٤٣ .

(٢) راجع ما سبق ، فقرة ١١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣٦ ـ اثبات الكفالة :

تنص المادة ٧٧٣ من القانون المدنى على أنه « ولا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلى بالبينة » . وقد خرج المشرع بهذا النص على القواعد العامة فى الإثبات التى تجيز الإثبات بالبينة إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرين جنيها (م ٦٠ من قانون المرافعات الجديد) . وتبرير هذا الخروج هو حماية مصلحة الكفيل الذى يتبرع بضمان دين لا مصلحة له فيه. فلابد أن يكون التزامه ثابتا على وجه يقينى [١] .

ولهذا فان اشتراط الإثبات بالكتابة هو بالنسبة للكفيل لا للدائن . والكفيل هو الذى يلتزم وحده بمقتضى عقد الكفالة. ولذلك فان الاثبات يكون دائما فى مواجهته ، ومع ذلك فمن الجائز أن يتمسك الكفيل بعقد الكفالة فى مواجهه الدائن لمطالبته مثلا بما يكون قد دفعه زائدا عن المستحق عليه . وفى هذه الحالة يجوز الإثبات بغير الكتابة إذا سمحت بذلك القواعد العامة [٢] .

وفى تبرير اشتراط الكتابة لإثبات الكفالة تقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى « أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات ، لأن التزام الكفيل هو أساسا من التزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع . وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها . ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة. فلهذه الأسباب قد قرر المشروع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة [٣] » .

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ٩٣٣ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٧٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٥ ، ص ٤٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واشتراط الإثبات بالكتابة لا ينصرف فقط إلى عقد الكفالة . بل كذلك إلى الوعد بالكفالة ، لأن الوعد إذ نكل به المدين فان حكم القاضى يقوم بصدده مقام العقد النهائى . ولا يجوز التمسك بوعد يؤدى إلى عقد نهائى إلا إذا كان هذا الوعد ثابتا بالكتابة .

والكتابة ليست شرطا للانعقاد. ولكنها شرط للاثبات. ولذلك فمن الجائز إثبات العقد بما يقوم مقام الكتابة فى حالة تخلفها كالإثبات باليمين أو الإقرار. وكذلك فمن الجائز الإثبات بالبينة، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م٦٢ من قانون الإثبات الجديد)، أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه (م٦٣ ب من قانون الإثبات الجديد) (١) .

والاثبات بالكتابة مشترط فقط فى العلاقة بين الدائن الكفيل . وفى مواجهة الكفيل بالذات كما سبق أن ذكرنا ، أما فى العلاقة بين الكفيل والمدين . فان الاثبات جائز بكل الطرق ، لأن المدين غير طرف فى عقد الكفالة ، ومن ثم فهو يعتبر بالنسبة له واقعة مادية يجوز اثباتها بكل الطرق (٢) .

وبذلك ننتهى من دراسة الفصل الأول الخاص بانعقاد الكفالة ، وننتقل إلى الفصل الثانى لدراسة أثار الكفالة .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى، ص ٧٩؛ عبد الفتاح عبد الباقى، ص ٧٣؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٥٠ .

(٢) بودرى وفال، فقرة ٩٣٣؛ بلانيول وريبير وسافيتيه، فقرة ١٥٢٨ ؛ عبدالرزاق السنهورى ، ص ٨٠ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

آثار الكفالة

الأثر المباشر للكفالة يظهر فى العلاقة بين الدائن والكفيل ، فهما طرفا هذا العقد واليهما تنصرف آثاره . ومع ذلك فهناك آثار أخرى تنشأ لا عن عقد الكفالة ذاته، بل عن تنفيذه ، أى واقعة الوفاء من الكفيل للدائن . وتظهر هذه الآثار سواء فى العلاقة بين المدين والكفيل ، أو العلاقة بين الكفلاء إذا تعددوا . ولذلك فان دراسة آثار الكفالة المباشرة وغير المباشرة ، هى دراسة لهذه العلاقات المختلفة ، علاقة الدائن بالكفيل ، وعلاقة الكفيل بالمدين ، وعلاقة الكفلاء بعضهم ببعض . ونخصص لكل من هذه العلاقات مبحث مستقل .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الأول

العلاقة ما بين الدائن والكفيل

يلتزم الكفيل فى مواجهة الدائن بأن يفى بالتزام المدين ، إذا لم يفى به المدين نفسه . فعقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، وآثار العقد تقتصر على التزام الكفيل بالوفاء بدلا من المدين إذا تخلف هذا عن الوفاء . وكما هى القاعدة العامة فى آثار الإلتزام، فان التزام الكفيل ينفذ جبرا عليه بعد إنذاره، ويكون ذلك عن طريق رفع الدعوى، ثم الحصول على حكم فى مواجهته والتنفيذ بمقتضى هذا الحكم على أمواله .

وقد اختص المشرع آثار عقد الكفالة بعدة قواعد خاصة ، هى : -

(أولا) لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل أن يرجع على المدين .

(ثانيا) لايجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين من أمواله ويسمى هذا بالدفع بالتجريد .

(ثالثا) لايجوز للدائن إذا تعدد الكفلاء أن يرجع على واحد منهم بكل الدين ، بل بقدر نصيبه فيه فقط، وذلك إذا توافرت شروط معينة ، ويسمى هذا بالدفع بالتقسيم . وسندرس هذه القواعد الخاصة كل على حدة .

ولكن بجانب هذه القواعد الخاصة ، فانه لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل طبقا للقواعد العامة قبل حلول أجل دينه . ومن ناحية أخرى فان حق الدائن فى الرجوع على الكفيل قد يتعطل بسبب انقضاء التزام الكفيل أما طبقا للقواعد العامة ، أو طبقا للقواعد الخاصة التى نص عليها المشرع فى عقد الكفالة .

وتنقسم دراستنا فى هذا المبحث إلى مطلبين، الأول فى رجوع الدائن على الكفيل ، والثانى فى انقضاء التزام الكفيل قبل الدائن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الأول

رجوع الدائن على الكفيل

لا يرجع الدائن على الكفيل إلا عند حلول أجل دينه طبقا للقواعد العامة ، وهذا ماندرسه أولا ، ثم ندرس بعد ذلك القواعد الخاصة بعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين ، وحق الكفيل فى الدفع بالتجريد ، وحقه فى الدفع بالتقسيم ، وما يترتب على قيامه بالوفاء للدائن .

§ ١ ـ حلول أجل دين الكفيل

٢٧ ـ لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بدينه الناشىء عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل هذا الدين . وإذا لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل ، فان هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين . ولكن إذا اتفق على أجل خاص لدين الكفيل فلا تجوز مطالبته إلا بعد حلول هذا الأجل ، ولو كان دين المدين قد حل أجله من قبل . ولا يجوز كما سبق أن ذكرنا أن يكون أجل دين الكفيل أقرب من أجل دين المدين . تطبيقا لقاعدة أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين ، وأن جاز أن يكون أهون منه .

وكل تغيير فى أجل دين المدين يستفيد منه الكفيل ، ولكن لا يضار منه . فاذا حصل المدين على مهلة للوفاء بأمر القاضى أو بأذن الدائن ، فان الكفيل يستفيد من هذه المهلة ولا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد . ولكنه لا يضار من هذا التأجيل فاذا أراد أن يوفى للدائن بدينه فى الأجل القديم . فيجب على الدائن أن يقبل منه هذا الوفاء . ووجه الضرر الذى قد يلحق الكفيل من تأجيل الدين ، أن المدين قد يكون موسرا رغم تأجيل دينه ، ويخشى عليه الإعسار فيما بعد ، فتكون من مصلحة الكفيل أن يوفى بالدين

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

دون تأخير ويرجع بما وفاه على المدين قبل أن يصبح معسرا ، وأن كان هذا فرض نادر .

اما إذا إتفق على تعجيل أجل التزام المدين . فان الكفيل لايضار من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبته إلا عند حلول الأجل الأصلى .

ولكن ما هو الحكم إذا سقط أجل التزام المدين بسبب إفلاسه أو إعساره أو إضاعته للتأمينات (م ٢٧٣ مدنى) ؟ ذهب رأى الى أن سقوط أجل التزام المدين يترتب عليه أيضا سقوط أجل التزام الكفيل، لأن هذا هو مقتضى فكرة التبعية. وكذلك فان الغرض من الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه وقد تحقق ذلك بالفعل (١) .

ولكن الفقه الغالب يرفض هذا الرأى ويقرر أن سقوط أجل دين المدين لا يترتب عليه سقوط أجل دين الكفيل (٢). لأن مقتضى فكرة التبعة الا يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين ، ولكن ليس ما يمنع من أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين . وكذلك فان مقتضى عقد الكفاله هو ضمان حق الدائن ضد إعسار المدين أو إفلاسه فى أجل معين ، ولا مبرر لسقوط هذا الأجل بالنسبة للكفيل اسبب لا يد له فيه ، وخاصة وأن سحب الثقة من المدين بسبب إفلاسه أو إعساره ، لا يبرر سحب الثقة في نفس الوقت من الكفيل . يضاف إلى ذلك أنه من المتفق عليه فى القانون التجارى أن سقوط الأجل بسبب إفلاس المدين ، لا ينصرف الى غيره ، ولاينصرف بصفة خاصة الى الكفيل .

والرأى الغالب هو الجدير بالتأييد . ومع ذلك ينبغى الأخذ بما يضيفه البعض اليه من انه إذا كان سقوط الأجل بسبب عدم تقديم المدين ما وعد

---

(١) أنظر المراجع المشار اليها فى منصور مصطفى منصور ، ص ٥٣ - ٥٤ .

(٢) أوبرى ورو : ج ٦ ، فقرة ٤٢٦ ، بودان وتواران ، فقرة ٩٦ ، عبد الرازق السنهورى ، ص ٨٥ ، ٩١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بتقديمه من تأمينات ، وكان الكفيل عالما بهذا الوعد وقت الكفالة ، فانه يكون ضامنا له، فاذا أخل المدين بالتزامه بتقديم هذه التأمينات مما ترتب عليه سقوط أجل دينه ، فان الأجل يسقط أيضا بالنسبة للكفيل ويجوز مطالبته فى نفس الوقت . أما فى الحالات الأخرى التى يكون فيها سقوط أجل التزام المدين بسبب إفلاسه أو إعساره أو إضاعته للتأمينات التى قدمها من قبل ، فان ذلك لا يترتب عليه سقوط الأجل بالنسبة للكفيل (١) .

وجدير بالذكر أن الجدل السابق لا يثور إذا كان لدين الكفيل أجل خاص به أبعد من أجل الدين الأصلى فان أحدا لا يقول بسقوط هذا الأجل الخاص إذا سقط أجل التزام المدين لأى سبب من الأسباب .

§ ٣ ـ عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين

٢٨ ـ الواقع أن الكفيل فى الكفالة البسيطة ، يلتزم بصفة إحتياطية ، فهو يضمن دين غيره ، أى يضمن دينا لا مصلحة له فيه . ولذلك فانه يكون من العدل ألا يطالبه الدائن بالدفع ، قبل أن يرجع على المدين الأصلى بهذا الدين. ولهذا نص المشرع فى ١/٧٨٨ على أنه « لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين » .

ولم يكن هناك نص على هذا الحكم فى القانون المدنى القديم ، وكذلك ليس هناك نص عليه فى القانون الفرنسى. ولذلك فمن المقرر فى فرنسا وكذلك كان مقررا فى مصر فى ظل القانون المدنى القديم ، أنه يجوز للدائن أن يرفع الدعوى على الكفيل وأن يحصل على حكم فى مواجهته ، قبل أن يرفعها على المدين . ولعل هذا من الآثار التى تخلفت عن القانون الرومانى فى عهده القديم، حيث كان الكفيل فى مركز المدين المتضامن ، بل وكان فى بداية التطور ، فى مركز أسوأ من مركز المدين المتضامن كما سبق القول (٢) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٥٤ .

(٢) بودرى وفال ، فقرة ١٠٢٣ ؛ بلانيول وريبير وسافتييه ، فقرة ١٥٣٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويعتبر النص الذى وضعه القانون المدنى الجديد ، خطوة الى الأمام فى ستيل التخفيف من مركز الكفيل وإبراز صفة التبعية فى التزامه .

ولكن ما هو المقصود بالرجوع على المدين أولا أو على الأقل الرجوع على الكفيل فى نفس الوقت ؟ لم يحدد المشرع المقصود بالرجوع ، ولكن من المتفق عليه فى الفقه ،أن المقصود بذلك هو رفع الدعوى أى المطالبة القضائية. ولذلك لا يكفى أن يعذر الدائن المدين حتى يحق له أن يرجع على الكفيل بعد ذلك . ويستثنى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين فانه يمتنع على دائنيه إتخاذ الإجراءات الفردية فى مواجهته ولا يجوز لهم الا التقدم في التفليسة . ولذلك يعتبر التقدم فى تفليسة المدين رجوعا عليه يجيز للدائن أن يرجع بعده على الكفيل . وكذلك فانه إذا كان دين الدائن قبل المدين ثابتا فى سند رسمى ، يجوز التنفيذ بمقتضاه دون حاجة الى إستصدار حكم ، فانه لا يطلب من الدائن رفع دعوى على المدين للمطالبة بدينه ، ويعتبر أنه رجع على المدين بمجرد تكليفه المدين بالدفع ، ويجوز له بعد ذلك أن يرجع على الكفيل (١) .

وإذا لم يراعى الدائن هذا الحكم ، بأن رجع على الكفيل أولا وقبل أن يرجع على المدين فان للكفيل أن يدفع هذا الرجوع، بدفع هو الدفع بضرورة رجوع الدائن على المدين أولا . وهذا الدفع ليس من الدفوع الموضوعية ، لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل أو إنقضاء هذا الحق . وهو كذلك ليس من الدفوع الشكلية ، فهذه الدفوع محددة على سبيل الحصر فى المادة ١٠٨ من قانون المرافعات الجديد (م ١٣٢ من القانون السابق). وهذا الدفع ليس منها ، ولذلك فمن المتفق عليه أن هذا الدفع هو دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل إستيفاء إجراء لا بد من إستيفائه (٢) .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٣٠ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٥٥ ؛ سليمان مرقص ، ص ٥٩ ؛ محمد على امام ، ص ٩٢ ؛ عبد الرازق السنهورى ، ص ١٠٥، ١٠٦.

(٢) عبد الفتاح عبدالباقى، ص ١٣٣؛ سليمان مرقص، ٦٧ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٥٥ ؛ محمد على امام ؛ ص ٩٤ ، عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٠٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا نجح الكفيل فى دفعه وحكم القاضى بعدم قبول دعوى الدائن ، فان هذا الحكم لا يعدو أن يكون عقبة بسيطة فى وجه الدائن ، ولكنه لا يمس موضوع حقه . إذ يجوز له بعد بعد ذلك أن يرجع على المدين أولا ، ثم يرجع بعد ذلك على الكفيل ، كما يجوز له أن يرجع على المدين و الكفيل فى نفس الوقت ، وهذا جائز بنص القانون ، فالدائن يمتنع عليه الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين ، ولكن لا مانع من رجوعه على الكفيل والمدين فى نفس الوقت ولا يعتبر فى هذه الحالة أنه رجع أولا على المدين .

وحتى تمسك الكفيل بالدفع بعدم الرجوع عليه أولا لا بد من توافر عدة شروط هى : ـ

١ ـ ألا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الحق . والنزول قد يكون صريحا أو ضمنيا . وقد يكون وقت إنعقاد الكفالة أو بعد إنعقادها . والواقع أن تمسك الكفيل بعدم جواز الرجوع عليه أولا قصد به حماية مصلحة خاصة له ، فهو لا يتعلق بالنظام العام ، ولذلك يجوز النزول عنه . والمركز الذى يختاره الكفيل لنفسه له درجات متفاوتة ، تتراوح بين الكفالة البسيطة والكفالة التضامنية . وهو الذى يحدد بارادته الدرجة التى يقف عندها . وكلما حرم الكفيل نفسه من ميزة منحها له المشرع ، انتقل خطوة من الكفالة البسيطة الى الكفالة التضامنية . وهو فى تدرجه هذا مقيد بقيد واحد ، هو ألا يصبح التزامه أشد من التزام المدين . وهو لن يصير الى ذلك حتى ولو أصبح كفيلا متضامنا .

٢ ـ يشترط ثانيا ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين . وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع ولكن إجماع الفقه منعقد عليه [١] . لأن من طبيعة التضامن أن يستطيع الدائن الرجوع على أى من الملتزمين على وجه التضامن ، قبل غيره منهم ، وأن يطالبه بكل الدين . وقد طبق المشرع هذه القاعدة بالفعل بالنسبة

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٠٣ ؛ منصور مصطفى منصور ؛ ص ٥٦ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٣٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للرجوع على كفيل الكفيل فى المادة ٧٩٧ التى تقرر أنه « ... فى هـذه الحالة لايجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعـه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الـكفيل متضامنا مع الكفيل » . وكما أن الكفيل يعتبر فى مركز المدين بالنسبة لكفيل الكفيل، فان عدم جواز رجوع الدائن على كفيل الكفيل قبل رجوعة على الكفيل ، يساوى تماما عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين . وكما أنه من الجائز أن يرجع الدائن أولا على كفيل الكفيل إذا كان متضامنا مع الكفيل، فانه يجوز أيضا بطريق القياس أن يرجع الدائن أولا على الكفيل إذا كان هذا متضامنا مع المدين .

والحق أن الكفيل الذى يقبـل أن يكون متضامنا مع المدين ، انما يسقط بارادته الحمـاية التى أعطاها له القـانون بجعله مدينا احتياطيا لايسأل إلا بعد مقاضاة المدين الأصلى والرجوع عليه . ومع ذلك فالضامن لاتسقط عنه صفة التبعية فهو لازال مدينا تابعـا يجوز له التمسك ببعض الدفوع التى تؤدى إلى سقوط التزامه كالدفع باضاعة الدائن للتأمينات الأخرى التى تضمن الدين وغير ذلك مما سنذكره فيما بعد .

٣ ـ ويشترط أخـيرا أن تكون للكفيل مصلحة فى التمسك بهذا الدفع . وهو لا تكون له مصلحة فى ذلك إذا كان المدين معسرا لافائدة من الرجوع عليه أولا . وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع . ولكن الفقه يقول به استنادا إلى القواعد العامة فى أنه لا دعوى ولا دفع إلا بناء على مصلحة. والقاضى هو الذى يقرر وجود المصلحة أوعدم وجودها إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع، وهو يحكم بعدم قبول الدعوى فى مواجهة الكفيل إذا كانت هناك فائدة ولو بسيطة فى الرجوع على المدين أولا [1] .

ولكن إذا توافرت هذه الشروط هل يجوز للقاضى أن يحكم بعدم قبول

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٠٣ ؛ منصور مصطفى منصور، ص ٥٦ ؛ مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٥ ، ص ٤٩٤ - ٤٩٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الدعوى من تلقـاء نفسه ، أم يجب أن يتمسك الكفيل بذلك ؟ ذهب رأى فى الفقه إلى القول بأن للقاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ التى قررت هذا الدفع فى فقرتها الأولى . والفقرة الثانية خاصة بالدفع بالتجريد الذى سندرسه فيما بعد. وهى قد اشترطت صراحة أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد، فلو كان المشرع يشترط نفس الشرط بالنسبة للدفع الذى نحن بصدده ، لقرر ذلك صراحة فى الفقرة الأولى، كما فعل فى الفقرة الثانية[١]. ولكن الرأى الذى نفضله يرى عدم جواز الحكم بهذا الدفع إلا إذا تمسك به الكفيل بنفسه فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. لأنه لا يتعلق بالنظام العام، بل يتعلق بمصلحة خاصة للكفيل وهو وحده الذى يملك تقديرها ، وما يترتب على هذا التقدير من التمسك بالدفع أو النزول عنه. أما الاستدلال بنص المادة ٧٨٨ على النحو السابق ذكره فهو غير مقبول ، لأن الاستدلال على هذا النحو لا يكون إلا على أساس مفهوم المخالفـة . بينما لا يوجد ارتباط فى الواقع بين الدفع بعدم قبول الدعوى ، والدفع بالتجريد ، حتى يستنتج حكم بالنسبة للاول مخالف للمنصوص عليه بالنسبة للثانى لمجرد سكوت المشرع عن النص على نفس الحكم بالنسبة للاول. والصحيح أن الحكم فى هذه المسألة مسكوت عنه فيرجع فى شأنه إلى القواعد العامة وهى تقضى بما سبق قوله من أن القاضى لا يحكم بعدم قبل الدعوى من تلقاء نفسه[٢] .

وينبغى ملاحظة أن الكفيل غير ملزم بابداء الدفع قبل الكلام فى الموضوع . فهو دفع بعدم القبول يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، ولو أمام المحكمة الإستئنافية (م ١١٥ من قانون المرافعات الجديد) .

والدفع بعـدم قبول الدعوى لا يمس حق الدائن من حيث الموضوع ، فهو لا يعدو أن يكون عقبة مؤقتة فى سبيله ، قد يتجنبها إذا رجع على الكفيل

---

(١) سليمان مرقس ، ص ٦٨ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى، ص ١٠٤ ؛ منصور مصطفى منصور، ص ٥٧ ؛ عبدالفتاح عبد الباقى ، ص ١٣٢ ؛ محمد على امام ، ص ٩٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بعد رجوعه على المدين أو إذا رجع عليهما معا فى نفس الوقت . وقت يجتازها إذا أعاد تصحيح إجراءاته بالرجوع على المدين أولا أو بالرجوع عليه مع الكفيل فى نفس الوقت . ولكنه إذا اجتاز هذه العقبة فسيجد فى طريقه عقبة أخرى تتمثل فيما يسمى بالدفع بالتجريد .

§ ٣ ـ الدفع بالتجريد

٣٩ ـ يرجع الدفع بالتجريد إلى القانون الرومانى ، لا فى عهده الأول بل فى عهده الأخير، تحت حكم جستينيان . فقد سبق أن ذكرنا أن مركز الكفيل فى بداية تطور القانون الرومانى كان على شىء من الغرابة ، إذ أنه كان أسوأ من مركز المدين ، وفى مرحلة لاحقة أصبح مركز الكفيل فى نفس مركز المدين ، أى أنه كان فى حكم المدين المتضامن . وأخيرا ظهرت فكرة التبعية والصفة الاحتياطية فى التزام الكفيل . وكان أهم مظهر لذلك هو النص على حق الكفيل فى التمسك بتجريد المدين قبل التنفيذ على أمواله (١).

والحكمة من هذا الدفع ، أن الكفيل ليست له مصلحة فى الدين، فهو ضامن لدين غيره ، ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنزع منه ، بينما أموال المدين قائمة لا تمس . ومعنى هذا الدفع فى صورة عملية أن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالى أن تتجه أولا إلى أموال المدين فتجرده منها، وستجد لديه من الأموال ما يكفى للوفاء بدينك .

والواقع أنه بجانب اعتبارات العدل التى يقوم عليها الدفع ، فان هناك اعتبارات أخرى من الملاءمة ، تبرره أيضا ، ذلك أن الدائن إذا نفذ على أموال الكفيل، فان لهذا الأخير أن يرجع بعد ذلك على المدين بما دفعه عنه وله فى سبيل هذا الرجوع أن ينفذ على أموال المدين وينزع ملكيتها . فيكون من الأفضل إختصارا للاجراءات والنفقات أن يقوم الدائن بالتنفيذ أولا وأخيرا على المدين . بدلا من التنفيذ على الكفيل ، ثم قيام هذا الاخير بالتنفيذ مرة أخرى

---

(١) راجع ما سبق ، فقرة ٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على المدين . والدائن لن يضار من ذلك اذ كل مايهدف إليه هو الحصول على حقه . سواء جاءه ذلك عن طريق التنفيذ على المدين أو التنفيذ على الكفيل (١) .

وقد نص المشرع على حق الكفيل فى التمسك بالدفع بالتجريد فى المادة ٧٨٨/٢ وهى تقرر « ولايجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » . ونص على بعض الأحكام الأخرى فى المواد ٧٨٩ و ٧٩٠ و ٧٩١ و ٧٩٢ ، وهى تتعلق بشروط الدفع بالتجريد ، وأثره ، وكذلك صورة خاصة من صوره . وندرس ذلك فيما يلى : —

٣٠ ـ (أ) شروط التمسك بالدفع بالتجريد :

يشترط للدفع بالتجريد أن يكون الكفيل شخصيا وليس عينيا ، وأن يكون كفيلا بسيطا وليس متضامنا ، وأن يتمسك بنفسه بالدفع ، وأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين موجودة في مصر وتكفى للوفاء بالدين كله وغير متنازع فيها .

١ ـ يشترط أن يكون الكفيل شخصيا لاعينيا وقد راعى المشرع المركز الخاص للكفيل العينى . وهو فى حقيقته راهن ، رهن ماله ضمانا لدين غيره . ويختلف الكفيل العينى عن الكفيل الشخصى فى أن مسئوليته عينية محدودة ، فهو لا يسأل عن الدين الذى ضمنه إلا فى حدود المال الذى رهنه ، ولايجوز للدائن إذا لم يكفى هذا المال أن يجاوزه فينفذ على أموال أخرى مملوكة للكفيل العينى . وعلى خلاف ذلك فان الكفيل الشخصى يضم ذمته إلى ذمة المدين ، فيرد حق الدائن على الضمان العام للكفيل بما يتضمنه هذا من حق الدائن فى التنفيذ على أى مال من أموال الكفيل ، طبقا لقاعدة أن أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه . ويختلف الكفيل العينى والكفيل الشخصى

---

(١) أنظر فى تاريخ الدفع بالتجريد والحكمة منه : بودرى وفال ، فقرة ١٠٢١

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كذلك فى أنه لا يجوز للكفيل العينى أن يتمسك بالدفع بالتجريد، وذلك تغليبا لفكرة الرهن على فكرة الكفالة ، لأن المشرع لم يشأ أن يجعل الرهن الذى يقدمه شخص آخر غير المدين، أضعف أثرا من الرهن الذى يقدمه المدين[1]. وقد نصت على هذه الأحكام المادة ١٠٥٠ وهى تقرر « إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين مالم يوجد اتفاق بغير ذلك » وهذا النص وارد فى باب الرهن الرسمى ولكنه يسرى أيضا على الرهن الحيازى .

٢ ـ يشترط أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٧٩٣ وهى تقرر أنه « لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد » . وكما سبق أن رأينا فى الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها أولا على الكفيل، حيث لا يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك به ، فانه لا يجوز أيضا للكفيل المتضامن أن يتمسك بالدفع بالتجريد لأن فكرة التضامن غير متصوره إلا إذا كان من حق الدائن أن يرجع وأن ينفذ على أى مدين يتخيره . ولذلك لا نوافق على ما يراه البعض من جواز الإتفاق على أن يحتفظ الكفيل بالحق فى التمسك بالتجريد رغم تضامنه مع المدين[2]، فان مثل هذا الاتفاق لا يجعل الكفيل متضامنا فى الواقع ، ولو وصف بأنه كذلك، ويسمح للقاضى بعدم تطبيق قواعد التضامن الأخرى . لأنه لا يعتد فى تكييف العلاقة بما يذكره المتعاقدان ، بل بما يقرره القانون . والتضامن الذى يمنع الكفيل من التمسك بالتجريد هو التضامن بينه وبين المدين، أما التضامن بين الكفيل وغيره من الكفلاء فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين ، فهذا التضامن يؤدى فقط الى عدم تقسيم الدين فى رجوع الدائن على أى منهم .

وإذا كان الكفيل متضامنا مع المدين ، فهذا لا يمنع كفيل الكفيل من التمسك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٧ ، ص ٦٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بتجريد الكفيل ، إذا لم يكن هو نفسه متضامنا مع الكفيل . ولكن لا يجوز له أن يتمسك بتجريد المدين ، إذ لا يجوز ذلك للكفيل المتضامن الذى كفله .

ويلاحظ أن الكفيل قد لا يكون متضامنا مع المدين ، ولكنه يتنازل عن التمسك بالتجريد وهـذا جائز ، ويعتبر أنه بذلك قد خطا خطوة هامة فى سبيل التضامن ولكنه لم يصل إلى ذلك فعلا . ولكن النتيجة هى سقوط حقه فى التمسك بالتجريد ، وتنازل الكفيل عن هذا الحق يكون صريحا أو ضمنيا ، ويكون وقت إبرام الـكفالة أو بعد ذلك [1] . وهو على أى حال يجب عليه أن يتمسك بالدفع بنفسه وهذا هو الشرط الثالث .

٣ ـ الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظـام العام . ولذلك لا بد أن يتمسك به الكفيل فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقـاء نفسه . وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ٧٨٨ / ٢ التى تقرر أنه « .. ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق » .

ويثور البحث عن الوقت الذى يجوز فيه للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد . والمشرع لم يحدد هذا الوقت كما فعل المشرع الفرنسى فى المادة ٢٠٢٢ التى تلزم الكفيل بالتمسك بهـذا الدفع عند الإجراءات الأولى ، أى عندما يرفع الدائن الدعوى عليه وقبل المناقشة فى الموضوع . وإلا سقط حقه فى التمسك بالدفع بعـد ذلك . ويعتبر حكم القـانون الفرنسى تطبيقـا لفكرة النزول الضمنى عن الدفع .

ويلاحظ أن مشروع القانون المدنى كان ينص فى المادة ١١٤٥ منه على أنه « لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجـراءات الأولى التى توجه ضده » . وقد أراد المشرع أن ينقل الحكم المقرر فى القانون الفرنسى . وهو حكم لم يكن منصوص عليه فى القـانون المصرى القديم ، ولم

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١٠٤٣ ؛ بلانيـــول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٣٥ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يكن القضاء المصرى يأخذ به لعدم النص عليه . ولكن النص الوارد فى المشروع حذف فى لجنة المراجعة دون بيان لأسباب الحذف .

والفقه المصرى يجمع على عدم الأخذ بحكم القانون الفرنسى الذى حذف من مشروع القانون المدنى الجديد ، ويقر ما كان يسير عليه القضاء من قبل من عدم الزام مكفيل بالتمسك بالدفع عند بداية الاجراءات[1] .

والواقع أن موقف الفقه المصرى جدير بالتأييد ، ولم يكن النص الوارد فى المشروع موفقا ، ولذلك فمن الخير أنه حذف فى لجنة المراجعة . ولا مجال هنا للنقل عن القانون الفرنسى ، لأن المشرع المصرى استحدث أحكاما لا مقابل لها فى القانون الفرنسى ، فقد راعى أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين . المرحلة الأولى هى مرحلة التقاضى ، والمرحلة الثانية هى مرحلة التنفيذ . وقد خص كل مرحلة من هاتين المرحلتين بدفع خاص . فالدفع الخاص بالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل أولا . وهذا الدفع خاص بالتقاضى ويجوز التمسك به فى أى مرحلة من مراحل التقاضى . ولكن إذا انتهت كل مراحل التقاضى وصدر حكم نهائى غير قابل للطعن . فلا يجوز التمسك بالدفع بعدم القبول فى مرحلة التنفيذ . أما الدفع الخاص بالمرحلة الثانية فهو الدفع بالتجريد . فاذا فرض أن الدائن حصل على حكم بالفعل فى مواجهة الكفيل بالزامه بدفع دين المدين ، وشرع الدائن فى التنفيذ على أموال الكفيل بمقتضى الحكم ، فانه يجوز للكفيل أن يعترض على هذا التنفيذ بالتمسك بالدفع بالتجريد .

فالدفع بالتجريد إذن خاص بالمرحلة الثانية وهى مرحلة التنفيذ . ولا تظهر فائدته إلا فى هذه المرحلة ، ولذلك فان الوقت المناسب للتمسك به هو وقت الشروع فى التنفيذ . ولذلك لا يقبل القول بسقوط حق الكفيل فى التمسك به

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١١٨ : عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٤٨ : منصور مصطفى منصور ، ص ٨٦ : سليمان مرقس ، ص ٨١ : محمد على امام ، ص ١٠٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إذا لم يفعل ذلك فى المرحلة الأولى أى مرحلة التقاضى بل وفي بداية هذه المرحلة أى قبل الدخول فى الموضوع .

أما المشرع الفرنسى فلا يعرف الدفع بعدم قبول الدعوى . ولا يعرف إلا الدفع بالتجريد فهو لم يراعى وجود مرحلتين، لرجوع الدائن على الكفيل، بل نظر إلى الرجوع باعتباره مرحلة واحدة . ولذلك أوجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع فى بدايتها أى عند بدء التقاضى وإلا اعتبر متنازلا عن هذا الحق . ولا مجال لنقل هذا الحكم فى مصر لاختلاف الفروض التى بنى عليها التشريع فى كل من البلدين .

ولكن إذا كان الوقت الطبيعى للتمسك بالتجريد هو وقت التنفيذ أو الشروع فيه ، فهل يجوز للكفيل أن يتمسك به فى المرحلة الأولى أى مرحلة التقاضى ؟ ذهب البعض إلى عدم جواز ذلك ، وأنه يجب للتمسك بالدفع أن يكون الدائن قد شرع فى التنفيذ على أموال الكفيل[1]. وهذا الرأى لا يخالف حكم القانون الفرنسى وهو الحكم الذى أراد المشروع أن ينقله فحسب ، ولكنه يشترط عكس ما يشترطه القانون الفرنسى. وهذه أقصى درجات المخالفة.

ولكننا نرى فى الواقع مع البعض الآخر إلى أنه وان تعلق الدفع بالمرحلة الثانية وهى التنفيذ فلا مانع من التمسك به فى المرحلة الأولى، وهى التقاضى . وعلى هذا النحو إذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل وكانت الدعوى مقبولة، فمن الجائز أن يتمسك الكفيل فى هذه الدعوى بالدفع بالتجريد . وفى هذه الحالة يحكم القاضى بالزام الكفيل بالدين ، ولكنه يحكم فى نفس الوقت بعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين[2] .

ومن الجائز من ناحية أخرى ، وهذا هو الوضع الطبيعى ، أن يتمسك

---

(١) سليمان مرقس ، ص ٧٧ . ص ٨٩ : محمود جمال الدين زكى ، ص ١١٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٦ : محمد على امام ، ص ١٠٦ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٥٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الكفيل بالتجريد فى المرحلة الثانية وهى مرحلة التنفيذ . ويجوز له ذلك من وقت الشروع فى التنفيذ إلى وقت تمام التنفيذ ، ولكن بشرط ألا يتأخر إلى درجة كبيرة حتى يمكن أن يستدل من ذلك على تنازله عن التمسك بالدفع، وهذه مسألة موضوعية يفصل فيها القاضى عند النزاع[٢] . أى أن الوقت الذى يجوز فيه للكفيل التمسك بالدفع هو وقت طويل يشمل المرحلتين معا مرحلة التقاضى ومرحلة التنفيذ .

٤ ـ والشرط الرابع للتمسك بالدفع بالتجريد هو أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال مملوكة للمدين وموجودة فى مصر وغير متنازع فيها وكافية للوفاء بكل الدين . وقد نصت على هذا الشرط المادة ٧٨٩ وهى تقرر :

(١) إذا طلب الكفيل بالتجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله .

(٢) ولاعبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل . إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية ، أو كانت أموالا متنازعا فيها » .

فحتى يكون الدفع بالتجريد قائما على أساس، لابد أن تكون للمدين أموال يستطيع الدائن أن ينفذ عليها . وعلى الكفيل يقع عبء الارشاد إلى هذه الأموال، وهو يتحمل نفقات ذلك ، كاستخراج الشهادات المثبتة للملكية المدين لعقارات معينة أو منقولات معينة أو لحقوق شخصية كمبالغ مودعة فى بنك من البنوك مثلا .

ويجب أن تكون هذه الأموال موجودة فى مصر . أما إذا كانت الأموال موجودة فى الخارج فهى وإن جاز التنفيذ عليها، إلا أن فى ذلك أرهاق للدائن لامبرر له ولا يستقيم مع وجود كفيل للدين .

ويشترط أن تكون هذه الأموال غير متنازع عليها ، إذ لا فائدة من أموال من هذا القبيل ، يشرع الدائن فى التنفيذ عليها فتتعطل هذه الاجراءات أو تلغى

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١١٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بسبب استحقاق المال لشخص آخر غير المدين . ويكون المال متنازعا فيه إذا رفعت بشأنه دعوى . وقد يعتبر كذلك ولو لم ترفع بشأنه دعوى إذا وجد نزاع جدى بخصوصه . كما لو كان هناك واضع يد على العقار ينازع فى ملكية المدين ولم يرفع الأمر إلى القضاء بعد. ويذهب فريق من الفقه إلى أن المال يعتبر متنازعا فيه إذا كان التنفيذ عليه يقتضى جهدا وارهاقا يفوق المعتاد فى هذا الشأن . وقاضى الموضوع هو الذى يقرر ما إذا كان المال متنازعا فيه أم لا[١].

ويشترط أن يكون هذا المال قابلا للحجز ، وإلا فلا فائدة من الارشاد اليه ، وهذا الشرط لم يرد فى نص القانون ، ولكنه مفروض بداهة .

ولكن أهم شرط نصت عليه المادة ٧٨٩ هو أن تكون الأموال التى يرشد اليها الكفيل كافية للوفاء بكل دين الدائن . أما إذا كانت كافية للوفاء بجزء من الدين فقط فلا يجوز التمسك بالدفع . ويقال فى تبرير هذا الحكم، أنه إذا كانت الأموال غير كافية فان الدائن سيضطر إلى التنفيذ من جديد على الكفيل فتتعدد الإجراءات . وكذلك فان الزام الدائن بالتنفيذ على المدين استيفاء لجزء من حقه . هو إجباره على قبول وفاء جزئى لحقه وهذا غير جائز (م ٣٤٢)[٢]. ويلاحظ أن القانون الفرنسى لا يشترط أن تكون الأموال التى يرشد اليها الكفيل ، كافية للوفاء بكل دين الدائن ، بل يكفى للتمسك بالتجريد أن تكون للمدين أموال تكفى للوفاء بجزء من الدين . وفى هذه الحالة فان الدائن ينفذ على المدين والكفيل فى نفس الوقت ، أى ينفذ على المدين بكل دينه، ولا ينفذ على الكفيل إلا بالباقى من الدين بعد استنزال قيمة الأموال التى أرشد اليها الكفيل[٣] .

والحل الذى يأخذ به القانون الفرنسى هو الأقرب للمعقول، وهو لا يؤدى

---

(١) سليمان مرقس ، ص ٨٤ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٥٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٨٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٢١ ، ١٢٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٧ - ٨٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٢٠ .

(٣) بودرى وفال ، فقرة ١٠٣٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلى اجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، فهو ينفذ بكل حقه على المدين فى حدود ما يملكه وعلى الكفيل فى الجزء الباقى. أما مسألة إزدواج الاجراءات، فعلى الدائن أن يقبلها كنتيجة طبيعية لوجود مدين أصلى ومدين احتياطى ، وهو على أى حال قد قبل ذلك فعلا بعدم اشتراط التضامن بين المدين والكفيل. وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يأخذ بالحكم الذى يقرره المشرع الفرنسى فى المادة ١٠٤٤ مكررة من المشروع، ولكن هذا الحكم حذف فى لجنة المراجعة، وكان من الأفضل الابقاء عليه . ولكن لا مجال للجدل الآن فان النص واضح فى اشتراط أن تكون الأموال التى يرشد اليها الكفيل ، كافية للوفاء بكل دين الدائن . وتقدير كفاية الأموال التى يرشد اليها الكفيل مسألة واقع يفصل فيها قاضى الموضوع عند النزاع . والعبرة فى هـذا الشأن بقيمة هذه الأموال وقت الارشاد اليها أو وقت نظر النزاع فى قيمتها أمام القاضى. والعبرة كذلك بالقيمة الصافية لهذه الأموال ، فاذا كانت هـذه الأموال مثقلة برهن أو تأمين عينى آخر ، فان قيمة المال تتحدد بعد خصم الديون المضمونة بهذا التأمين[1] .

فاذا توافرت الشروط الأربعـة السابق ذكرها وهى أن يكون الكفيل شخصيا . وليس كفيلا عينيا، وأن يكون كفيلا بسيطا وليس كفيلا متضامنا، وأن يتمسك بنفسه بالدفـع ، وأن يرشد الدائن إلى أمـوال مملوكة للمدين وموجودة فى مصر وغير متنازع فيهـا وكافية للوفاء بكل دينه ، فان الدفع يكون منتجا لآثاره وهو ما ندرسه الآن .

٣١ ـ (ب) آثار الدفع بالتجريد :

الأثر الأول للدفع بالتجريد هو عـدم جـواز البدء فى التنفيذ على أموال الكفيل . أو وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بدأت فعلا . والأثر الثانى هو الزام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين بعناية الرجل العادى، وإلا كان مسئولا فى مواجهة الكفيل . وندرس هذين الأثرين فيما يلى :

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى، ص ١٢٢ ـ ١٢٣.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١ ـ إذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى المرحلة الأولى وهى مرحلة التقاضى ، وحكم القاضى عليه بالدين ، ولكنه قرر الحكم بعدم جواز التنفيذ عليه قبل تجريد المدين ، فانه يمتنع على الدائن أن ينفذ على الكفيل قبل أن ينفذ على المدين ، وإذا اتخذ إجراءا مخالفا لذلك فانه يكون باطلا. أما إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع فى المرحلة الأولى وانتظر حتى صدر حكم بالزامه بالدين ، وشرع الدائن فى التنفيذ بهذا الحكم . فتمسك الكفيل بالدفع بعد ذلك بطريق الاستشكال في التنفيذ . فان إجراءات التنفيذ توقف . ويفصل القاضى فى الاستشكال فاذا رأى أن للكفيل حق فى التمسك بالدفع، فان إجراءات التنفيذ السابق اتخاذها تلغى ولايجوز للدائن أن يتخذ إجراءات جديدة[١] .

وعلى الدائن فى مثل هذه الأحوال أن يقوم بالتنفيذ على المدين ، فاذا استوفى كل دينه من المدين فانه لايرجع بشىء على الكفيل ، أما إذا لم يستوفى كل دينه بسبب عدم كفاية الأموال التى يملكها المدين ، وهذا فرض محتمل ، إذ من الجائز أن يقدر القاضى أموال المدين بأكثر من قيمتها الحقيقية ، ومن الجائز أن تنخفض قيمة هذه الأموال بسبب تقلبات السوق ، ومن الجائز أن يظهر دائنون آخرون يقاسمون الدائن ثمرة التنفيذ إلى غير ذلك من الاحتمالات، فان للدائن أن ينفذ بعد ذلك على الكفيل بعد أن جرد المدين من أمواله فعلا، ولايملك الكفيل أن يدفع التنفيذ على أمواله فى هذه الحالة .

ولكن إذا امتنع على الدائن التنفيذ على الكفيل قبل تجريد المدين ، فانه يجوز له مع ذلك أن يتخذ الاجراءات التحفظية فى مواجهته ، كوضع الاختام على تركته إذا مات ، أو أن يوقع حجزا تحفظيا ، أو أن يطلب تعيين قيم عليه إذا ما اعتراه عارض من عوارض الاهلية [٢] .

---

(١) بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٣٥ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٢٦ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٨٩ .

(٢) وكان القانون المدنى القديم ينص على هذا الحكم صراحة (م ٦١٢/٥٠٢) وهى تقرر « وحينئذ فللمحكمة الحكم بايقاف المطالبة الخاصة للكفيل ايقافا مؤقتا ، مع عدم =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويجوز أيضا للدائن أن يأخذ حق اختصاص على عقار مملوك للكفيل . ويعتبر ذلك من قبيل الاجراءات التحفظية ولا يعترض على ذلك بأن المشرع يشترط فى المادة ١٠٨٥ من القانون المدنى أن يكون الحكم الذى يؤخذ على أساسه حق الإختصاص واجب النفاذ[١] فان المقصود بهذا الشرط أن يكون الحكم نهائيا غير قابل للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف ، أو أن يكون مشمولا بالنفاذ المعجل . ومن الجائزان يكون الحكم فى مواجهة الكفيل نهائيا بهذا المعنى أما المنع من التنفيذ فهو لا يعدو أن يكون عقبه مؤقته فى طريق الدائن ، ولا يغير من صفة الحكم وكونه نهائيا إذا كان كذلك فعلا . وحق الاختصاص لا يعتبر من اجراءات التنفيذ حتى يحرم منه الدائن . بل هو بحسب طبيعته والغاية منه، وسيلة تهدئة للدائن تدعوه إلى عدم التنفيذ على أموال المدين فهو ليس من اجراءات التنفيذ ولكنه بديل عنها[٢] .

٢ ـ والأثر الثانى لقبول الدفع بالتجريد ، هو ضرورة قيام الدائن باجراءات التنفيذ عل أموال المدين بعناية الرجل العادى، وعدم تراخيه فى ذلك والا أعتبر مسئولا أمام الكفيل . وهذا ما تقرره المادة ٧٩٠ وهى تنص على أنه « في كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن أعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات فى الوقت المناسب » . وطبقا لهذا فان على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين . وهو يتخذ هذه الاجراءات على نفقته على أن يعود بها فيما بعد على المدين أو الكفيل . وعليه أن يبذل فى هذه الاجراءات عناية الرجل العادى ، فاذا تراخى الدائن فى ذلك مما ترتب عليه اعسار المدين ، أى

= الاخلال بالاجراءات التحفظية » راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٥، ص ٤٩٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٢٧ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٩٠ .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ١٥٨ ، هامش ٢ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٢٧ ؛ سليمان مرقس ، ص ٩٠ ـ ٩١ ـ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٩١ ؛ محمد على امام ، ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عدم كفاية أمواله بعد أن كانت كافية، ويكون ذلك بتصرفه فى بعض أمواله أو بتحمله بديون جديدة . وكان من الممكن تلافى هذا الاعسار إذا كان الدائن قد بذل فى الاجراءات العناية المطلوبة ، فأن ذمة الكفيل تبرأ فى مواجهة الدائن بقدر اعسار المدين . والدائن على أى حال لا يرجع بشىء على الكفيل سواء خرج بشىء من التنفيذ على المدين أو لم يخرج بأى شىء . ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على عاتق الكفيل[1] .

(ج) صورة خاصة للدفع بالتجريد :

٣٣ ـ التنفيذ اولا على المال المثقل بتأمين عينى ضمانا لنفس الدين :

تنص المادة ٧٩١ على أنه « إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هـذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين » . وهذا النص يضع حكما لصورة خاصة من صور التجـريد ، وهى لاتتعلق بالبدء أولا فى التنفيذ على أموال المدين عامة ، ولكنها تتعلق بالبدء فى التنفيذ على أى تأمين عينى يكون قد خصص للوفاء بنفس الدين المضمون بالكفالة ، فمع وجود هذا التأمين لاوجه للتنفيذ على أموال الكفيل .

وتتميز هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد بأنه لايشترط فيها أن يكون هـذا التأمين كافيا للوفاء بدين الدائن ، على خلاف القـاعدة العامة فى الدفع بالتجريد حيث اشترط المشرع المصرى أن تكون الأموال التى يرشد اليها الكفيل كافية للوفاء بكل دين الدائن. وتتميز هذه الصورة الخاصة كذلك بأنه لا يشترط أن يكون التأمين واردا على مال مملوك للمدين، على خلاف الأصل فى التجريد حيث يشترط للتمسك به أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال مملوكة للمدين .

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١٠٣٩ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ١٢٨ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٩١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعدم اشتراط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين . أمر يحتاج إلى بحث فهو غير مسلم به فى الفقه المصرى .

وهذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد، ليس لها مقابل فى القانون الفرنسى، ولم يكن منصوصا عليها فى القانون المدنى القديم . وقد استحدثها القانون المدنى الجديد مهتديا فى ذلك بالتقنين السويسرى والتقنين الألمانى[1] .

وشروط التمسك بالتجريد فى هذه الصورة الخاصة ، هى :

١ ـ ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين . وهذا الشرط من الشروط المقررة فى الصورة العامة للدفع بالتجريد ، فالمدين المتضامن ليس مدينا احتياطيا وإن كان مدينا تابعا . ويشترط كذلك ألا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق فى التمسك بضرورة البدء فى التنفيذ على المال المثقل بالتأمين العينى . فهذا الحق ليس من النظام العام ويجوز التنازل عنه عند انعقاد الكفالة أو بعدها . ويجوز أن يكون التنازل صريحا أو ضمنيا ، وإذا تنازل الكفيل عن التمسك بهذا الدفع فانه يكون قد خطا خطوة نحو الكفالة التضامنية وأن لم يصبح كذلك فعلا .

٢ ـ ويشترط ثانيا أن يكون هناك تأمين عينى خصص لضمان نفس الدين المضمون بالكفالة . والتأمين العينى قد يكون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو حقا فى الاختصاص أو حقا فى الامتياز . ومن الجائز أن يرد التأمين على عقار أو منقول إذا كانت طبيعته تسمح بذلك . ورغم أن عبارة « تأمين عينى خصص قانونا أو اتفاقا » . الواردة فى النص لا تشمل حق الاختصاص لانه تأمين يتقرر بأمر من القاضى ، إلا أنه لا خلاف فى الفقه فى أن الاختصاص يدخل فيما يشمله هذا النص[2] . ولكن الحق فى الحبس لا يعتبر تأمينا عينيا ، لا يؤدى وجوده إلى تطبيق هذا الحكم .

---

(١) م ٢/٤٩٥ التزامات سويسرى ؛ م ٢٧٢ / ٢ مدنى ألمانى.

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٩٣ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٦١ ؛ سليمان مرقس ، ص ٩٣ ؛ محمد على امام . ص ١٠٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣ ـ ويشترط ثالثا أن يكون هذا التأمين قد تقرر قبل إنعقاد الكفالة أو في وقت انعقادها ، لأن مثل هذا التأمين هو وحده الذى يكون الكفيل قد اعتمد عليه وأعطى كفالته على أساسه أما التأمين الذى يتقرر بعد انعقاد الكفالة فلا يكون قد دخل فى حساب الكفيل وقت تعهده بضمان دين المدين .

٤ ـ ويشترط رابعا أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع ، فهو لا يتعلق بالنظام العام ، وليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع فى المرحلة الأولى أى مرحلة التقاضى أو فى المرحلة الثانية وهى مرحلة التنفيذ. ويصدق هنا ما سبق أن ذكرناه فى التمسك بالدفع بالتجريد بوجه عام(١).

٥ ـ ولكن لا يشترط أن يكون المال الذى يرد عليه التأمين العينى مملوكا للمدين كما يذهب إلى ذلك الفقه الغالب فى مصر (٢). فالمشرع لم يشترط هذا الشرط ، فهو قد عبر عن التأمين العينى بأن يكون قد « خصص قانونا أو اتفاقا » ، لضمان الدين المكفول، ولم ينص على شرط ملكية المدين للمال الوارد عليه التأمين . ولو أراد ذلك لما فاته النص على مسألة جوهرية كهذه .

والرأى الذى يقول به الفقه الغالب مبنى على الحجج الآتية :

أولا ـ الدفع الذى نحن بصدده هو صورة خاصة من صور الدفع بالتجريد بدليل أن المشرع نص عليه عقب النصوص الخاصة بالدفع بالتجريد مباشرة، فيأخذ حكمه من حيث اشتراط أو يكون المال الذى ينفذ عليه أولا مملوك للمدين . وهذه الحجة ليست حاسمة لأن الأحكام لا تؤخذ من المكان الذى وضع فيه النص فى التقنين ، كما أن اعتبار هذا الدفع صورة من صور الدفع بالتجريد ، لا يمنع أنها صورة خاصة تتميز عن الصورة العامة بأحكام مختلفة . وإلا لما كانت هناك حاجة للتخصيص .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٣٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٩٤ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٣٠ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٦١ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٩٣ ؛ سليمان مرقس ، ص ٩٣ ؛ محمد على امام ، ص ١١٠ ؛ قارن ، شمس الدين الوكيل ، مذكرات على الآلة الكاتبة ، ص ٣٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ثانيا ـ والحجة الثانية التى يقوم عليها الفقه الغالب أن هذه الصورة الخاصة مأخوذة من القانونين السويسرى والألمانى ، حيث يشترط فيهما أن يكون المال المثقل بالتأمين مملوكا للمدين . وهذه الحجة بدورها غير حاسمة . لأن للقانون المصرى استقلاله . ولا يرجع إلى القوانين الأجنبية فى تفسيره إلا على سبيل الاستئناس فقط .

ثالثا ـ والحجة الثالثة التى يقوم عليها الفقه الغالب ، وهى الحجة الهامة فى هذا الاتجاه ، هى أنه إذا كان المال المثقل بتأمين عينى مملوك لشخص آخر غير المدين ، فان هذا الشخص يكون كفيلا عينيا لنفس الدين . ومن غير المقبول أن يطالب الكفيل الشخصى بتجريد الكفيل العينى ، لأن مقتضى العلاقة بين الكفلاء إذا تعددوا أنه إذا وفى أحدهم بكل الدين جاز له الرجوع على الآخرين كل بقدر نصيبه . فيكون من التعقيد فى الاجراءات ، وهو تعقيد ينزه عنه الشارع أن يسمح للكفيل الشخصى بأن يطلب تجريد الكفيل العينى ، ثم يسمح بعد ذلك للكفيل العينى بالرجوع على الكفيل الشخصى .

وهذه الحجة الثالثة بدورها غير حاسمة لأنها تقوم على مقدمة غير صحيحة وهى أنه إذا كان المال المثقل به التأمين العينى مملوكا لشخص آخر غير المدين ، فان هذا الشخص يكون بالضرورة كفيلا عينيا لنفس الدين . مع أنه من المتصور أن يكون الشخص الذى يملك المال المثقل به التأمين قد اشتراه من المدين أو من مشتر من المدين أو من الكفيل العينى ، وهو فى جميع الأحوال لا يعتبر كفيلا عينيا . ومتى تبين عدم صحة المقدمة سقطت الحجة التى تقوم عليها .

وفى تقديرنا أنه ينبغى التفرقة بين فرضين ، الأول أن يكون الشخص الذى يملك المال المثقل بالتأمين العينى هو كفيل عينى لنفس الدين ، وفى هذا الفرض لا مجال للتمسك بالتجريد بل يجوز فقط التمسك بالتقسيم إذا توافرت شروطه ، على النحو الذى سندرسه .

والفرض الثانى يكون الشخص الذى يملك المال المثقل بالتأمين العينى ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

شخصا من الغير ، وليس كفيلا لنفس الدين ، وفي هذا الفرض فان للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد كما يتمسك به لو كان هذا المال مملوكا للمدين .

وإذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها ، فان آثار التمسك بالتجريد فى هذه الصورة الخاصة ، هى نفس آثار الدفع بالتجريد فى صورته العامة .

وننتقل الآن إلى دراسة مدى رجوع الدائن على الكفيل حالة تعدد الكفلاء ، وسنرى أن المبدأ هو تقسيم الدين بين هؤلاء ، فلا يرجع الدائن على أى منهم إلا بقدر نصيبه فقط .

§ ٤ ـ تقسيم الدين بين الكفلاء (الدفع بالتقسيم)

٣٣ ـ إذا كفل الدين كفيل واحد . كان للدائن أن يرجع عليه بكل الدين . أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم ، فان الدين ينقسم عليهم . ولا يجوز للدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين فقط . وقد قرر المشرع هذا الحكم فى المادة ٧٩٢ وهى تنص على أنه « (١) إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . (٢) أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

والتقسيم طبقا لهذا النص يقع بقوة القانون . وذلك على خلاف القانون الفرنسى الذى لا بد فيه من التمسك بالتقسيم حتى يحكم به القاضى . والواقع أن القانون الفرنسى قد نص على الحق فى التقسيم بطريقة تبدو غريبة فى الظاهر ، إذ أنه قرر فى المادة ٢٠٢٥ عكس مبدأ التقسيم ، أى مسئوليه كل كفيل عن الدين فى مجموعه . ثم نص فى المادة ٢٠٢٦ على حق كل كفيل فى التمسك بتقسيم الدين إذا طالبه الدائن بالدين فى مجموعه . وليس هناك تناقضا بين هذين

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحكمين ، لأن المشرع الفرنسى أراد أن يبرز أن الأصل هو عـدم التقسيم . وتظهر أهمية ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء ، فان الكفلاء الآخرين يتحملون حصة العسر منهم (١). أما المشرع المصرى وقد جعل الأصل هو التقسيم فان الدائن هو الذى يتحمل حصة المعسر من الكفلاء كما سنرى عند دراسة آثار التقسيم . وحتى يحق للـكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم ، لابد من توافر شروط هى :

١ ـ أن يتعدد الكفلاء ، وهذا ليس مجرد شرط من شروط التقسيم ولكنه الفرض الأساسى الذى يقوم عليه ، أما إذا وجد كفيل واحـد فانه يكون مسئولا عن الدين فى مجموعه ، ولا يجوز له أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين المدين مثلا .

٢ ـ ان يتعدد الكفلاء لدين واحد ، اما إذا اختلفت الديون فلا وجـه للتقسيم . ولذلك لا يجوز لكفيل الكفيل ان يتمسك بتقسيم الدين بينـه وبين الكفيل ، لأن كل منهما يكفل دينا مختلفا ، فالكفيل يضمن التزام المدين اما كفيل الكفيل فهو يضمن التزام الكفيل .

٣ ـ ويشترط ثالثا ان يكون الكفلاء المتعددين قد كفلوا مدينا واحـدا اما إذا تعدد المدينون لدين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم ، وقدم كل منهم كفيلا للدائن ، فان الدين لا ينقسم بين هؤلاء الكفلاء . إذ لاعلاقة بينهم فكل منهم يضمن الدين الذى كفله وهـو الدين فى مجموعه . لأن كل مدين متضامن يسأل عن الدين فى مجموعه . أما إذا كان المدينون غير متضامنين فان الدين ينقسم ابتداء على المدينين ، وينقسم بالتالى على الكفلاء ، لا لتعـدد الكفلاء وانقسام الدين عليهم ، بل لتعدد المدينين وعدم التضامن بينهم .

ولكن شرط وحدة المدين لايعنى أن يكون شخصا واحدا ، فاذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين وتعدد الكفلاء ، وكفل كل منهم المدينين

---

(١) Rèp. civ. Cautionnement, 159, 160

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

شخصا من الغير ، وليس كفيلا لنفس الدين ، وفي هذا الفرض فان للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد كما يتمسك به لو كان هذا المال مملوكا للمدين .

وإذا توافرت الشروط الأربعة السابق ذكرها ، فان آثار التمسك بالتجريد فى هذه الصورة الخاصة ، هى نفس آثار الدفع بالتجريد فى صورته العامة .

وننتقل الآن إلى دراسة مدى رجوع الدائن على الكفيل حالة تعدد الكفلاء ، وسنرى أن المبدأ هو تقسيم الدين بين هؤلاء ، فلا يرجع الدائن على أى منهم إلا بقدر نصيبه فقط .

§ ٤ ـ تقسيم الدين بين الكفلاء (الدفع بالتقسيم)

٣٣ ـ إذا كفل الدين كفيل واحد . كان للدائن أن يرجع عليه بكل الدين . أما إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم ، فان الدين ينقسم عليهم . ولا يجوز للدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين فقط . وقد قرر المشرع هذا الحكم فى المادة ٧٩٢ وهى تنص على أنه « (١) إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . (٢) أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

والتقسيم طبقا لهذا النص يقع بقوة القانون . وذلك على خلاف القانون الفرنسى الذى لا بد فيه من التمسك بالتقسيم حتى يحكم به القاضى . والواقع أن القانون الفرنسى قد نص على الحق فى التقسيم بطريقة تبدو غريبة فى الظاهر ، إذ أنه قرر فى المادة ٢٠٢٥ عكس مبدأ التقسيم ، أى مسئوليه كل كفيل عن الدين فى مجموعه . ثم نص فى المادة ٢٠٢٦ على حق كل كفيل فى التمسك بتقسيم الدين إذا طالبه الدائن بالدين فى مجموعه . وليس هناك تناقضا بين هذين

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحكمين ، لأن المشرع الفرنسى أراد أن يبرز أن الأصل هو عـدم التقسيم . وتظهر أهمية ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء ، فان الكفلاء الآخرين يتحملون حصة العسر منهم [1]. أما المشرع المصرى وقد جعل الأصل هو التقسيم فان الدائن هو الذى يتحمل حصة المعسر من الكفلاء كما سنرى عند دراسة آثار التقسيم . وحتى يحق للـكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم ، لابد من توافر شروط هى :

١ ـ أن يتعدد الكفلاء ، وهذا ليس مجرد شرط من شروط التقسيم ولكنه الفرض الأساسى الذى يقوم عليه ، أما إذا وجد كفيل واحـد فانه يكون مسئولا عن الدين فى مجموعه ، ولا يجوز له أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين المدين مثلا .

٢ ـ ان يتعدد الكفلاء لدين واحد ، اما إذا اختلفت الديون فلا وجـه للتقسيم . ولذلك لا يجوز لكفيل الكفيل ان يتمسك بتقسيم الدين بينـه وبين الكفيل ، لأن كل منهما يكفل دينا مختلفا ، فالكفيل يضمن التزام المدين اما كفيل الكفيل فهو يضمن التزام الكفيل .

٣ ـ ويشترط ثالثا ان يكون الكفلاء المتعددين قد كفلوا مدينا واحـدا اما إذا تعدد المدينون لدين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم ، وقدم كل منهم كفيلا للدائن ، فان الدين لا ينقسم بين هؤلاء الكفلاء . إذ لاعلاقة بينهم فكل منهم يضمن الدين الذى كفله وهـو الدين فى مجموعه . لأن كل مدين متضامن يسأل عن الدين فى مجموعه . أما إذا كان المدينون غير متضامنين فان الدين ينقسم ابتداء على المدينين ، وينقسم بالتالى على الكفلاء ، لا لتعـدد الكفلاء وانقسام الدين عليهم ، بل لتعدد المدينين وعدم التضامن بينهم .

ولكن شرط وحدة المدين لايعنى أن يكون شخصا واحدا ، فاذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين وتعدد الكفلاء ، وكفل كل منهم المدينين

---

(١) Rèp. civ. Cautionnement, 159, 160

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

جميعا فان شرط وحدة المدين يتحقق وينقسم الدين على الكفلاء[١] .

٤ ـ ويشترط رابعا ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، لأنهم إذا تضامنوا فمعنى ذلك أن كل منهم قبل أن يضمن الدين فى مجموعة ، فهذا هو مفهوم فكرة التضامن ، وقد نص المشرع على هذا الشرط صراحة . ولكن إذا لم يكن الكفلاء متضامنين فيما بينهم وكان أحدهم متضامنا مع المدين فهل يجوز له أن يتمسك بالتقسيم ؟ لم يضع المشرع حكما لهذا الفرض ، وقد ذهب البعض إلى أنه يجوز لهـذا الكفيل أن يتمسك بالتقسيم فى هذه الحاله [٢] ولكننا نؤيد الرأى العكس الذى يذهب إلى أنه إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين فلايجوز له التمسك بالتقسيم، لأن مقتضى التضامن مع المدين أن الكفيل وضع نفسه فى نفس مركزه ، فلا أقل من أن يسأل عن الدين فى مجموعة . [٣]

٥ ـ ويشترط ألا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق فى التقسيم ، لأن التقسيم وإن كان يقع بقوة القانون ألا أنه ليس من النظام العام ، وإذا تنازل الكفيل عن الحق فى التقسيم فانه يكون قد سار خطوة فى سبيل التضامن مع المدين ، فهناك كما سبق أن ذكرنا درجات متفاوتة بين الكفالةالبسيطة والكفالة التضامنية وكلما تنازل الكفيل عن ميزة من ميزات الكفالةالبسيطه فانه يكون قد خطا خطورة نحو الكفالة التضامنية .

٦ ـ ويشترط أخيرا أن يكون الكفلاء ، قد كفلوا الدين بعقد واحد . لانه فى هذا الفرض وحده يكون كل كفيل قد عول على وجود كفلاء آخرين إلى جانبه . أما إذا كفل كل من الكفلاء الدين بعقـد مستقل فانه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء فلا ينقسم الدين بينه وبين غيره [٤] .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٦٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٩٤ ـ ٩٥ .

(٢) محمد على امام ، ص ١١٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٦١ .

(٣) سليمان مرقس ، ص ١١١ ؛ عبد الفتـاح عبد الباقى ، ص ١٢٩ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٩٥ .

(٤) ويكون كل من الكفلاء ضامنا الدين فى مجموعه لاعلى سبيل التضامن مع غيره من =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن ليس هناك مايمنع من أن يشترط الكفيل فى هذه الحاله انقسام الدين ، فينقسم بمقتضى هذا الشرط ، وليس بحكم القانون .

فاذا توافرت الشروط السابق ذكرها ترتبت آثار التقسيم وهى :-

١ - لا يجوز للدائن أن يطالب أى من الكفلاء بكل الدين بل بحصته فى الدين فقط وإذا لم يذكر تحديد لنصيب كل كفيل فى الدين فان الدين ينقسم عليهم بحسب عددهم .

٢ - للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتقسيم فى أى مرحلة من مراحل الدعوى .

٣ - التقسيم يقع بقوة القانون . وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أن يتمسك به الكفيل .

٤ - تترتب على النتيجة السابقة أنه إذا اعسر أحد الكفلاء فان الدائن هو الذى يتحمل حصه هذا المعسر ، وقد سبق أن رأينا أن الحكم فى القانون الفرنسى هو عكس ذلك ، وأن الكفلاء يتحملون فيما بينهم حصة المعسر منهم . والسبب فى ذلك أن الأصل فى القانون الفرنسى هو عدم انقسام الدين بين الكفلاء . وأن الاصل فى القانون المصرى هو انقسام الدين بينهم بقوة القانون [1] .

§ ٥ - وفاء الكفيل للدائن

٣٤ - إذا رجع الدائن على الكفيل . وأبدى الكفيل استعداده للوفاء ، فان الدائن يلتزم فى مواجهته ، بتسليمه المستندات اللازمه لمباشرة

= الكفلاء ، ولكن على سبيل التضامم بينهم (in Solidum) . راجع ، عبد الرزاق السنهورى ص ٩٦ .

(١) وهو ينقسم بينهم من وقت ابرام الكفالة وليس فقط من وقت المطالبة القضائية أو الحكم فى الدعوى . وهذا ما يؤكد عدم تحمل أى من الكفلاء نتيجة اعسار أحدهم ، بل الدائن هو الذى يتحمل ذلك بمفرده . راجع ، عبد الرزاق السنهورى ، ص ٩٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حقه فى الرجوع . ذلك أن الكفيل لا يوفى بالدين تبرعا فى أغلب الأحيان ولكنه يوفى بقصد الرجوع بعد ذلك على المدين أو على الكفلاء الآخرين ، فلا بد أن يساعده الدائن على ذلك بتسليمه مستندات الدين . ونظرا لأن الكفيل يحل محل الدائن الذى وفاه ، وهو ما سندرسه فيما بعد عند دراستنا لرجوع الكفيل ، ونظرا لأن الحلول يعطى للكفيل نفس حق الدائن بما يكفله من ضمانات ، فانه من الواجب على الدائن إذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون رهنا حيازيا ، أو محبوس ضمانا لنفس الدين ، أن يتخلى عن هذا المنقول للمدين . وكذلك إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى ، فعلى الدائن أن يقوم باجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، كالتأشير بذلك على هامش القيد ، مع تسليم عقد الرهن أو صورة الحكم الذى قرر حق الاختصاص : وقد نص المشرع على هذه الاحكام فى المادة ٧٨٧ وهى تقرر أنه :

١ — يلزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه بالدين المستندات اللازمة لاستعماله حقه فى الرجوع .

٢ — فاذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل .

٣ — أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى ، فان الدائن يلتزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين .

وإذا لم يقم الدائن بالتزام من هذه الالتزامات[1] ، فان للكفيل أن يمتنع عن الوفاء له ، ولا يعتبر مخلا بالتزامه ، وللكفيل أن يودع مبلغ الدين خزانة المحكمة ، ويكون ذلك مبرئا لذمته .

---

(١) راجع فى اعتبار هذه الالتزامات ناشئة عن القانون مباشرة وليس عن عقد الكفالة ، ما سبق ، فقرة ٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الثانى

براءة ذمة الكفيل فى مواجهة الدائن

٣٥ ـ تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية إذا كان عقد الكفالة ذاته باطلا بطلانا مطلقا، أو كان باطلا بطلانا نسبيا وطلب الكفيل أبطاله. وتبرأ ذمة الكفيل كذلك بصفة أصلية إذا انقضى التزامه بسبب من أسباب انقضاء الإلتزام المقررة فى القواعد العامة وفى مقدمتها الوفاء. ونكتفى فى هذا الشأن بالإحالة إلى النظرية العامة للالتزام.

ولكن الذى يعنينا هنا بصفة خاصة هو براءة ذمة الكفيل لأسباب راجعه إلى فكرة التبعية التى تربط بين التزامه والتزام المدين. والقاعدة المقررة فى هذا الشأن هى أن ذمة الكفيل تبرأ بصفة تبعية بمجرد براءة ذمة المدين، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين فى وجوده وانقضائه.

وقد سبق أن درسنا براءة ذمة الكفيل نتيجة لبطلان التزام المدين، وقد رأينا انه إذا كان التزام المدين باطلا بطلانا مطلقا، فان عقد الكفالة يكون أيضا باطلا بطلانا مطلقا. أما إذا كان التزام المدين باطلا بطلانا نسبيا فان التزام الكفيل كذلك يكون باطلا بطلانا نسبيا، مع ضرورة التفرقة بين ثلاثة فروض بحسب علم الكفيل بسبب البطلان وقت انعقاد الكفاله. فاذا كان الكفيل لا يعلم سبب قابلية التزام المدين للابطال، فانه يجوز له أن يتمسك باسمه بابطال التزامة ولو لم يتمسك المدين بابطال الالتزام المكفول. أما إذا كان الكفيل يعلم وقت الكفالة بسبب القابلية للابطال. فانه لا يجوز له أن يتمسك باسمه بابطال التزامه. ويظل التزامه قائما طالما بقى التزام المدين قائما. فاذا طلب المدين إبطال التزامه، استفاد الكفيل من ذلك وبطل التزامه بصفة تبعية (م٢/٧٨٢). أما إذا كانت الكفالة بسبب قابلية التزام المدين، للابطال فان التزام الكفيل يظل قائما ولو أبطل التزام المدين، لإنه يكون فى هذه الحالة ملتزما

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بصفة متعهد عن الغير ، أى بصفة أصلية وليس باعتباره كفيلا (م ٧٧٧)[1] .

تبقى بعد ذلك براءة ذمه الكفيل بسبب انقضاء التزام المدين لسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، وهذا ما ندرسه فى هذا المطلب .

على أن التزام الكفيل قد ينقضى نتيجة لفكرة التبعية ، ولو لم ينقضى التزام المدين ، وذلك بسبب تقصير الدائن فى مواجهة المدين ، وهو تقصير يسأل عنه فى علاقته بالكفيل ، لأن الكفيل ، لا مصلحة له فى الدين ، وهو إذا يلتزم به انما يكون ذلك بقصد الرجوع بما وفاه على المدين . فاذا أدى تقصير الدائن إلى الاضرار برجوع الكفيل على المدين كان مسئولا عن ذلك . فتبرأ ذمة الكفيل فى مواجهته بقدر الفرصة التى ضاعت على الكفيل بسبب تقصيره . وندرس فيما يلى الأسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل ثم الأسباب العامة لبراءة ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين .

§ ١ ـ الاسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل

الأسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل تكشف بوضوح عن فكرة التبعية فى التزمه . فالكفيل لا مصلحة له فى الدين المكفول . فهو ضامن لدين غيره . وهو لا يتبرع بهذا الضمان للمدين فى آخر الأمر . فلئن كلفه الضمان شيئا ، فسيرجع بهذا الشىء على المدين . وهو يأمل منذ البداية الا يضطر إلى الوفاء بالتزام المدين . وأن يقوم هذا الاخير بوفاء التزامه بنفسه . فالكفيل يهدف اساسا إلى تقوية ائتمان المدين ، وليس القيام فعلا بالوفاء بدينه . ولذلك حتى تسير الامور طبيعية فى نظر الكفيل ، ينبغى أن يسعى الدائن إلى المدين ويستوفى حقه منه ولا يعود بعد ذلك على الكفيل . فاذا قصر الدائن فى الرجوع على المدين أو أضعف ضمانات الرجوع كان مسئولا أمام الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اصابه من ضرر بسبب هذا التقصير .

وتعتبر براءة ذمة الكفيل فى هذه الأحوال أسبابا خاصة لأنقضاء التزام الكفيل . وهذه الأسباب يستفيد منها الكفيل البسيط والكفيل المتضامن كذلك

---

(١) راجع ما سبق فقرة ١٩ ، فقرة ٢٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفى هذه الأسباب يظهر الفارق الواضح بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن فالكفيل وإن كان متضامنا لازال مدينا تابعا وليس مدينا أصليا ، أما المدين المتضامن فهو مدين أصلى لاتبرأ ذمته لمجرد تقصير الدائن فى الرجوع على مدين آخر غيره متضامن معه فى نفس الدين .

والأسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل هى : (أ) إضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن (ب) عدم إتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين بعد انذار الكفيل له بوجوب اتخاذها (ح) عدم دخول الدائن فى تفليسة المدين .

وسندرس هذه المسائل الثلاثة فيما يلى :

٣٦ ـ (١) إضاعة التأمينات بخطأ الدائن :

تنص المادة ٧٨٤ على أنه : « (١) تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، (٢) ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين تقرر بحكم القانون » .

والحكمة من هذا النص أن الكفيل إذا أوفى بالدين ، فانه يحل محل الدائن فيما له من حقوق . وسندرس فيما بعد رجوع الكفيل بمقتضى دعوى الحلول . ونكتفى هنا بالاشارة إلى أن من حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من تأمينات . ومعنى ذلك أنه إذا كانت هناك تأمينات أخرى ضامنة للوفاء بنفس الدين المضمون بالكفالة . فان الكفيل الذى يوفى بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات كلها فى رجوعه بما وفاه سواء على المدين أو على غيره من الكفلاء . فاذا أضاع الدائن بخطئه تأمينا من هذه التأمينات فانه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة فى استيفاء حقه الذى حل فيه محل الدائن . ويكون الجزاء على ذلك هو براءة ذمة الكفيل فى مواجهة الدائن ، بقدر ما اضاعه هذا الأخير من تأمينات [1].

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١١٧٤ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ أن تبرير الحكم على هـذا النحـو لا يفهم إلا على أسـاس أن الكفيل يلتزم بصفة تبعية وأنه لامصلحة له فى الدين ومن ثم يجب تعويضه عن أى تقصير ينسب إلى الدائن فى رجوعه على المدين الأصـلى . ويتضح ذلك بالرجوع إلى أحكام التضامن بين المدينين ، فالمدين المتضامن الذى يوفى بكل الدين يحل محل الدائن فى التأمينات التى كانت تكفل نفس الدين . ومع ذلك فان ذمته لاتبرأ إذا أضاع الدائن بتقصيره هذه التأمينات ، ولو كان ذلك يضر بالمدين المتضامن فى رجوعه بما وفاه بمقتضى دعوى الحلول محل الدائن . ولا يكون للمدين المتضامن إلا أن يرجع على الدائن فى مثل هذه الحـالة بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها [1].

أما الكفيل ، بسيطا كان أو متضامنا ، فقـد أولاه المشرع رعاية أكبر تتفق مع مركزه كمدين تابع لامصلحة له فى الدين المضمون . والكفيل ولو كان متضامنا لازال مدينا تابعا ، وليس مدينا متضامنا .

وقد ثار خلاف حـول ما إذا كان للكفيل العينى أن يستفيد من هـذا الحكم . وقد ذهب رأى إلى أن هذا الحكم خاص بالكفيل الشخصى وحده [2] ولـكن الرأى الراجح فى الفقه يذهب إلى أن الكفيل العينى يستفيـد من هـذا الحـكم كالكفيل الشخصى . ولا وجه للتفرقة بينهما ، لأن الحـكمة من النص موجودة بالنسبة لهما معـا . فالكفيل العينى كالكفيل الشخصى ، ضامن لدين غيره وليست له مصلحة أصلية فى الدين . وهو إذا وفى به إنمـا يكون ذلك بقصد الرجوع بما وفاه . وهو إذا رجع بمقتضى دعوى الحلول كان له حق الدائن بما يكفله من تأمينات ، ويلحقه نفس الضرر الذى يلحق الكفيل الشخصى إذا أضاع الدائن بخطأه هذه التأمينات أو بعضها [3].

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٧٤ هامش ١.

(٢) محمد كامل مرسى ، العقود المسماه ، الجزء الأول ، ١٩٥٢ ، ص ١٧٤ ، ١٧٥ ؛ لوران ، ج ٢٨ ، فقرة ١٥١ ؛ جيوار ، فقرة ٢٤٦ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى ، ٢٤٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٧٤ ؛ عبد الفتاح =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣٧ – شروط براءة ذمة الكفيل :

يشترط لبراءة ذمة الكفيل أن يكون هناك تأمين خاص وأن يكون قد ضاع بتقصير من الدائن ، وأن يكون قد لحق المدين ضرر من ذلك . وندرس هذه الشروط فيما يلى : –

١ – يشترط لبراءة ذمة الكفيل أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصا ، يضمن نفس الدين المكفول ، سواء كان هذا التأمين شخصيا ككفالة أخرى أو تضامن بين المدينين .

، أو كان تأمينا عينيا كرهن رسمى أو رهن حيازى أو حق اختصاص أو حق امتياز .

ولا يشترط أن يكون هذا التأمين قد تقرر وقت انعقاد الكفالة أو قبل ذلك ، بل ينطبق الحكم ولو تقرر التأمين بعد انعقاد الكفالة . وقد عنى المشرع بالنص صراحة على ذلك . لان بعض المحاكم فى ظل القانون المدنى القديم كانت تشترط أن يكون التأمين موجودا وقت الكفالة حتى يكون الكفيل قد عول عليه [1] . ولكن الصحيح أن اساس براءة ذمة الكفيل ليس اعتماده على هذا التأمين وقت الكفالة ، ولكن اعتماده عليه وقت الرجوع بما يوفيه بمقتضى دعوى الحلول . وهو يحل محل الدائن فى كل التأمينات ما كان منها موجودا وقت الكفالة وما وجد بعد ذلك .

وقد اهتم المشرع بالنص على أن الحكم ينطبق ولو كان التأمين مقررا بحكم القانون . وذلك لان بعض الاحكام فى ظل القانون المدنى القديم كانت تقصر فكرة التأمين الخاص على الرهن الرسمى أو الحيازى ، فأراد المشرع أن يعمم

= عبد الباقى ، ص ٢٣٤ ؛ محمد على امام ، ص ١٨٤ ؛ أوبرى ورو ، جـ ٦ ، فقرة ٤٢٩ ؛ بودرى وفال ، فقرة ١١٨٧ ؛ بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٥٨ .

(١) ويأخذ بهذا الرأى فى القانون الفرنسى ، أوبرى ورو ، جـ ٦ ، فقرة ٤٢٩ هامش ١٥ ؛ بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٥٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فكرة التأمين الخاص لتشمل كل التأمينات الشخصية والعينية ، سواء كان مصدرها الاتفاق أو الحكم أو القانون (١) .

ولكن يشترط أن يكون التأمين خاصا ، فاذا اقتصر الدائن على أضعاف حقه فى الضمان العام ، كأن تراخى فى اتخاذ الإجراءات فى مواجهة المدين حتى أعسر ، فان النص لا ينطبق وقد عنى المشرع بالنص على هذا الحكم صراحة فى المادة ٧٨٥/١ التى تقرر أنه « لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات ، أو لمجرد أنه لم يتخذها » . وكذلك لا تبرأ ذمة الكفيل إذا منح الدائن أجلا للمدين إلا إذا ترتب على منح الأجل سقوط ضمان خاص كالحق في الحبس المقرر للبائع فهو يسقط إذا منح المشترى أجلا للوفاء بالثمن (٤٠٩) . وفى هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بسبب ضياع الحق فى الحبس وليس بسبب منح الاجل للمدين . ولا تبرأ ذمة الكفيل إذا كان الدائن لم يستعمل حقه فى الدعوى البوليصية لإبطال تصرف صادر من المدين وضار به . أو لم يستعمل حقا لمدينه بالدعوى المباشرة .

ولكن عدم انطباق نص المادة ٧٨٤ فى حالات اضعاف الضمان العام . لا يمنع الكفيل من مساءلة الدائن طبقا للقواعد العامة فى المسئولية العقدية . لأنه يجب على الدائن أن ينفذ العقد القائم بينه وبين الكفيل بحسن نية ، ومقتضى ذلك أن يحافظ على ضمانه العام فى مواجهة المدين ، فاذا قصر فى ذلك وترتب على تقصيره اعسار المدين ، جاز للكفيل أن يطلب التعويض وللقاضى أن يقرر براءة ذمة الكفيل من دينه كله أو بعضه ، لأن القاضى هو الذى يختار طريقه التعويض تبعا للظروف (م ١٧١) (٢) .

ولكن لا يشترط أن يكون التأمين الخاص من التأمينات المسماة . بل يكفى أن يكون ضمانا خاصا أو ميزة خاصة . مثال ذلك أن يتنازل الدائن عن حقه

---

(١) أنظر الأحكام الصادرة فى ظل القانون المدنى القديم ، والمشار اليها فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٥ ، ص ٤٧٤ ـ ص ٤٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٥ ، ص ٤٧٩ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى استيفاء الدين مقدما ، كما لو اشترط فى عقد الايجار أن تدفع الأجرة مقدما، ولكن المؤجر وهو الدائن تنازل عن هذا الحق ، فان للكفيل الذى كفل المستأجر أن يتمسك ببراءة ذمته .

ولكن يشترط أن يكون التأمين الذى أفاد الدائن موجودا بالفعل ، فلا ينطبق النص لمجرد أن الدائن لم يكتسب تأمينا كان يستطيع أن يكتسبه، مثال ذلك المؤجر من حقه أن يطلب من المستأجر وضع منقولات بالعين المؤجرة تكفى للوفاء بدين الأجرة لمدة سنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك (م ٨٨٤). ويكون للمؤجر امتياز على هذه المنقولات (م ١١٤٣). فاذا لم يطالب المؤجر بوضع هذه المنقولات فان نص المادة ٧٨٤ لا ينطبق[١] .

٢ — ويشترط لتمسك الكفيل ببراءة ذمته أن تكون أضاعة التأمين الخاص قد حدثت بخطأ من الدائن، وقد نص المشرع صراحة على هذا الشرط . وخطأ الدائن يكون بفعل إيجابى كالتنازل عن رهن أو مرتبة الرهن أو حق فى الحبس أو ابراء كفيل آخر لنفس الدين . ويكون أيضا بفعل سلبى كأن يهمل فى قيد الرهن أو فى تجديد القيد أو فى المحافظة على المنقول المرهون رهنا حيازيا أو المحبوس فلا يطالب باسترداده إذا خرج من حيازته رغم إرادته أو دون علمه . أو أن يهمل فى استئناف الحكم الصادر بالغاء الرهن[٢] . وكما يكون الخطأ عملا قانونيا كما فى الأمثلة السابقة ، من الجائز أن يكون عملا ماديا كما لو قام الدائن بأعمال أدت إلى هلاك الشىء محل التأمين هلاكا كليا أو جزئيا .

أما إذا كان ضياع التأمين راجعا إلى فعل الغير أو فعل الكفيل نفسه أو قوة قاهرة فلا ينطبق النص ولا تبرأ ذمة الكفيل[٣] . وقد ثار البحث حول

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٢٤٠ ؛ منصور مصطفى منصور : ص ٧٥.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٤٤ ، والمراجع المشار اليها .

(٣) بودرى وفال ، فقرة ١١٧٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ما إذا كان النص ينطبق فى حالة ضياع التأمين بخطأ مشترك بين الدائن والكفيل. وقد ذهب رأى أنه فى حالة الخطأ المشترك تطبق القواعد العامة فى المسئولية، وهى تقضى بتوزيع التعويض على المشتركين فى الخطأ، فيكون الدائن مسئولا بقدر ما أسهم به فى أضاعة التأمين الخاص. وللكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته فى هذة الحدود(١). ولكن الرأى الذى نفضله يذهب إلى عدم الرجوع إلى القواعد العامة فى هذا الشأن لأننا بصدد قاعدة خاصة تقرر براءة ذمة الكفيل مراعاة لمصلحته، فلا يجوز تطبيق هذه القاعدة الخاصة إذا كان الكفيل قد ساهم بخطأه فى أضاعة هذا التأمين، ولو نسب خطأ للدائن فى ذلك أيضا(٢).

ويعتبر الخطأ قد صدر من الدائن سواء صدر منه شخصيا، أو صدر من شخص هو مسئول عنه كوكيله أو تابعه، فالدائن يسأل عن خطأ محاميه الذى يؤدى إلى ضياع التأمين. كعدم قيد الرهن أو عدم تجديد القيد أو غير ذلك من الأمثلة السابق ذكرها.

٣ - يشترط لتمسك الكفيل ببراءة ذمته أن يكون قد أصابه ضرر من اضاعة التأمين بخطأ الدائن ويعتبر الضرر قد تحقق فى كل حالة يكون فيها التأمين ذو قيمة ولم يستبدل به غيره. أما إذا كان التأمين غير ذى قيمة كما لو كان رهنا متأخرا فى المرتبة، والرهون السابقة عليه تضمن ديونا تستغرق كل قيمة الشىء المرهون. أو كان التأمين الضامن كفالة وكان الكفيل معسرا. فلا يصيب الكفيل ضرر من ضياع مثل هذا التأمين. ولا يحق له أن يتمسك ببراءة ذمته. وإذا كان الدائن قد أضاع بخطأه تأمينا كأن تنازل عن رهن، ولكنه اكتسب بفعله أيضا رهنا آخر بدلا من الرهن الذى تنازل عنه. فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته، لأن استبدال تأمين بآخر مساو له فى القيمة لا يعتبر ضياعا لتأمين

---

(١) لوران، ج ٢٨، فقرة ٣١٢، ٣١٤؛ جيرار، فقرة ٢٣٧؛ سليمان مرقس، ص ٧٤؛ محمد على امام، ص ١٨٧؛ منصور مصطفى منصور، ص ٧٧.

(٢) أوبرى ورو، ج ٦، فقرة ٤٢٩، هامش ١٣؛ بودرى وفال، فقرة ١١٧٧؛ عبد الفتاح عبد الباقى، ص ٢٤٥؛ عبد الرزاق السنهورى، ص ٢٤٥.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

خاص فى حقيقة الأمر (١) .

ولكن لا يشترط للقول بتحقق الضرر للكفيل أن يترتب على ضياع هذا التأمين أعسار المدين ، أو أن يكون التأمين الضائع هو التأمين الوحيد الذى يكفل الدين فلو ظل المدين موسرا بعد ضياع التأمين ، أو بقيت تأمينات أخرى تكفى للوفاء بالدين ، جاز للكفيل مع ذلك أن يتمسك ببراءة ذمته . لأن اضاعة التأمين الخاص تقلل على أى حال من فرصة الكفيل فى استيفاء حقه ، لأن المدين الموسر قد يعسر بعد ذلك ، كما أن التأمينات الأخرى الباقية قد تضيع بعد ذلك وكذلك فأنه كما يقال لا يحق للدائن أن يتمسك بيسار المدين ، أو وجود تأمينات أخرى لابقاء الكفيل ملتزما ، لأنه لو صح أن المدين موسر وأن هناك تأمينات أخرى غير التأمين الضائع ، فالأولى أن يكتفى الدائن بهذا ، ولا يتمسك ببقاء التزام الكفيل (٢) .

والمشرع لم ينص صراحة على شرط أن يكون التأمين الضائع ذو قيمة ، ولكن هذا الحكم يستنتج من نص المشرع على أن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما اضاعه الدائن من تأمين ، فاذا كان التأمين عديم القيمة فلا تبرأ ذمة الكفيل إطلاقا .

٣٨ ـ اثر اضاعة التأمينات :

تترتب على اضاعة التأمينات بخطأ الدائن براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن ، أى بقدر قيمة التأمينات الضائعة ، فاذا زادت قيمة التأمين الضائع عن قيمة التزام الكفيل فان ذمته تبرأ بصفة كاملة ، أما اذا قلت قيمة التأمين الضائع عن قيمة التزام الكفيل ، فلا تبرأ ذمته الا فى حدود قيمة هذا التأمين .

وتعتبر براءة ذمة الكفيل سببا من أسباب انقضاء الالتزام خاصا بالكفالة وحدها .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٤٧ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٧٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٤٥ ؛ سليمان مرقس ، ص ٧٤ ، محمد على امام ، ص ١٨٨ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٧٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن انقضاء التزام الكفيل لا يقع بقوة القانون ، بل لابد أن يتمسك به الكفيل ولا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه [1] . وعلى الكفيل يقع عبء اثبات أن الدائن قد أضاع التأمين بخطأه . ولكنه غير مطالب باثبات أن التأمين ذو قيمة ، فاذا أدعى الدائن أن التأمين غير ذى قيمة فعلية هو اثبات ذلك .

ويكون تمسك الكفيل بانقضاء التزامه فى صورة دفع يدفع به مطالبة الدائن له بالوفاء بالالتزام المكفول . ولكن يجوز للكفيل أيضا أن يرفع دعوى مبتدأة في مواجهة الدائن يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته فى مواجهته [2] .

ونظرا لأن براءة ذمة الكفيل لاتتعلق بالنظام العام فأنه يجوز للكفيل أن يتنازل عن التمسك بذلك، ويكون تنازله صريحا أو ضمنيا، كما يجوز أن يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعد ذلك، سواء كان قبل اضاعة التأمين أو بعد اضاعته

وتنتقل الآن إلى السببين الآخرين لبراءة ذمة الكفيل بسبب تقصير الدائن

٣٩ ـ (ب) عدم اتخاذ الدائن الاجراءات فى مواجهة المدين بعد انذار الكفيل له بضرورة اتخاذها :

سبق أن ذكرنا أن الأصل هو عدم براءة ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن قد قصر فى المحافظة على ضمانه العام قبل المدين ، بأن لم يتخذ الاجـــراءات فى مواجهته أو بأن يمنحه أجلا جديدا ولو ترتب على ذلك أعسار المدين .

ولكن المشرع لم يشأ أن يترك الكفيل ملتزما بعقد الكفالة إلى ما لا نهاية . خاصة وأن الدائن قد يتباطأ فى مطالبة المدين وحقه قبله لايسقط فى العادة الا بالتقادم. ومدته هى فى الغالب خمسة عشرة سنة وليس من العدل أو الملاءمة

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١١٨٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٤٨ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٤٨ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٤٧ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٧٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن يفاجأ الكفيل بعد عدة سنوات بأن دائنا يطالبه بالوفاء بالتزام كان قد كفله وربما قد نسيه .

وكان القانون المدنى القديم يسمح للكفيل حماية له أن يطالب المدين بالوفاء له بمجرد حلول أجل الدين [١] . ولكن القانون المدنى الجديد لم يأخذ بهذا الحكم فهو لا يجيز للكفيل أن يرجع على المدين إلا بعد أن يكون قد وفى الدين فعلا .

وقد استحدث المشرع وسيلة أخرى لحماية الكفيل وهى حقه فى أن يلزم الدائن بأن يتخذ الإجراءات فى مواجهة المدين بمجرد انذاره بذلك ، فاذا أهمل الدائن فى اتخاذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ إنذاره ، فان للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته فى مواجهته . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ٧٨٥ وهى تقرر : « (١) لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الأجراءات، أو لمجرد أنه لم يتخذها، (٢) على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا » .

والوقت الذى يجوز فيه للكفيل أن يقوم بانذار الدائن، هو وقت استحقاق الدين أو بعد استحقاقه ، ولكن لا يجوز للكفيل أن يقوم بذلك قبل استحقاق التزام المدين ، والا فان الإنذار يكون عديم المعنى . إذ من غير المعقول أن ينذر الكفيل الدائن باتخاذ الإجراءات في مواجهة المدين ، بينما لا يستطيع الدائن ذلك ولو أراد لعدم حلول أجل الدين بعد[٢].

وإذا حل أجل الدين ولكن الدائن منح المدين أجلا جديدا . فللكفيل أن يتجاهل هذا الأجل الجديد وينذر الدائن بمجرد حلول الأجل الأصلى ، لأنه

---

(١) راجع فى ظل القانون المدنى القديم، نقض مدنى ٢ فبراير ١٩٣٣ ، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما ، ج ٢ ، ص ٩٣٧ ، فقرة ٦ .

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٥٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من غير المقبول أن يضار الكفيل بفعل من الدائن ، بينما حقه فى التمسك ببراءة ذمته مقرر لحمايته من تقصير الدائن أى فعله السلبي ، فيكون من باب أولى منطبقا فى حالة صدور فعل إيجابى من الدائن كمنح المدين أجلا جديدا .

ولكن إذا حصل المدين على مهله قضائية من القاضى ، فلا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن الا بعد انقضاء هذه المهلة ، لأن الدائن لايستطيع مباشرة الإجراءات قبل انقضائها .

فاذا وصل الانذار إلى علم الدائن أو إلى محله فعليه أو يتخذ اجراءات الرجوع على المدين ويكون ذلك برفع دعوى على المدين لمطالبته بالدين ، أما إذا كان الدين ثابتا فى سند رسمى فيكون ذلك بتكليف المدين بالوفاء ثم اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته . وعليه إذا بدأ فى الإجراءات أن يسير فيها بعناية الرجل العادى ولا يتباطأ فيها بما يضر بالكفيل والا اعتبر كأنه لم يتخذها (١) .

وإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ انذاره ، جاز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته فى صورة دفع أو دعوى مبتدأه . وحق الكفيل فى براءة ذمته لايتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ، بل لابد أن يتمسك به الكفيل ، وكذلك يجوز للكفيل أن ينزل عنه سواء عند انعقاد الكفالة أو بعدها ، وسواء كان النزول صريحا أو ضمنيا ، ويلاحظ أن الكفيل المتضامن يستفيد من هذا الحق كالكفيل غير المتضامن .

٤٠ (ج) عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين :

تنص المادة ٧٨٦ على أنه « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٥٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٨٠ ؛ عبدالفتاح عبد الباقى ، ص ٢٥٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن » .

وهذا النص لم يكن له مقابل فى القانون المدنى القديم ، وكان من الجائز للكفيل فى هذا القانون أن يدخل بنفسه فى تفليسة المدين ، فكان يستطيع بذلك حماية حقه أو بعض حقه، أما القانون المدنى الجديد فهو لا يعطى للكفيل أن يدخل فى تفليسة المدين إلا إذا كان قد وفى بالدين فعلا للدائن . ولذلك فمن المتصور أن يلحق به ضرر إذا أفلس المدين ولم يدخل هو فى تفليسته لعدم حقه فى ذلك ، ولم يدخل الدائن كذلك فى هذه التفليسة .

ولذلك فرض القانون على الدائن أن يدخل فى تفليسة المدين لأن هذه هى الوسيلة الوحيدة للحصول من المدين على كل ما يمكن الحصول عليه [1]. فاذا قصر الدائن فى اتخاذ هذا الإجراء مما تترتب عليه ضياع فرصته فى استيفاء بعض حقه، فلا يجوز له أن يرجع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذى كان سيحصل عليه من التفليسة لو أنه دخل فيها .

وللكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته فى هذه الحدود فى صورة دفع أو دعوى . وحق الكفيل فى ذلك ليس من النظام العام فيجوز له النزول عنه ، ولا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه [2] . وهو حق يستفيد منه الكفيل المتضامن كالكفيل البسيط .

§ ٣ ـ براءة ذمة الكفيل تبعا لانقضاء التزام المدين

ينقضى التزام الكفيل بصفة تبعية نتيجة لانقضاء التزام المدين ، فالتزام الكفيل لا يقوم بمفرده بل لابد أن يرتكز على التزام اصلى يعمل على ضمان الوفاء به ، وهو تابع لهذا الالتزام فى وجوده وفى صحته وفى انقضائه .

---

(١) وقد اقتبس نص المادة ٧٨٦ من المادة ٥١١ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦٤٣ من تقنين الالتزامات البولندى .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٥٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٥٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولذلك إذا انقضى التزام المدين لأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام، فان التزام الكفيل ينقضى بالتالى، وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٧٨٢/١ وهى تقرر أنه « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » .

وانقضاء الالتزام بصفة تبعية يسرى على الكفيل البسيط وعلى الكفيل المتضامن أيضا. لأن الكفيل المتضامن هو أيضا مدين تابع لا يلتزم بصفة أصلية ولا يقوم التزامه إلا بقيام التزام المدين . وهذا على عكس المدين المتضامن الذى لا تبرأ ذمته، إذا برئت ذمة مدين متضامن آخر معه فى مواجهة الدائن لسبب آخر غير الوفاء، بكل الدين (المادة ٢٨٤ وما بعدها) . وقد نص المشرع على براءة ذمة الكفيل المتضامن بانقضاء التزام المدين الأصلى أو بزوال التزامه لأى سبب كان فى المادة ٧٩٤ التى تقرر أنه « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين » . والدفوع التى يشير اليها هذا النص ليست قاصرة على أسباب انقضاء التزام المدين الأصلى بل أيضا تنصرف إلى أسباب البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع أو أى سبب آخر لزوال الالتزام .

وندرس فيما يلى أهم أسباب انقضاء التزام المدين طبقا للقواعد العامة لنرى كيف يترتب عليها انقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية .

٤١ ـ الوفاء :

إذا وفى المدين بدينه برئت ذمته وبرئت ذمة الكفيل بطريق التبعية . ولكن إذا وفى المدين ببعض دينه فقط، فلا تبرأ ذمته أو ذمة الكفيل إلا بقدر ما وفاه، ويكون للدائن أن يرجع بالباقى على المدين وعلى الكفيل[1] . أما إذا وفى غير المدين بالدين، وحل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه، فان ذمة الكفيل

---

(١) بلانيول وريبير وسافيتيه، فقرة ١٥٤٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى، ص ٢١٤، هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا تبرأ لأن ذمة المدين لاتبرأ أيضا فالدين لازال قائما بكل ضماناته وقد حل فيه الموفي محل الدائن (م ٣٢٩). ويسرى نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر ، فان الدين يظل قائما بكل ضماناته بما فى ذلك الكفالة ويظل الكفيل مسئولا فى مواجهة المحال له كما كان مسئولا فى مواجهة الدائن المحيل (م ٣٠٧). أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر ، فان الدين يظل قائما ولكن يتغير شخص المدين فقط ، ومع ذلك فان التزام الكفيل ينقضى إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد (م ٣١٨) ، لأن الكفيل وضع ثقته فى مدين معين بالذات ، فلا تجاوز الكفالة هذا المدين وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين ، أن يكون هذا الوفاء صحيحا بأن يكون الموفى مالكا للشىء الذى وفى به وأن يكون أهلا للتصرف فيه ، فاذا لم يكن كذلك واصابة ضرر من الوفاء ، فان الوفاء يعتبر كأن لم يكن ويجوز استرداد الشىء الموفي به (م ٣٢٥) ولا ينقضى التزام المدين أو التزام الكفيل [1] .

ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقى الذى يقوم به المدين أو أى إجراء مماثل ، إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته (م ٣٣٩) . وإذا رجع المدين فى عرضه بعد ذلك وقبل منه الدائن هذا الرجوع ، « لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامنين » (م ٣٤٠/٢) ومن هؤلاء الكفيل. أما إذا رجع المدين فى عرضه قبل أن يقبله الدائن وقبل أن يصدر حكم نهائى بصحته ، فانه يعتبر كأن لم يكن ، ولا ينقضى الدين ، لا بالنسبة للمدين ، ولا بالنسبة للكفيل (م ٣٤٠/١) .

---

(١) سليمان مرقس ، ص ١٥٢ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢١٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا تعددت الديون التى للدائن فى ذمة المدين وكانت كلها من جنس واحد، كقود مثلا ، ولم يكن الكفيل قد كفلها كلها، وكان ما أداه المدين لا يفى بكل هذه الديون . فان المدين هو الذى يعين الدين يوفى به من هذه الديون سواء كان هو الدين المكفول أو غيره (م ٣٤٤) . فاذا لم يعين المدين الدين . فانه يعتبر قد وفى بالدين الذى حل سواء كان هو الدين المكفول أو غيره ، فاذا تعددت الديون التى حلت وكان الدين المكفول منها ، اعتبر أنه قد وفى بالدين المكفول، باعتباره أكثر هذه الديون كلفة على المدين. (م ٣٤٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى أن «الدين يكون أشد كلفة على المدين. كما إذا كان الدين يغـــل فائدة ، أو كان ثابتا فى سند تنفيذى أو كان لا يتقادم إلا بمدة طويلة جـدا ، أو كان مضمونا ولو بكفالة[١]» . وهذا هو الرأى الذى يجمع عليه الشراح ، لأن المدين إذا وفى الدين هـذا فهو لا يقتصر على ابراء ذمته فى مواجهـة الدائن ، بل أيضا على ابراء ذمته فى مواجهة الكفيل .

وإذا كانت الكفالة ضامنة لجزء من دين المدين فقط ، وقام المدين بوفاء جزء من دينـه ، فقد ذهب البعض إلى القول، بأن المدين يعتبر قد وفى بالجزء غير المضمون بالـكفالة وذلك تغليبا لمصلحة الدائن [٢] . ولكن الرأى الذى نفضله هو الذى يعتبر أن الوفاء قد تم بالجزء المضمون بالكفالة على أساس أن هذا الجزء هو الأكثر كلفـة على المدين ، وكذلك تفسيرا للشك فى مصلحة المدين أى الكفيل وليس الدائن [٣] .

٤٣ ـ الوفاء بمقابل :

الوفاء بمقابل هو ان ينقل المدين للدائن ملكية شىء آخر عوضا عن محل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥٨٨ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢١٤ ، هامش ١ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢١٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الدين الأصلى . وإذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشىء المستحق قام هـذا مقام الوفاء (م ٣٥٠) . والوفاء بمقابل سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء . والتحليل القانونى للوفاء بمقابل أنه عملية مركبة من تجديد ووفاء . فالالتزام الأصلى ينقضى بتجديدة عن طريق تغيير محله ، وينشأ التزام جديد ، محله الشىء الذى استعيض به عن محل الدين الأصلى ، ثم ينقضى الدين الجديد بالوفاء الفورى (١) .

ونظرا لأن تغيير المحل يكون عن طريق نقل ملكية شىء آخر فاننا نكون بصدد بيع لهذا الشىء ويكون ثمن البيع هو الدين الأصلى . ولذلك نص المشرع فى المادة ٣٥١ على أنه « يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شىء أعطى فى مقابله الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منهـا بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقـاق وضمان العيوب الخفيـــة ... » فالدائن يعتبر فى حكم المشترى والمدين يعتبر فى حكم البائع ، والدين هو ثمن البيع . فاذا كان العقـد باطلا بسبب عيب من عيوب الرضا أو نقص فى الاهلية فان البيع يعتبر كأن لم يكن ويظل الدين قائما . أما إذا استحق الشىء المبيع وهو مقابل الوفاء لشخص آخر فان المشترى وهو الدائن يرجع على البائع وهو المدين بضمان الاستحقاق . وكذلك يرجع عليه بضمان العيوب الخفية إذا وجد سبب الضمان طبقا لاحكام عقد البيع .

ولكن الوفاء بمقابل هو ايضا سبب من اسباب انقضاء الالتزام فى حكم الوفاء ، ولذلك نص المشرع فى المادة ٣٥١ على أنه « .. يسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين احكام الوفاء ، وبالاخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » . أى أن الوفاء بمقابـل يترتب عليه انقضاء الـــدين وكذلك التأمينات الضامنة له ومنها الكفالة . (٢)

---

(١) وتكييف الوفاء بمقابل على هذا النحو هو الذى تغلب فى الفقه المعاصر ، على حسب تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢١٧ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد طبق المشرع هذا الحكم على عقد الكفالة بنص خاص هو نص المادة ٧٨٣ وهو يقرر أنه « إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء » . ولا يعتبر هذا النص استثناءا من احكام الوفاء بمقابل كما ذهب إلى ذلك البعض [١] ، ولكنه تطبيق لها . فقد سبق أن رأينا أن الوفاء بمقابل يترتب عليه انقضاء جميع التأمينات الضامنة للدين سواء كانت كفالة أو رهنا أو غير ذلك . وتفسير ذلك أن التجديد الذى ينطوى عليه الوفاء بمقابل يؤدى إلى انقضاء الالتزام الاصلى مع تأميناته ، ومنها الكفالة ، فتبرأ ذمة الكفيل . ولا يغير من الامر شيئا أن يستحق الشيء الذى اعطى مقابل الدين لشخص آخر ، لانه فى هذه الحالة يرجع الدائن على المدين طبقا لقواعد ضمان الاستحقاق المقررة فى البيع ، ولكنه لا يرجع على الكفيل بشيء [٢] .

ويلاحظ أن الحكم الوارد فى المادة ٧٨٣ ليس من النظام العام ، بحيث إذا اشترط الدائن عند قبوله الوفاء بمقابل ، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل إذا استحق هذا المقابل ، اعتبر الوفاء بمقابل معلقا على شرط فاسخ هو استحقاق الشيء ، فاذا تحقق الشرط اعتبر الوفاء بمقابل كأن لم يكن وظل الدين قائما وكذلك الكفالة التى تضمنه . وينطبق نفس الحكم إذا ابطل الوفاء بمقابل لعيب فى الارادة أو نقص فى الاهلية ، أو إذا فسخ لاخلال المدين بالتزامه بالتسليم أو غير ذلك من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع الذى يتضمنه الوفاء بمقابل [٣] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢١٨ .

(٢) راجع فى اعتبار الحكم الوارد فى النص من تطبيقات القواعد العامة ، بودرى وفال ، فقرة ١١٤٨ .

(٣) راجع ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ؛ ص ٣٣٧ ، منصور مصطفى منصور ، ص ٧٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٤٣ – التجديد والانابة :

التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم ونشأة التزام جديد يحل محله . والتجديد يكون بتغير شخص المدين أو شخص الدائن أو محل الدين والقاعدة أنه . « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى الا بنص فى القانون، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك » (م ٣٥٦/٢) . وطبقا لهذا النص فأنه يكفى أن يتفق أطراف التجديد على انتقال التأمينات صراحة أو ضمنا حتى تنقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد .

ولكن المشرع استثنى الكفالة من هذا الحكم ، لأن الكفيل رضى أن يكفل التزاما بالذات ، والكفالة لا تجاوز هذا الالتزام إلى غيره، إلى برضاء جديد من الكفيل ، ولا يكفى أن يرضى بذلك أطراف العقد الذى جدد الالتزام كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات الأخرى (١) . ولذلك نص المشرع فى المادة ٣٥٨ على أنه « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن الا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

أما الانابة فهى أما أن تكون كاملة أو ناقصة. والانابه الكاملة يتفق فيها على أن ينقضى التزام المدين وهو المنيب ليحل محله التزام شخص آخر هو المناب، فى مواجهة الدائن وهو المناب لديه. والإنابة الكاملة هى تجديد للالتزام بتغيير شخص المدين . ولذلك تسرى أحكام التجديد من حيث انقضاء الدين الأصلى وكذلك الكفالة التى تضمنه الا إذا رضى الكفيل بضمان الالتزام الجديد. ولكن الانابة لا تكون كاملة على هذا النحو الا إذا اتفق على التجديد ، أما إذا لم يتفق على التجديد ، فان الانابة تكون ناقصة وهذا هو الأصل فى الانابة . ومعنى ذلك أن التزام المدين وهو المنيب لا ينقضى بل يظل قائما إلى

---

(١) أى لابد من كفالة جديده ، راجع ، عبد الرزاق السنهورى، ص ٢٢١ ؛ بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٥٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

جانب التزام المدين الجديد وهو المناب ، فيصبح للدائن مدينان هما المنيب والمناب ، ونظـرا لأن التزام المدين لا ينقضى فى الانابة الناقصة فان الكفالة لا تنقضى بالتالى ، ويظل التزام الكفيل قائما [١] .

٤٤ ـ المقاصة :

إذا أصبح المدين ، دائنا لدائنه ، انقضى كل من الدينين بقدر الأقل منهما. فاذا أصبح المدين دائنا لدائنه بدين مساو أو أكثر من دينه قبله انقضى الالتزام المكفول بتمامه وانقضى بالتالى التزام الكفيل بصفة تبعية. والأصل أن المقاصة لا تقع بقوة القانون بل لابد أن يتمسك بها صاحب المصلحة فيها (م ٣٦٥/١) وصاحب المصلحة الأصلى هـو المدين بطبيعة الحال . ولكن الكفيل أيضا صاحب مصلحة فى انقضاء التزام المدين حتى ينقضى التزامه هو بصفة تبعية. ولذلك يجوز له التمسك بالمقاصة ، والمادة ٧٨٢/١ تعطى للكفيل صراحة أن يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين [٢] .

٤٥ ـ إتحاد الذمة :

ينقضى الالتزام إذا اجتمعت فى شخص واحد صفة الدائن والمدين. وعلى هذا النحو إذا ورث المدين دائنه، أو أوصى الدائن لمدينه بالدين ، فان الالتزام ينقضى باتحاد الذمة (م ٣٧٠/١)، وينقضى التزام الكفيل بصفة تبعية. والواقع أن اتحاد الزمة ليس سببا لانقضاء الالتزام بقدر ماهو مانع من موانع المطالبة به، ولذلك إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، فأن المانع يزول، ويعود الدين إلى الوجـود ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (م ٣٧٠ / ٢) وبالتالى يعود التزام الكفيل إلى الوجود . ويحدث ذلك الامثلة فى السابق ذكرها إذا تبين أن المدين لا حق له فى ميراث دائنه ، أو اذا أبطلت الوصية التى أوصى بهـا

---

(١) راجع المادتين ٣٥٩ ، ٣٦٠ مدنى .

(١) وقد نصت المادة ١٢٩٤ مدنى فرنسى صراحة على حق الكفيل فى التمسك بالمقاصة بين حق الدائن وحق المدين .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الدائن لمدينه [١] .

٤٦ ـ الابراء :

إذا أبرأ الدائن مدينه ، فأن التزام المدين ينقضى (م ٣٧١) ، وينقضى التزام الكفيل بصفة تبعية. وإذا أبطل الابراء عاد الالتزام إلى الوجود .وعادت كذلك الكفالة التى تضمنه .

والابراء يقوم أساسا على فكرة التبرع (م٣٧٢/ ١) ولذلك لا يعتبر من قبيل الابراء الصلح الذى يعقده الدائن مع مدينه المفلس، ويتنازل له بمقتضاه عن جزء من الدين، لأن الدائن لا يقصد بهذا الصلح التبرع إلى المدين، ولكن يقصد فقط الحصول على كل ما يمكن الحصول علية منه وتفادى ما قد يؤدى اليه الاستمرار فى اجراءات الأفلاس من تدهور مركز المدين . ولذلك لا ينقضى التزام الكفيل حتى بالنسبة للجزء التى تنازل عنه الدائن للمدين المفلس بمقتضى الصلح،ويجوز للدائن أن يرجع على الكفيل بكل الدين الذى كفله[٢]. ولكن لا يجوز من ناحية أخرى للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه مقابل الجزء الذى تنازل عنه الدائن للمدين ، فلا يكون ملتزما بالنسبة لهذا الجزء إلا بالتزام طبيعى سواء فى مواجهة الدائن أو فى مواجهة الكفيل الذى أجبر على وفائه للدائن [٣] .

وقد نصت المادة ٣٤٩ من القانون التجارى على الحكم السابق يقولها . «وللمداينين مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس » . وقد فسر القضاء عبارة الشركاء فى الدين على أنها تشمل الكفلاء [٤] .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٢٥ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ٢٢٥ ، منصور مصطفى منصور ، ص ٧١ .

(٢) بودرى وفال ، فقرة ١١٥٥ ؛ بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٥١ ، عبد الرزاق السنهورى ، ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٧١ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٢٦ .

(٤) استئناف وطنى ٧ مايو ١٩٣١ ، المحاماه ، س ١٢ ، ص ٢٣٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٤٧ ـ التقادم :

إذا انقضى الالتزام المكفول بالتقادم فان التـزام الكفيل ينقضى بصفة تبعية ،ولو كانت مدة التقادم الخاصة به لم تكتمل بعد، بأن كان دينه يستحق فى أجل لاحق لأجل استحقاق الدين المكفول ، ومن ثم يتقادم بعد تقادم هذا الدين. ويجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه بصفة تبعية ، ولو لم يتمسك المدين بانقضاء التزامه ، بل ولو تنازل عن التمسك بهذا الحق (م٣٨٧/)[١].

٤٨ ـ استحالة التنفيذ :

إذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب لا يد له فيه ، فانه ينقضى (م ٣٧٣)، وينقضى التزام الكفيل بصفة تبعية .ولكن إذا كان المدين مسئولا عن استحالة تنفيذ التزامه ، فانه يلتزم بالتعويض ويظل الكفيل ضامنا للالتزام بالتعويض. والالتزام بالتعويض ليس التزاما جديـدا ، ولكنه طريقة مختلفة لتنفيذ نفس الالتزام ، وهى طريقة يكشف عنها عنصر المسئولية فى نفس الالتزام [٢] .

ويتبين من الاستعراض السابق أنه فى جميع الأحوال التى ينقضى فيهـا التزام المدين ، فان التزام الكفيل ينقض بصفة تبعية ، فهو التزام تابع لا يمكن أن يقوم بمفرده دون أن يرتكز على التزام آخر أصلى . ونذكر بما سبق أن قلناه من أن صفة التبعية موجودة أيضا فى التزام الكفيل المتضامن كالكفيل البسيط . ولعل فى إنقضاء التزام الكفيل المتضامن بصفة تبعية نتيجة لانقضاء الالتزام المكفول ما يبرز بوضوح الفارق الكبير بين مركز الكفيل المتضامن ومركز المدين المتضامن . حيث القاعدة أن انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لسبب غير الوفاء بكل الدين ، لا يؤدى إلى انقضائه بالنسبة للمدينين

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١١٦٥ ؛ عبـد الرزاق السنهورى ، ص ٢٣٢ ؛ منصور مصطفى منصور ص ٧٢ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٢٢٦ .

(١) أنظر فى أن الالتزام بالتعويض ليس التزاما جديدا ، كتابنا بالفرنسية
De l'obligation judiciaire, Paris. 1965, N. 55.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الآخرين إلا بقدر حصة المدين الذى انقضى دينه ، وليس بالنسبة للدين فى مجموعه .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة العلاقة بين الدائن والكفيل وهى العلاقة الأصلية فى عقد الكفالة ، لأن هذين الشخصين هما وحدهما طرفا عقد الكفالة ولا تنصرف آثاره إلا اليهما وحدهما . ومع ذلك فهناك علاقات أخرى لا تنشأ عن عقد الكفالة ذاته ، ولكن تنشأ عن تنفيذه . أى عن واقعة الوفاء للدائن . فاذا قام الكفيل بالوفاء للدائن ، حق له الرجوع على المدين بما وفاه ، وكذلك إذا تعدد الكفلاء وقام بالوفاء واحد منهم حق له الرجوع على الآخرين كل بقدر نصيبه فى الدين . وندرس فى المبحث التالى ، العلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ثم ندرس بعد ذلك العلاقة ، بين الكفلاء إذا تعددوا .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثانى

العلاقة مابين الكفيل والمدين

٤٩ - الكفيل يلتزم بضمان دين دون أن يكون صاحب مصلحة فى هذا الدين ، ولذلك فهو إذا وفى به كان موفيا بدين غيره ، وحق له الرجوع على صاحب المصلحة فى هذا الدين وهو المدين . والقانون المدنى الجديد لا يعطى للكفيل حق الرجوع على المدين إلا إذا كان قد وفى بالدين فعلا ، على خلاف القانون المدنى القديم الذى كان يجيز للكفيل أن يرجع على المدين قبل أن يوفى الدين للدائن ، إذا حل أجل الدين المكفول ، أو إذا أفلس المدين ، وذلك حتى يأمن الكفيل من تراخى الدائن فى الرجوع على المدين ، أو عدم تدخله فى تفليسته . ولكن القانون المدنى الجديد لم يعط الكفيل هذا الحق . وجعل الدائن هو المسئول عن الرجوع على المدين فى الوقت المناسب ، وكذلك أوجب عليه الدخول فى تفليسته . وحماية للكفيل أجاز له القانون أن ينذر الدائن بضروره الرجوع على المدين خلال سبعة أشهر من تاريخ انذاره وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل . وكذلك تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يدخل الدائن فى تفليسة المدين ، بقدر ما كان سيحصل عليه لو أنه دخل فى هذه التفليسة .

ويخلص مما سبق أنه يشترط لرجوع الكفيل على المدين أن يكون قد وفى الدين للدائن . ورجوع الكفيل فى هذه الحالة يقوم على أبسط مبادىء العدالة . لأن المدين أثرى على حساب الكفيل إذ أن دينه قبل دائنه قد انقضى بمال غيره ، كما أن الكفيل إفتقر بسبب المدين لأنه وفى بماله دين غيره ، وهو المدين . ولذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين طبقا للقواعد العامة فى الإثراء بلا سبب ويكون رجوع الكفيل بأقل القيمتين ، قيمة الاثراء وقيمة الافتقار[1] وهذا ما تنص عليه المادة ٣٢٤ وهى تقرر أنه :

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٩٥ : عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

« (١) إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بمقدر ما دفعه .

(٢) ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير ارادته أن يمنح رجوع الموفى بما وفاه عنه كلا أو بعضا ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء » والفقرة الأولى من هذا النص تجعل الرجوع بقدر افتقار الموفى ، أما الفقرة الثانية فتجعل الرجوع فى حدود أثراء المدين .

ولكن المشرع لم يكتفى باعطاء الكفيل الحق فى الرجوع على المدين طبقا للقواعد العامة فى الاثراء بلا سبب ، ولكنه نظم رجوع الكفيل بشىء من التفصيل . وأعطى له فى هذا السبيل دعويين ، الأولى دعوى شخصية هى دعوى الكفالة وهى تعتبر تطبيقا خاصا لدعوى الاثراء بلا سبب . والثانية دعوى عينية وهى دعوى الحلول وهى تطبيق محصن لقواعد الوفاء مع الحلول . وبجانب هاتين الدعويين فان للكفيل أن يرجع بدعوى الاثراء بلاسبب طبقا للقواعد العامة ، وقد تكون له مصلحة فى ذلك إذا لم تتوافر شروط هاتين الدعويين أو شروط أحداهما .

والكفيل هو الذى يختار الدعوى التى يرجع بها . وقد تكون له مصلحة فى الرجوع بالدعوى الشخصية أو الرجوع بالدعوى العينية ، ولكنه محكوم فى هذا الاختيار بضرورة توافر شروط معينة فى الدعوى التى يرجع بها . وندرس فيما يلى الدعوى الشخصية ثم الدعوى العينية فى مطلبين متتاليين ، كما ندرس فى مطلب ثالث الرجوع على المدينين إذا تعددوا .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الأول

الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

تنص المادة ٨٠٠ من القانون المدنى على ما يأتى :

« (١) للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أن بغير علمه .

(٢) ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده .

(٣) ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية وكل ماقام بدفعه ابتداء من يوم الدفع . »

ويحدد هذا النص شروط الرجوع بدعوى الكفالة ، وموضوع الرجوع، وهو ما ندرسه فيما يلى ، على أن ندرس أولا :

٥٠ ـ اساس الرجوع بالدعوى الشخصية :

ذهب الفقة التقليدى إلى تأسيس رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية ، اما على أساس دعوى الوكالة أو على أساس دعوى الفضالة . ففى الحالات التى تكون فيها الكفالة قد عقدت برضاء المدين فان الكفيل يعتبر وكيلا عن المدين فى الوفاء ويكون المدين قد أنابه عنه بوكالة صريحة . وفى الحالات التى تكون فيها الكفالة قد عقدت بعلم المدين ودون اعتراضه فان الوكالة تكون ضمنية . أما فى الحالات التى تكون فيها الكفالة قدعقدت دون علم المدين أو رغم معارضته، فان الكفيل يكون فضوليا وليس وكيلا. وعلى هذا النحو فان رجوع الكفيل على المدين أما أن يكون على أساس الوكالة كما يرجع الوكيل على موكله ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أو على أساس الفضالة ، كما يرجع الفضولى على رب العمل[١] .

ولكن الفقه المصرى الحديث ينتقد هـذا الرأى ويذهب إلى أن رجوع الكفيل على المدين لا يؤسس على دعوى الوكالة أو الفضـالة ، ولكنه يؤسس على دعوى مستقلة هى دعوى الكفالة المنصوص عليها فى القانون . فمن ناحية لا يمكن اعتبار الكفيل وكيلا عن المدين وإلا جاز للكفيل أن يتنازل عن الكفالة فى أى وقت يشاء ، وليس عليه إلا أن يخطر الدائن بذلك (م ٧١٦)، وهذا ما لم يقل به أحد ، ومن ناحية أخرى لا يمكن اعتبار الكفيل فضوليا لأن من أهم شروط الفضالة توافر صفة الاستعجال فى العمل الذى يقوم به الفضولى، ولا يعتبر قيام الكفيل بالوفاء أمرا مستعجلا ، وكذلك فان الفضولى شخص يقوم بعمل هو غير ملزم أصلا بالقيـام به ، بينما الكفيل ملزم بالوفاء للدائن بمقتضى عقد الكفاله[٢] .

ولذلك ليس صحيحا تأسيس رجوع الكفيل على دعوى الوكالة أو الفضالة، والأخذ بأحكام أى من هاتين الدعويين فى تنظيم قواعد الرجوع. والصحيح أن الكفيل يرجع بدعوى شخصية أساسها فى القواعد العامة هى دعوى الاثراء بلا سبب ، ولكن أصبح لها بسبب النص عليها فى القانون وضع مستقل ، كما أن لها أحكامها المستقلة . وهى تشبه دعوى الوكالة أو دعـوى الفضالة فى أن الأساس البعيد لكل من هذه الدعاوى هى أحكام الاثراء بلا سبب فى القواعد العامة وهى تشبه دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة كذلك فى أن كل من هذه الدعاوى تعتبر دعاوى شخصية، وليست عينية كما فى الرجوع بدعوى الحلول. وفيما عدا ذلك من تشابه فان كل من هذه الدعاوى مستقلة عن الأخرى ولها أحكامها الخاصة بها[٣] .

---

(١) وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى ، راجع بودرى وفال ، فقرة ١٠٧٨ ؛ بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٤٠ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٦٨ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٩٦ .

(٣) والدكتور السنهورى لا يرى أهمية عملية كبيرة فى تسمية الدعوى الشخصية بدعوى الوكالة ، ص ١٦٥ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥١ ـ شروط الرجوع بدعوى الكفالة :

١ ـ يشترط أولا أن يكون أجل الدين قد حل ، فاذا وفى الكفيل قبل حلول الأجل ، فلا يحق له الرجوع على المدين إلا بعد حلوله . والمقصود بالأجل هو الأجل الأصلى الذى ضمن الكفيل الدين عند حلوله . فاذا امتد الأجل بسبب مهلة منحها الدائن للمدين. فان هذا الامتداد لايحتج به فى مواجهة الكفيل ويجوز له أن يرجع على المدين بمجرد حلول الأجل الأصلى ، وعلى العكس إذا تنازل المدين عن الأجل الأصلى الممنوح له . استفاد الكفيل من هذا التنازل ، وحق له الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد .

٢ ـ ويشترط أن يكون الكفيل قد وفى الدين ، فهو لا يرجع على المدين قبل قيامه بالوفاء فعلا للدائن ، كما كان الحكم فى القانون المدنى القديم . ومن المتفق عليه أنه يجوز للكفيل أن يرجع على المدين ولو كان قد وفى بجزء من الدين فقط . ويجمع الفقه على أن للكفيل إذا وفى بجزء من الدين ورجع به على المدين أن يزاحم الدائن فى رجوعه على المدين بالجزء الباقى له[1] . فاذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما معا تقاسما هذه الأموال قسمة الغرماء . وفى هذا يختلف الرجوع بالدعوى الشخصية عن الرجوع بدعوى الحلول كما سنرى ، حيث لايجوز لمن يرجع بدعوى الحلول أن يزاحم الدائن الذى حل محله .

وهذا الذى يجمع عليه الفقه صحيح ولكننا نقيده ، بأن تكون الكفالة ذاتها جزئية ، حتى يحق للكفيل الذى يوفى بالجزء الذى ضمنه من الدين أن يزاحم الدائن فى رجوعه به . أما إذا كانت الكفالة مطلقة فلا يحق للكفيل الذى ضمن كل الدين ولم يوفى إلا بجزء منه فقط أن يزاحم الدائن فى استيفاء الجزء الباقى وهو ضامن له . لأن الضمان والتعرض لايجتمعان ، ومن يجب عليه الضمان لايجوز له أن يطالب بالاستحقاق ، سواء فى الحقوق العينية ، أو الحقوق الشخصيه .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٧٩ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٩٨ ؛ بودرى وفال ، فقرة ١٠٨٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣ ـ ويشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين، ولمصلحته. وإذا كان المشرع ينص على أن الرجوع بدعوى الكفالة يكون سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه، وهو ما قد يوحي بأن الرجوع جائز في جميع الحالات، حتى ولو كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين، لأنها في هذه الحالة تكون قد عقدت بعلمه إلا أن هناك اجماع في الفقه على أنه يشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين. وإلا انتفت الحكمة من الرجوع بهذه الدعوى الخاصة التي تعطى للكفيل أكثر مما تعطيه القواعد العامة، وهو ما لا يمكن تفسيره إلى على أساس أن الكفيل قد أسدى خدمة للمدين، وهو ما لا يتصور إذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين[1]. وفي مثل هذه الحالة يكون للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول أو أن يرجع بدعوى الاثراء بلاسبب طبقا للقواعد العامة. ولو أراد المشرع أن يعطى الكفيل الحق في الرجوع بدعوى الكفالة في هذه الحالة لنص على ذلك صراحة، كما نص على جواز أن تكون الكفالة رغم معارضة المدين (م ٧٧٥) أو جواز أن يكون الوفاء بالدين رغم معارضة المدين (م ٣٢٣/٢).

ويذهب الفقه كذلك قياسا على شرط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين، إلى اشتراط أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين. ولاتكون الكفالة كذلك إذا كانت قد عقدت بعد نشأة الدين، ودون أن يحصل الكفيل من الدائن على أية ميزة خاصة للمدين كمنحه أجلا جديدا أو قرضا جديدا. وإنما تعتبر الكفالة في هذه الحالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده[2].

٤ ـ والشرط الرابع والأخير للرجوع بالدعوى الشخصية. هو ألا يكون

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٩٧؛ عبد الفتاح عبد الباقي، ص ١٧١؛ سليمان مرقس، ص ١٢٠؛ محمد على امام، ص ١٣٠؛ عبد الفتاح عبد الباقي، ص ١٧١.

(٢) جيوار، فقرة ١٧٧؛ بودري وفال، فقرة ١١٠٦، منصور مصطفى منصور، ص ٩٧ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١٧٣.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الكفيل قد قصر فى اخطار المدين تقصيرا ترتب عليه ضرر لهذا الأخير. وهذا ما تنص عليه المادة ٧٩٨ بقولها « (١) يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه . (٢) فاذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقـــه فى الرجوع ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو انقضائه » .

وهذا النص يفرض واجبا فى الاخطار المتبادل بين الكفيل والمدين. فالكفيل لايجوز له أن يوفى الدين قبل أن يخطر المدين بذلك ، لأن المدين قد يكون لديه سبب للاعتراض على الوفاء ، اما لأن الالتزام قد انقضى من قبل أو لأن العقد الذى انشأ الدين باطل أو قابل للابطال . فاذا وفى الكفيل الدين دون أن يخطر المدين ، وكان هنـاك سبب لانقضاء الدين أو بطـلانه ، فلا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه . ولكن إذا لم يكن هناك سبب لانقضاء الدين أو بطلانه ووفى الكفيل الدين دون أن يخطر المدين ، أو اخطره ولكن اعترض المدين على الوفاء دون ابداء سبب جدى . فللكفيل أن يرجع عليه رغم عدم الاخطار أو رغم اعتراض المدين ، لأن الكفيل وفى بما كان يجب الوفاء به بحسب القانون[1] .

وكما أن الكفيل يلتزم باخطار المدين ، فان على المدين واجب مقـابل فى الرد على هذا الاخطار فى ميعاد معقول ، بحيث إذا قصر فى الرد على الكفيل، وكان له سبب لانقضاء الدين أو ابطاله ، فلا يلومن إلا نفسه ، ويحق للكفيل أن يرجع عليه بما وفاه .

هذه هى شروط الرجوع بالدعوى الشخصية وهى أن يكون أجل الدين

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ١٧١ ص؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٧٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٠٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأصلى قد حل ، وأن يكون الكفيل قد وفى بالدين ، وأن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين ولمصلحته ، والا يكون الكفيل قد قصر فى اخطار المدين بعزمه على الوفاء تقصيرا أضر بهذا الأخير . فاذا توافرت هذه الشروط حق للكفيل أن يرجع بدعوى الكفالة ، وندرس الآن موضوع رجوع الكفيل .

٥٣ ـ موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية :

الدين الذى يرجع به الكفيل على المدين ، يتكون من عدة عناصر حددتها المادة ٨٠٠ السابق ذكرها وهى : ـ

١ ـ كل المبالغ التى تكون دين الدائن قبل المدين ، والتى وفى بها الكفيل لابراء ذمة هذا الاخير ، وهذه المبالغ هى أصل دين الدائن قبل مدينه وفوائد هذا الدين والمصروفات التى انفقها الدائن فى الرجوع على المدين ، وكذلك التعويض الذى حكم به للدائن لاخلال المدين بالتزامه .

٢ ـ المصروفات التى انفقها الكفيل فى تنفيذ عقد الكفالة ، وتلك التى انفقها الدائن فى رجوعه على الكفيل وأضطر الكفيل إلى ردها له . ومن الامثلة على ذلك مصروفات ارشاد الدائن إلى الاموال المملوكة للمدين . ومصروفات الدعوى التى رفعها الدائن على الكفيل . على أنه تنبغى التفرقة بالنسبة لهذا العنصر الثانى بين مرحلتين الأولى خاصة بمصروفات المطالبة الأولى كمصروفات التنبيه على الكفيل ومصروفات رفع الدعوى عليه ، وهذه يتحملها المدين فى جميع الأحوال ، أما ما يجد بعد ذلك من مصروفات فلا يتحمله المدين إلا إذا كان الكفيل قد اخطر المدين برجوع الدائن عليه ومن وقت هذا الاخطار ، فلربما يوفى المدين بالدين ولا تكون هناك حاجة لمصروفات أخرى[1] .

٣ ـ الفوائد القانونية عن كل المبالغ التى دفعها الكفيل محسوبة من وقت الدفع

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١٠٨١ ؛ بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٤٠ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٧٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٠١ ، ١٠٢ ؛ محمد على امام ، ص ١٤١ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٧٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(م ٨٠٠/٣) ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة في الرجوع حيث لا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية ، ولكن المشرع أعطى الكفيل ما أعطاه للوكيل وللفضولي (م ١٩٥ ، م ٧١٠) ، من حيث احتساب الفوائد القانونية من وقت الدفع وليس من وقت المطالبة القضائية .

٤ ـ ومن عناصر الرجوع الاحتمالية ، التعويض عن الاضرار التي اصابت الكفيل من اضطراره للوفاء بالدين ، كما لو اضطر إلى بيع أمواله بثمن بخس أو غير ذلك . ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون المدين قد امتنع عن الوفاء بسوء نية مع قدرته على ذلك[1] . وفي هذا تنص المادة ٢٣١ « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا اثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » وننتقل الآن إلى دراسة الرجوع بدعوى الحلول .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، ص ١٧٦ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٠٣ ؛ سليمان مرقس ، ص ١٢٦ ؛ محمد علي امام ، ص ١٤٢ ؛ قارن ، عبد الفتاح عبد الباقي ، ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الثانى

دعوى الحلول

للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين بمقتضى حلوله محل الدائن وذلك طبقا للقواعد العامة فى الوفاء مع الحلول . وهو ما نص عليه المشرع فى المادة ٦٠٩ م وهى تقرر أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : (أ) إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ... » والكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين ، فينطبق عليه هذا النص ، ولم يكن المشرع فى حاجة إلى وضع نص آخر يعطى للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول على المدين ، ولكنه أعاد النص مع ذلك على هذا الحق فى المادة ٧٩٩ وهى تقرر أنه « إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين . فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين » . وهذا النص لا يعدو أن يكون ترديدا لأحكام القواعد العامة المنصوص عليها فى المواد ٣٢٦ وما بعدها .

٥٣ ـ مقارنة بين شروط دعوى الحلول وشروط الدعوى الشخصية :

الوفاء الجزئى :

سبق أن رأينا أنه يجوز للكفيل الذى وفى جزءا من الدين وكانت كفالته فى حدود هذا الجزء ، أن يرجع بما وفاه على المدين بمقتضى الدعوى الشخصية وأن يزاحم الدائن فى رجوعه بالجزء الباقى له فى ذمة المدين . ولكن على خلاف ذلك لا يجوز للكفيل الذى وفى بجزء من الدين ولو كانت كفالته فى حدود هذا الجزء أن يرجع على المدين قبل أن يستوفى الدائن كل حقه . لأن المبدأ هو عدم جواز مزاحمة الدائن ممن يحل محله . وهذا ما تنص عليه المادة ٣٣٠/١ وهى تقرر أنه « إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . وقد ردد المشرع حكم هذا النص فى العبارة الأخيرة من المادة ٧٩٩ السابق ذكرها ، وهى تشترط فى رجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه من المدين . ولكن المهم فى الواقع هو أن يستوفى الدائن كل حقه سواء من المدين أو من غيره . فاذا وفى الكفيل بجزء من الدين ، ووفى المدين بالجزء الباقى ، حق للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول .

ويسرى نفس الحكم إذا كان الدائن قد استوفى بقية حقه من شخص آخر غير المدين ، غاية الأمر أنه إذا كان لهذا الشخص حق الحلول أيضا ، فانه يزاحم الكفيل فى حلوله محل الدائن ، وهذا ماتنص عليه المادة ٣٣٠/٢ بقولها « فاذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء[١] .

وبجانب الاختلاف فى مسألة الوفاء الجزئى بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، فانهما يختلفان فى أنه لايشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين ولمصلحته فى الرجوع بدعوى الحلول كما هو مشترط فى الرجوع بالدعوى الشخصية[٢] .

وفيما عدا هذا الاختلاف فانه يشترط فى الرجوع بأى من الدعويين ، أن يكون أجل الوفاء بالدين قد حل . وتثبت كل من الدعويين للكفيل البسيط وللكفيل المتضامن ، وللكفيل الشخصى وللكفيل العينى .

---

(١) وهذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز للدائن أن يرضى بمزاحمة الكفيل له فى رجوعهما على المدين ، عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٩١ .

(٢) بودرى وفال ، فقرة ١١١١ ؛ عبد الرزاق السنهورى . ص١٨١ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٨٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٠٤ ؛ سليمان مرقس، ص ١٣٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥٤ - موضوع الرجوع بدعوى الحلول : مقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية :

الكفيل يرجع فى دعوى الحلول بحق الدائن ذاته ، فهو كما تقرر المادة ٧٩٩ « يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين » . وفى بيان ذلك تقرر المادة ٢٩ أن « من حل قانونا واتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

١ - فالكفيل يرجع على المدين بذات حق الدائن ، فاذا كان هذا الحق قد انقضى ، فلا يجوز للكفيل أن يرجع به ، بينما يجوز له فى هذه الحالة ، الرجوع بمقتضى الدعوى الشخصية ، إذا كان المدين قد قصر فى الرد على اخطار الكفيل له بعزمه على الوفاء معترضا على القيام بذلك .

٢ - والكفيل يرجع بحق الدائن بما لهذا الحق من خصائص :

أ) فاذا كان هذا الحق مقترنا بأجل فلا يجوز للكفيل أن يرجع إلا بعد حلول هذا الأجل وإذا امتد هذا الأجل برضاء الدائن أو بحكم القاضى التزم الكفيل بالرجوع فى الأجل الجديد ، بينما هو فى الدعوى الشخصية لا يمتد إلا بالأجل الأصلى بغض النظر عن امتداده .

ب) وإذا كان الدين تجاريا فان رجوع الكفيل يكون بمقتضى هذه الصفه ولو كان دينة هو قبل الدائن مدنيا وتترتب على اعتبار الدين تجاريا احكام خاصة تتعلق بالاختصاص والاثبات وسعر الفائده . أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية فانه يرجع بدين مدنى .

ج) إذا كان دين الدائن مما يتقادم بمدة معينة ، كخمس سنوات مثلا كما هو الشأن فى دين الأجرة وغيره من الديون الدورية المتجددة (م٣٧٥/١) فان حق الكفيل ينقضى أيضا بمضى هذه المدة ، وهى تعتبر قد بدأت من

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القواعد العامة ، ويكون رجوعه بأقل القيمتين الافتقار أو الاثراء [١].

٥٦ ـ تعدد المدينين وتضامنهم :

إذا كان المدينون متضامنين ، وضمنهم الكفيل جميعا ، كان له أن يرجع على أى منهم بكل الدين الذى وفاه .

وقد نص المشروع على هذا الحكم فى المادة ٨٠١ وهى تقرر أنه « إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذى ضمنهم جميعا أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين » . والحكم الذى قرره المشرع ينطبق سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو رجع بالدعوى الشخصية . فهو إذا رجع بدعوى الحلول ، كان له حق الدائن ، وهذا الحق يعطى لصاحبه طبقا لقواعد التضامن أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين ، وهو إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فانما يرجع بما وفاه من دين المدين ، وهذا الدين يشمل الدين كله ، لأن كل مدين متضامن ملزم فى مواجهة الدائن بوفاء الدين فى مجموعة [٢] .

أما إذا كان المدينون متضامنين ، وضمن الكفيل بعضهم فقط ، فان الحكم السابق يسرى أيضا فى رجوع الكفيل على من ضمنه منهم ، فيحق له أن يطالب أى مدين كفله بكل الدين الذى وفاه ، سواء فى رجوعه عليه بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول . ولكن هل يجوز للكفيل فى هذا الفرض أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ؟ وبأى دعوى ؟ ومن الثابت أن الكفيل لا يحق له أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكفالة الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذى كفله .

وكذلك من الثابت أن للكفيل أن يرجع على أى مدين متضامن لم يكفله

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

(٢) بودرى وفال ، فقرة ١١١٩ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٩٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٠٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد . وهو لا يرجع فى هذه الدعوى إلا بقدر اثراء هذا المدين ، أى بقدر نصيب هذا المدين فى الدين مضافا إليه نصيبه فى حصة المعسر من المدينين المتضامنين ، لأن هذه هى حدود مسئولية أى مدين متضامن فى علاقته بغيره من المدينين المتضامنين ، وعلى أساس هذه العلاقة تتحدد درجة أثراءه . (٣٢٤ ، م ٢٩٧م) .

ومن الثابت أيضا أن للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بالدعوى غير المباشرة مستعملا حقوق المدين الذى كفله . لأن الكفيل بالوفاء أصبح دائنا للمدين الذى كفله ، وهذا المدين يصبح دائنا للمدينين الآخرين المتضامنين معه ، ونظرا لأن حقوق أى مدين متضامن قبل غيره من المدينين لا تتخطى نصيب المدين الذى يرجع عليه يضاف إليه نصيبه فى حصة المعسر منهم ، فلا يجوز للكفيل الذى يرجع باسم المدين الذى كفله أن يتخطى حدود هذا القدر (م ٢٩٧) [١] .

ولكن هل يجوز للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الحلول محل الدائن ، وما هو مقدار هذا الرجوع ؟ .

ذهب بعض الشراح فى فرنسا إلى القول بعدم حق الكفيل فى الرجوع بدعوى الحلول على مدين لم يكفله ، وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الرأى فى حكم لها صدر فى ٧ يناير عام ١٩٣٧ [٢] . ولكن هذا الرأى لا يقوم على أساس ، لأن الكفيل ملزم بالوفاء عن المدين الذى كفله ، وهو بهذا الوفاء يحل محل الدائن طبقا لنص المادتين ٣٢٦ ، ٧٩٩ ، ومن حل محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات . والتضامن بين المدينين هو أحد ضمانات الوفاء بالحق ولذلك كما يجوز للدائن أن يرجع على أى مدين متضامن بكل

---

(١) بودرى وفال ، فقرة ١١١٩ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٩٦ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١١٠ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٩٣ .

(٢) نقض مدنى ٧ يناير ١٩٣٧ ، مجموعة القواعد التى أقرتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما ، ج ٢ ، فقرة ١٢ ص ٩٣٧ - ٩٣٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الدين ، فانه يجوز للكفيل الذى حل محل الدائن أن يرجع على أى مدين متضامن بكل الدين ، ولو لم يكن قد كفل هذا المدين (١) .

ولذلك لانرى وجها للجدل أيضا فى مقدار رجوع الكفيل بدعوى الحلول ، فهو يرجع بكل حقوق الدائن ، ومنها حق مطالبة أى مدين متضامن بكل الدين ، وليس بقدر نصيبه فيه فقط (٢) .

ويخلص مما سبق أنه إذا كان لايجوز للكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكلفه بدعوى الكفالة الشخصية ، فان يجوز له الرجوع عليه بدعوى الحلول وأن يطالبه بكل الدين .

وحق الكفيل الذى وفى الدين لا يقتصر على الرجوع على المدين أو على المدينين فى نفس الدين ، ولكن يحق له أيضا أن يرجع على الكفلاء الآخرين إذا وجدوا ، وهذا ما ندرسه فيما يلى .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٩٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٩٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١١١ ؛ سليمان مرقس ، ص ١٤٢ ؛ محمد على امام ، ص ١٥٤ ؛ بلانيول وريبير وسافيتيه ، فقرة ١٥٤١ ؛ بودرى وفال ، فقرة ١١٢٢ .

(٢) فى هذا المعنى ، عبد الرزاق السنهورى ، ص ١٩٨ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ١٩٧ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١١٢ ؛ سليمان مرقس ، ص ١٤٣ ـ ١٤٤ ؛ أنظر عكس ذلك ، محمد على امام ، ص ١٨٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثالث

العلاقة مابين الكفيل وغيره من الكفلاء

إذا وفى الكفيل كل الدين كان له أن يرجع على الكفلاء الآخرين. وأحكام الرجوع تختلف بحسب ما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم أوغير متضامنين. ولكن فى جميع الأحوال فان الكفيل لايرجع بدعوى الكفالة على كفيل آخر، لأن هذه الدعوى خاصة فقط برجوع الكفيل على المدين. أما رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء، فيكون أما بدعوى الحلول محل الدائن. أو بدعوى الاثراء بلاسبب طبقا للقواعد العامة.

٥٧ ـ تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم

إذا تعدد الكفلاء لنفس الدين وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فان الدين ينقسم عليهم، ولايكون أى منهم مسئولا فى مواجهة الدائن إلا بقدر نصيبه فقط، ولايضاف إلى هذا النصيب أى شىء آخر. وبصفة خاصة فاذا أعسر أحد هؤلاء الكفلاء فان الدائن هو الذى يتحمل حصة المعسر منهم ولا يتحملها بقية الكفلاء. وهذا هو نفس الحكم أيضا إذا كان تعدد الكفلاء قد تم بعقود متتالية وليس بعقد واحد. وقد سبق دراسة ذلك (١).

فاذا كان الدين منقسما بين الكفلاء أما لعدم تضامنهم، أو لاستقلال عقودهم، ووفى أحد هؤلاء بالقدر المسئول عنه، فانه لا يرجع بشىء على الكفلاء الآخرين، لأن كل منهم مسئول عن نصيبه فى المدين.

أما إذا وفى أحد الكفلاء بكل الدين فله أن يرجع على الكفلاء الآخرين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة، وفى حدود اثراء الكفيل الذى يرجع عليه، أى فى حدود حصة هذا الكفيل فى الدين، ولاتضاف اليها أية

(١) راجع ما سبق، فقرة ٣٣.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حصة أخرى بسبب إعسار أحد الكفلاء ، بل أن الكفيل الذى وفى هو الذى يتحمل تبعة هذا الاعسار .

وليس للكفيل الذى وفى كل الدين أن يرجع بدعوى الحلول محل الدائن ، لأنه لم يكن ملزما بالوفاء عن المدين فيما زاد عن الحصة التى التزم بها .

٥٨ ـ تعدد الكفلاء وتضامنهم :

إذا تعدد الكفلاء وكانوا متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين مضافا اليه نصيبه فى حصه المعسر منهم ، سواء رجع بدعوى الحلول أو بدعوى الاثراء .

ويعتبر هذا الحكم استثناءا على أحكام الحلول ، لأن المفروض أن الكفيل الذى حل محل الدائن يكون له حقه . ومن حق الدائن أن يرجع على أى كفيل متضامن بكل الدين . فكان ينبغى أن يكون للكفيل الذى حل محل الدائن أن يرجع أيضا على أى كفيل آخر بكل الدين . ومع ذلك فان الأخذ باحكام الحلول على هذا النحو من شأنه أن يؤدى إلى نتيجة غريبة ، وهى الدوران فى حلقة مفرغة . لأننا لو سمحنا للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول على كفيل آخر بكل الدين . فان هذا الكفيل المرجوع عليه سيحل هو بدوره محل الدائن ويجوز له أن يطالب أى كفيل آخر بكل الدين أيضا وأن يوجه مطالبته إلى الكفيل الذى رجع عليه من قبل .

ولذلك قرر المشرع فى المادة ٧٩ أنه « إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم » .

وهذا النص يردد نفس الحكم الذى قرره المشرع بالنسبة لرجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض ، فى المادة ٢٩٧ / ١ ، وهى تنص على أنه « إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن » . وهـذا الحكم يتفادى أيضا الحلقة المفرغة التى يؤدى إليهـا منطق الحلول إذا طبق بحـرفيته فى رجوع المـــدينين المتضامنين بعضهم على بعض .

أما إذا رجع الـكفيل على غيره من الكفلاء المتضامنين بدعوى الاثراء ، فانه لا يرجع أيضا إلا بقدر حصة الكفيل الذى يرجع عليه ، ونصيبه فى حصة المعسر منهم، لأنه بهذا القدر فقط يتحدد اثراء أى كفيل متضامن نتيجة للوفاء الذى يقوم به واحد منهم .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

موضوعات كتاب عقد الكفالة

ص

مقـدمـة

١- الوظيفة الأساسية للتأمينات ! ١
٢-التأمينات والائتمان ٤
٣- تطور نظم التأمينات ٦
٤- الأنواع المختلفة للتأمينات فى القانون المصرى ٩

عقـد الكفالـة

٥- تعريف الكفالة ١٧
٦- (أ) الكفالة عقد ضمان شخصى ١٩
٧- (ب) الكفالة عقد تابع ٢٠
٨- (جـ) الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ٢١
٩- (د) الكفالة عقد من عقود التبرع ٢٣
١٠- (هـ) الكفالة عقد رضائى ٢٤
١١- التمييز بين الكفالة وغيرها من العقود ٢٥
١٢- (أ) الكفالة المدنية والكفالة التجارية ٢٧
١٣- (ب) الكفالة القانونية والقضائية والاتفاقية ٢٩

الفصل الأول
انعقاد الكفالة
المبحث الأول
الرضا

١٤- لا يشترط رضاء المدين ٣٤
١٥- الأهلية ٣٤
١٦- التعبير عن الإرادة ٣٥
١٧- عيوب الإرادة ٣٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثانى
المحل
المطلب الأول
شروط الدين المكفول

١٨- يشترط أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً ٣٩
١٩- كفالة التزام ناقص الأهلية ٤٠
٢٠- تعميم حكم كفالة ناقص الأهلية على صور البطلان النسبى الأخرى ٤٤
٢١- كفالة الالتزام المستقبل ٤٥
٢٢- كفالة الالتزام الشرطى ٤٧
٢٣- كفالة الالتزام الطبيعى ٤٩

المطلب الثانى
تعيين التزام الكفيل

٢٤- الكفالة المطلقة ٥٠
٢٥- الكفالة المحددة ٥٣
٢٦- إثبات الكفالة ٥٦

الفصل الثانى
آثار الكفالة
المبحث الأول
العلاقة ما بين الدائن والكفيل
المطلب الأول
رجوع الدائن على الكفيل

٢٧- (١) حلول أجل دين الكفيل ٦٠
٢٨- (٢) عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين ٦٢
٢٩- (٣) الدفع بالتجريد ٦٧
٣٠- (أ) شروط التمسك بالدفع بالتجريد ٦٨
٣١- (ب) آثار الدفع بالتجريد ٧٥

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣٢- (جـ) التنفيذ أولا على المال المثقل بتأمين عينى ضمانا لنفس الدين ٧٨
٣٣- تقسيم الدين بين الكفلاء (الدفع بالتقسيم) ٨٢
٣٤- وفاء الكفيل للدائن ٨٥

المطلب الثانى

براءة ذمة الكفيل فى مواجهة الدائن

٣٥- براءة ذمة الكفيل لأسباب راجعة إلى فكرة التبعية ٨٧
٣٦- الأسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل
(أ) إضاعة التأمينات بخطأ الدائن ٨٩
٣٧- شروط براءة ذمة الكفيل ٩١
٣٨- أثر إضاعة التأمينات ٩٥
٣٩- (ب) عدم اتخاذ الدائن الإجراءات فى مواجهة المدين بعد انذار الكفيل له بضرورة اتخاذها ٩٦
٤٠- (جـ) عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين ٩٨
٤١- براءة ذمة الكفيل تبعا لانقضاء التزام المدين (الوفاء) ١٠٠
٤٢- الوفاء بمقابل ١٠٢
٤٣- التجديد والإنابة ١٠٥
٤٤- المقاصة ١٠٦
٤٥- اتحاد الذمة ١٠٦
٤٦- الابراء ١٠٧
٤٧- التقادم ١٠٨
٤٨- استحالة التنفيذ ١٠٨

المبحث الثانى

٤٩- العلاقة ما بين الكفيل والمدين ١١٠

المطلب الأول

الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) ١١٢
٥٠- أساس الرجوع بالدعوى الشخصية ١١٢

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٥١- شروط الرجوع بدعوى الكفالة ١١٤
٥٢- موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية ١١٧

المطلب الثانى
دعوى الحلول

٥٣- مقارنة بين شروط دعوى الحلول وشروط الدعوى الشخصية ١١٩
٥٤- موضوع الرجوع بدعوى الحلول ١٢١

المطلب الثالث
تعدد المدينين

٥٥- تعدد المدينين مع عدم تضامنهم ١٢٣
٥٦- تعدد المدينين وتضامنهم ١٢٤

المبحث الثالث
العلاقات ما بين الكفيل وغيره من الكفلاء

٥٧- تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم ١٢٧
٥٨- تعدد الكفلاء وتضامنهم ١٢٨

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

القسم الثاني

التأمينات العينية

الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

تمهيد

واجه المشرع عند وضع النصوص الخاصة بالتأمينات العينية ، مشكلة تتعلق بالصياغة القانونية . والسبب فى ذلك هو تعدد أنواع التأمينات من ناحية (الرهن الرسمى ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازى ، حقوق الامتياز) ، وخضوعها من ناحية أخرى لفكرة واحدة هى فكرة الرهن بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح ، أى تخصيص مال لضمان الوفاء بدين الدائن .

وبين وحدة الفكرة وتعدد الأنواع ، كان من الممكن صياغة الأحكام العامة للتأمينات العينية فى باب أول ، ثم صياغة القواعد الخاصة بكل نوع منها فى باب ثان .

ولكن المشرع اتبع طريقة أخرى أفرد فيها باباً خاصاً لكل نوع من هذه التأمينات ، حتى ليبدو كل منها قائماً بذاته مستقلا عن غيره . ومع ذلك فمن خلال الصياغة المستقلة لأنواع التأمينات المختلفة ، جاءت النصوص معبرة عن ترابط هذه الأنواع باعتبارها تطبيقاً لفكرة واحدة . وقد تحقق هذا بالنص على الأحكام المشتركة للتأمينات العينية فى باب الرهن الرسمى ، ثم الإحالة إلى هذه الأحكام فى الأبواب الأخرى .

وقد تابع الفقه فى مصر ، الصياغة القانونية التى اختارها المشرع بافراد باب مستقل لكل نوع من التأمينات المختلفة ، وذلك باستثناء محاولة فردية جادة لوضع نظرية عامة للتأمينات العينية تبرز فيها وحدة الفكرة رغم تعدد الأنواع . وهذه المحاولة وإن كانت جديرة بالتقدير إلا أنها ليست جديرة بالاتباع . لأنه لا فضل لهذه الطريقة على الأخرى ، فإذا بدأنا بالنظرية العامة ، لا بد أن نراعى اختلاف التطبيقات ، وإذا بدأنا باختلاف الأحكام فلا بد من الوصول إلى الأحكام المشتركة .

وطالما أنه لا تفاضل بين الوسيلتين ، فالأجدر اتباع الصياغة التى اختارها

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المشرع ، ليس التزاماً من الفقه بتقسيمات التشريع ، ولكن تفادياً لاختلافات لا مبرر لها .

ولهذا سنتابع فى هذا الكتاب خطة المشرع بافراد باب مستقل لكل نوع من التأمينات العينية ، على أن يلاحظ أن الأحكام الواردة فى باب الرهن الرسمى ، تشمل الأحكام الخاصة بالرهن الرسمى وكذلك الأحكام المشتركة للتأمينات العينية الأخرى ؛ مع الاحالة فى شأن الأحكام المشتركة إلى باب الرهن الرسمى ، دون حاجة إلى تكرار هذه الأحكام فى كل باب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مقدمة

١ – الوظيفة الأساسية للتأمينات :

تهدف التأمينات بأنواعها المختلفة إلى ضمان الوفاء بالإلتزامات. والقانون فى مجموعه يعمل على ضمان الحقوق لأصحابها، حتى جاز تعريف القانون بأنه إعطاء كل ذى حق حقه (١) .

فإذا كان الحق من الحقوق الشخصية أو الإلتزامات، كان على المدين أن يستجيب إلى عنصر المديونية فى إلتزامه ، فيؤدى للدائن حقه طوعا وإختياراً . فإذا نكل عن هذا إستطاع الدائن أن يحرك عنصر المسئولية فى الإلتزام باللجوء إلى السلطات العامة التى تنصره على المدين فى صورة التنفيذ الجبرى على أمواله . (٢) وهذا ماقرره المشرع فى المادة ١٩٩/١ من القانون المدنى بقوله « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » .

وإتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى على أموال المدين يحكمه قاعدة عامة هى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وأن الدائنين متساوون فى هذا الضمان . وهذا مايعبر عنه بفكرة الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه . ومعنى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، أن الدائن يستطيع وقت التنفيذ أن يتخير ماشاء من أموال المدين للتنفيذ عليها بحقه . والمقصود بهذا أموال المدين الموجودة فى ذمته وقت التنفيذ .

فإذا كان المدين قد سبق له التصرف فى بعض ماله قبل إتخاذ الدائن إجراءاته ، فلا يحق

---

(١) ULPIEN, Dig , 1, 1, 10, 1; INST., 1, 1,3.

(٢) أنظر فى تحليل الالتزام الى عنصرى المديونية والمسئولية .

Fopa, Les notions de «debitum» (Schuld) et «obligatio» (Haftung) et leur application en droit français moderne, Paris, 1935 ; MAILLET, la théorie de Schuld et Haftung en droit romain, thèse, Aix – en – Provence, 1944 ; Comparato, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Paris, Dalloz, 1964.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للدائن أن يتتبع هذا المال فى يد من إنتقل إليه . فالضمان العام ينبسط على كل أموال المدين الحاضرة فى ذمته وقت التنفيذ الا أنه يقصر عن تتبع أموال المدين الأخرى التى خرجت من ذمته قبل هذ الوقت .

ومعنى أن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان ،أن أحدهم لا يفضل الآخر . إذا لم تكن أموال المدين كافية لوفاء حقوقهم جميعا فيقتسمون ما فى ذمته قسمه غرماء ،كل بحسب قيمة دينه .فالضمان العام يتنافى مع أفضلية دائن على غيره من الدائنين (١) .

وعلى هذا رغم الحماية الايجابية التى تحققها فكرة الضمان العام للدائنين فى مجموعهم إلا أنها بالنسبة لدائن بمفرده تنطوى على سلبيه ظاهرة ، فلاحق لهذا الدائن فى التتبع، ولاحق له فى الأفضلية .

وقد نص المشرع فى القانون المدنى على الضمان العام فى المادة ٢٣٤ التى تقرر أن « (١) أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . (٢) وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون . » والعبارة الأخيرة من هذا النص تشير إلى إحتمال خروج أحد الدائنين على هذه القاعدة .

والدائن الحريص لا يقنع فى الواقع بهذه الحماية السلبية، التى يحققها له الضمان العام، والاعرض نفسه لخطر مزدوج. فمن ناحية قد يعمد المدين إلى التصرف فى أمواله بنقل ملكيتها إلى شخص آخر ، فاذا جاء وقت التنفيذ ، لم يجد الدائن لدى مدينه شيئا يستوفى منه حقه ، وعجز فى نفس الوقت عن تتبع المال الذى خرج من ذمته فى مواجهة المتصرف إليه . ومن ناحية أخرى قد يعمد المدين إلى زيادة التزاماته، فإذا جاء وقت التنفيذ ، ظهر دائنون آخرون لا يستطيع الدائن أن يدعى أفضلية عليهم ، حتى ولو كان حقه قد نشأ قبل حقوقهم ، فلا أفضلية لدائن على غيره بحسب تاريخ نشأة دينه . (٢)

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، ج ١ ، ١٩٦٦ ، ص ٨٣٨ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى ، ١٩٥٩ ، ص ٢٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينيه ، ١٩٦٣ ، ص ٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهكذا فالدائن يجد نفسه مجرداً من الحق فى تتبع المال الخارج من ذمة المدين ، ومن الأفضلية على الدائنين الطارئين بعد نشأة حقه ، فيتحمل لهذا السبب نتيجة إعسار المدين ، أى عدم قدرته على الوفاء بكل ديونه . الدائن الذى يعتمد على الضمان العام وحده يتعرض إذن لخطر إعسار المدين . ومثل هذا الدائن يسمى الدائن العادى ، أى الذى لايتمتع بضمان خاص يميزه على غيره .

وبطبيعة الحال فإن القانون لم يترك الدائن العادى عرضة لهوى المدين أوغشه ، بل حاول أن يحقق له أكبر قدر من الحماية فى الحدود التى تسمح بها فكرة الضمان العام . وخصص لهذا الغرض فصلا خاصاً من باب آثار الالتزام ، تحت عنوان « مايكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل حماية » .

فأجاز للدائن أن يستعمل حقوق مدينه . إذا أهمل هذا الأخير فى إستعمالها مما ترتب عليه إعساره أو الزيادة فى اعساره (م ٢٣٥ ومابعدها) .

وأجاز للدائن أن يطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى « البولسية » وأن يتمسك بعدم نفاذها فى مواجهته ، إذا إنطوت هذه التصرفات على غش من المدين (م ٣٢٧ ومابعدها) .

وللدائن أيضا أن يطعن فى تصرفات مدينه بالصورية ، وأن يتمسك بالعقد الحقيق ، إذا كان هذا من مصلحته (م ٢٤٤ ومابعدها) .

بل وخطا المشرع خطوة أبعد من هذا بتقرير نظام الإعسار المدنى (م ٢٤٩ ومابعدها) ، وهو نظام لايؤدى إلى التصفية الجماعية لأموال المدين ، ولا يمنع الاجراءات الفردية فى مواجهته كما هو الشأن فى الإفلاس التجارى ، إلا أنه يحقق للدائنين حماية عدم نفاذ أى تصرف أو وفاء يقوم به المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . (١)

ولايخفى أن فى الإلتجاء إلى هذه الوسائل عناء للدائن ، كما أن الفائدة منها لا

---

(١) أنظر فى شرح النظم القانونية المختلفة التى تكفل حقوق الدائنين فى التنفيذ ، اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٦ طبعة جديدة ١٩٦٤ ، ص ١٧٣ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تعود عليه وحده ؛ بل على الدائنين جميعا طبقا لفكرة الضمان العام ، التى وضعت هذه النظم لتحقيقها على أكمل وجه .

وهكذا يظل الدائن العادى مهدداً بخطر إعسار المدين ، وكثيرا مايحدث هذا الإعسار دون إهمال المدين أو غشه . ولهذا كان لابد من الالتجاء لنظم قانونية تحمى الدائن من هذا الخطر وتحقق له إستيفاء حقه فى جميع الأحوال. وهذاماتقوم به التأمينات بأنواعها المختلفة .

٢ – التأمينات والائتمان :

الفكرة فى التأمينات أن يحصل الدائن على ضمان خاص يكفل له الوفاء بحقه رغم إعسار المدين . ويتحقق هذا إذا تقدم شخص آخر بجانب المدين يضمن للدائن أن يوفيه حقه إذا عجز مدينه عن الوفاء ، ويكون التأمين فى هذه الحالة شخصياً.

ويتحقق الضمان كذلك إذا خصص مال مملوك للمدين أو لغيره للوفاء بدين الدائن، فيستوفى الدائن حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين ، ويتتبعه فى أى يد يكون . والتأمين فى هذه الحالة يرد على مال معين فهو تأمين عينى (١) .

والتأمينات على هذا النحو تحقق للدائن فائدة كبيرة هى ضمان حقه قبل مدينه، إلا أنها تحقق فى الوقت نفسه ، وللسبب ذاته فائده كبيره للمدين ،هى ثقة الدائن فيه . وبغير هذه الثقة لايحصل المدين على إئتمان من أحد . (٢)

والإئتمان له أهميه خطيرة فى سير الحياة الإقتصادية للأفراد والجماعات على السواء . فقلما يعتمد التمويل الإقتصادى لمشروع ما على القدره الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع . بل الغالب أن يتم التمويل عن طريق إئتمان من الغير (٣) .

---

(١) Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, rev. crit. législ. et jurispr. 1931, P. 539 et s.

(٢) شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات ، ص ٣٣ ، بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ ، فقرة ٢ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ فقرة ٥١ .

(٣) أنظر فى أهمية الائتمان فى النظم الرأسمالية والاشتراكية على السواء ، زكريا أحمد نصر ، النقد والائتمان فى الرأسمالية والاشتراكية ، ١٩٦٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويتحقق هذا بالنسبة لأصغر المشروعات وأكثرها بدائية ، إلى أكبرها وأعظمها تقدما. فالفلاح البسيط مثلا ينفق على الأرض التى يزرعها فترة طويلة نسبيا قبل أن يجنى ثمارها ، وإلى أن يجىء هذا الوقت فهو يحتاج إلى تمويل لزراعته ،لايملك هو وسائله فى أغلب الأحيان .

ويتحقق نفس الشىء تماماً مع أكبر المشروعات الصناعية ، كمصنع ينتج الطائرات مثلا ، ويحتاج إلى مئات الملايين من الجنيهات لتمويل عملياته ،مما يتخطى بكثير رأس ماله ،فيلجأ إلى الحصول على إئتمان الغير ، كبنوك الائتمان ، أو إكتتاب الأفراد فى سندات تصدر باسمه . (١)

فالنشاط الإقتصادى يقوم فى مجموعه على ترقب المستقبل . وصاحب المشروع الإقتصادى هو الشخص الذى يأمل أن يحقق إنتاجاً فى المستقبل . ولايتحقق هذا الإنتاج بغير تمويل . فإذا لجأ إلى شخص آخر يطلب منه مساعدته فى هذا التمويل بإعطائه قيمة إقتصادية يستخدمها الآن على أن يردها له فى المستقبل عندما يتحقق إنتاج المشروع ، فهذا طلب لإئتمان الغير .ولايعطى أحد إئتمانه بغير ضمان كاف ، فإذا إستطاع طالب الإئتمان أن يقدم لمن يعطيه إياه الضمان الكافى ، تحققت مصلحة الطرفين ، بما يحقق نشاط الحياة الإقتصادية فى المجتمع أيضا .

ومشكلتى التمويل والإئتمان تعرضان فى كل المجتمعات عـــلى إختلاف نظمها الاقتصادية (٢). فالمشروع العام وشبه العام يعرف كلاهما التمويل والإئتمان كما يعرفهما المشروع الخاص أيضا .

ونظم التأمينات هى التى تبعث الثقة على منح الإئتمان تمويلا لمشروعات الغير . وتتوقف هذه الثقة على الدقة التى تراعيها المحاكم فى تطبيق نظم التأمينات المختلفة .

---

(١) سمير تناغو ، التأمينات العينيه على الطائرات ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثانى ، السنة السابعة ، يوليو ١٩٦٥ ، ص ٢٠٥ ومابعدها .

(٢) ريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، ١٩٥٨ ، فقرة ٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣ - تطور نظم التأمينات :

عرف القانون الرومانى التأمينات الشخصية قبل التأمينات العينية . وكانت الإجراءات القضائية منذ المراحل الأولى للقانون الرومانى تقتضى تقديم كفلاء على أنواع مختلفة . وخارج الإجراءات القضائية ظهرت الحاجة إلى الكفلاء لضمان الوفاء بدين من تعوزه الحاجه إلى إئتمان الغير ، والكفاله تتحقق إذا تقدم شخص آخر غير المدين يضمن للدائن الوفاء بالدين (١) .

وكانت طبيعه المجتمع القديم تسمح بهذا النوع من التأمينات . فأفراد الأسره الواحدة يبادر كل منهم إلى كفالة غيره إذا إحتاج إلى كفالة ، والرئيس السياسى يبادر أيضا إلى كفاله الأشخاص المقيمين فى دائرته الإنتخابية ، إلى غير هذا من صور التضامن بين الأفراد فى هذه المجتمعات (٢)

وكان مركز الكفيل على شيء من الغرابة . فالمفروض أنه غير مدين أصلا بالدين ومع ذلك فكان موقفة أسوأ من موقف المدين الأصلى . فالدائن لم يكن له حق التنفيذ الجبرى على المدين الأصلى . فإذا لم يقم المدين بوفاء دينه إختياراً عجز الدائن عن أية وسيلة فى مواجهته . إلا أنه كان يستطيع أن يتخذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة الكفيل .

وفى تطور لاحق أصبح مركز الكفيل كمركز المدين الأصلى ، فكان الدائن يستطيع إتخاذ إجراءات التنفيذ سواء فى مواجهة المدين الأصلى أو الكفيل . وكان هذا الأخير بمثابه مدين متضامن إلى جانب المدين .

ولم تتحقق إلا فى وقت متأخر وفى عهد جستنيان ، فكرة تبعيه التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلى ، ففى هذا الوقت لم يكن للدائن أن ينفذ على الكفيل قبل أن

---

(١) P. Girard, Manuel de droit romain, 3 e ed. 1901, P. 743 et s.

(٢) كانت الكفالة فى بداية التطور عقدا شكليا قاصراً على ضمان الالتزامات الناشئة عن عقود شكليه أيضا Giffard, 3e éd t. 2, P 336

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ينفذ على المدين طبقا لمبدأ الدفع بالتجريد الذى ظهر فى هذا الوقت (١) ،

وإذا رجعنا مرة أخرى إلى بداية التطور فى القانون الرومانى ، وجدنا أن مركز الكفيل كان سيئا بسبب إمكان التنفيذ على شخص المدين (٢) . وعلى هذا كان الكفيل يتعرض لأن يقتل أو يباع عبداً فى الأسواق إذا لم يقم المدين بالوفاء ، وكان الكفيل نفسه معسراً . إلا أن هذا الخطر الشديد كان يمنع أى شخص غير متأكد من يسارة من كفالة شخص آخر . وبهذا كانت الكفالة وسيلة فعالة لضمان الوفاء بالديون .

وعلى هذا عندما ظهرت فكرة التبعية للكفاله فى آخر تطور القانون الرومانى، وامتنع التنفيذ على الشخص ذاته ، لم تعد الكفالة تحقق نفس الضمان الأكيد .

أما التأمينات العينية وتتمثل فى تخصيص مال لضمان الوفاء بالدين بتقرير حق للدائن على هذا المال ، فقد ظهرت فى وقت متأخر ، عندما أمكن التمييز بين الشىء والحق الوارد عليه ، وكذلك بين الأنواع المختلفة للحقوق .

وكانت الصوره الأولى التى ظهرت للتأمينات العينية تتمثل فى نقل ملكية الشىء محل التأمين إلى الدائن الذى يلتزم بإعادة نقل الملكية مرة أخرى للمدين إذا قام بوفاء الدين . ولا يخفى مافى هذا النوع من التأمين من ضرر للمدين إذ يجرده من ملكه فى الحال . (٣) وبعد هذه الصورة ظهرت صورة أخرى أكثر تطوراً بمقتضاها يحتفظ المدين بملكية الشىء الذى يتقرر عليه التأمين ،وينقل فقط حيازته للدائن ، الذى يلتزم بردها للمدين مره أخرى عند الوفاء بالدين . وهذه الصورة

---

(١) والقوانين التى أدت إلى تحسن موقف الكفيل ترجع الى القرنين الخامس والسادس ، وهى قوانين Furia, Ciceria, Appuleia, Publilia أنظر ، جيفار ،المرجع السابق ص ٣٣٤ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤.

(٣) التأمين العينى الذى كان يترتب عليه نقل الملكية للدائن يسمى فى القانون الرومانى ، La Fiducie . أنظر جيفار ، المرجع السابق ج ٢ ، ص ٣٥٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تسبب ضرراً أيضا المدين الذى يفقد حيازة مايملكه (١) .

وكان التطور الأخير فى هذا الشأن إمكان احتفاظ المدين بحيازة الشيء محل التأمين ، مع تقرير حق رهن للدائن عليه . وهذه الصورة تحتاج إلى الدقة فى التفكير القانونى ، حتى يمكن تصور احتفاظ المدين بحيازة الشيء المرهون ، مع إعتبار هذا الشيء فى نفس الوقت ضماناً لدين الدائن (٢) .

ويحتاج هذا أيضاً إلى وضع نظام دقيق من العلانية حتى تتحقق حماية الغير ، وحماية الدائن ذاته . وهذا الرهن يصعب تصوره بالنسبة لغير العقارات التى يمكن بشأنها شهر التصرفات الواردة عليها (٣) .

والقانون المقارن الحديث لازال يعرف كل هذه الصور : الكفالة والتأمين العينى بنقل الملكية ، أو نقل الحيازة فقط ، أو دون نقل الملكية أو الحيازة .

إلا أنه مما يجدر ذكره أن الكفالة وهى تتفق أكثر مع مجتمعات بدائية يسود التضامن بين أفرادها ، عادت أهميتها من جديد عن طريق الكفالة التى تمنحها البنوك لعملائها ، وأصبحت بهذا مرة أخرى من أهم وسائل التأمينات الحديثة (٤).

---

(١) التأمين العينى الذى يترتب عليه نقل الحيازة فقط يسمى فى القانون الرومانى Pignus وهو مايطبق عليه اسم gage فى القانون الفرنسى . أنظر جيفار ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٥٤ .

(٢) والتأمين العينى بدون نقل حيازه هو مايطلق عليه اسم Hypothèque وهو حسب تعريف جستينيان، الشيء الملزم بدين بمجرد اتفاق ودون نقل حيازة، (النظم ٤، ٦، ٧).

(٣) يلاحظ أن من الممكن اتخاذ اجراءات الشهر بالنسبة للحقوق الواردة على المنقولات التى تسمح طبيعتها بذلك . وهى التى لاتختلط بغيرها ولايسهل اخفاؤها ، كالسفن والطائرات والسيارات . وبالنسبة لهذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة يمكن ترتيب تأمين عينى عليها دون نقل حيازه . راجع ، على البارودى ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مجلة الحقوق ، ١٩٦٢ ، ص ٣١ ومابعدها .

(٤) ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكذلك فإن الرهن دون نقل حيازة أمكن تحقيقه بالنسبة لبعض المنقولات التى يسهل شهر التصرفات الواردة عليها كالسفن والطائرات . . . الخ ويمكن أن يلحق هذا التطور الكثير من المنقولات الأخرى (١) .

وفى العصر الحديث زادت أهمية الرهن الوارد على منقول ، لزيادة الأهمية الاقتصادية للمنقولات ، ومن هذا رهن الديون .

٤ - الأنواع المختلفة للتأمينات فى القانون المصرى :

هناك نوعان رئيسيان للتأمينات : التأمينات الشخصية ، والتأمينات العينية . والتأمينات الشخصية ، أو الكفالة الشخصية (٢) ، تتمثل فى إنضمام شخص إلى المدين ، هو الكفيل ، يتعهد للدائن بأن يفى بالتزام المدين إذا أعسر هذا الأخير .

والكفيل لا يخصص أى مال خاص من أمواله لضمان الدين . ولكنه يضع ذمته إلى جانب ذمة المدين . فبعد أن كان للدائن ضمان عام على أموال المدين ، يصبح له ضمان عام أيضاً على أموال الكفيل . فالعملية تتلخص إذن فى تعدد الضمان العام للدائن .

وهذا التعدد يعطى فرصة أكبر للدائن فى استيفاء حقه . ومع ذلك فلا زال الدائن مهدداً بمخاطر الضمان العام من إعسار المدين والكفيل أيضاً . ولهذا فمن المعتقد أن التأمينات الشخصية لاتعطى للدائن ضماناً أكيداً فى استيفاء حقه (٣) . وهذا لا يصدق بالطبع إذا كان الكفيل شخصاً موسراً كبنك مثلا . وكفالة البنوك من أهم صور الكفالة فى العصر الحديث .

---

(١) سمير تناغو ، التأمينات العينيه على الطائرات ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

(٢) الكفالة هى التطبيق النموذجى للتأمين الشخصى . ويلاحظ أن التضامن بين المدنيين يؤدى إلى زيادة ضمان الدائن ولكن لايعتبر تأمينا شخصيا لأن كل مدين متضامن مسئول بصفة شخصية عن الدين فى مجموعه .

(٣) من الأقوال المأثورة عن الفقيه الفرنسى Loysel أن الرهن يوفى الدين ، أما الكفالة فهى مناسبه لمنازعتين أو دعويين ، مشار اليه فى ريبير وبولانجيه ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والكفالة الشخصية تتم بعقد رضائى بين الدائن والكفيل ، وقد نظم المشرع هذا العقد فى الباب الخامس من الكتاب الثانى للقانون المدنى ، المخصص للعقود المسماه فى المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١ .

أما التأمينات العينية ، أو الحقوق العينية التبعية ، فقد تناولها المشرع فى الكتاب الرابع من القانون المدنى فى المواد من ١٠٣٠ إلى ١١٤٩ .

والتأمينات العينية على اختلاف أنواعها هى رهن بالمعنى الواسع لهذا الإصطلاح . والرهن هو حق عينى مقرر للدائن على شىء مملوك للمدين أو لغيره يكون له بمقتضاه أن يستوفى دينه من ثمن هذا الشىء مفضلا على غيره من الدائنين العاديين ، أو الدائنين المرتهنين التالين له فى المرتبة . فلكل دائن مرتهن مرتبة تحدد أسبقيته .

وصاحب الحق فى الرهن يتتبع الشىء المرهون فى أى يد يكون ، فإذا ما انتقلت ملكيته إلى شخص آخر ، كان الرهن نافذاً فى مواجهته . وورود حق الدائن على شىء معين بالذات يباشر عليه الحق فى الأفضلية ، والحق فى التتبع ، يعنى أن للدائن حقاً عينيا على هذا الشىء .

ويكاد يكون مسلماً به فى الفقه أن الرهن حق عينى ، رغم ما حاوله البعض من إنكار هذه الصفة ، على أساس تحديد ضيق لمضمون الحق العينى بحصر ذلك فى سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ولما كان الرهن لا يعطى هذه السلطات ، فلا يعتبر فى نظرهم حقاً عينياً (١) .

---

(١) من أنصار هذا الرأى فى فرنسا Marcadé مشار إليه فى أنسيكلو بيدى دالوز ، ج ٢ ص ٩٠٩ عدد ١٦ وكذلك :

Chauveau, classification nouvelle des droits réels et personnels, rev. crit. législ. et jurispr. 1931, P 539 et s.

ومن أنصار هذا الرأى فى الفقه المصرى الدكتور شفيق شحاته الذى يرى أن « الأصل فى الحق العينى أنه يجعل للشخص سلطة مباشرة على الشىء تمكنه من الاستئثار بمنافعه ، وليس فى أنواع الرهون أو التأمينات العينيه شىء من هذا كله » ، النظرية العامة للتأمين العينى ، ١٩٥٣ ، ص ١٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا يخفى ما فى هذا الرأى من تحكم ومصادرة على المطلوب ، إذ يبقى على أصحابه إثبات أن ما يخرج على هذه السلطات لا يعتبر حقاً عينياً وهو ما لم يفعلوه (١) .

والصحيح إذن متابعة الفقه المستقر فى تقسيم الحقوق إلى عينية أصلية وعينية تبعية . والأصلية هى حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها ، أما التبعية فهى **التأمينات العينية** (٢) .

وصفة التبعية التى تلحق التأمينات العينية تأتى من أن نظم التأمينات فى مجموعها نظم تابعة وظيفتها ضمان الوفاء بالتزام معين . فهى لا تقوم بذاتها ولكنها تستند دائماً إلى التزام تلحق به وتتبعه وتعمل على ضمان الوفاء به (٣) .

وأول الحقوق العينية التبعية هو الرهن الرسمى ، وقد تناوله المشرع فى الباب الأول من الكتاب الرابع ، فى المواد من ١٠٣٠ إلى ١٠٨٤ .

---

(١) يعتبر التأمين العينى حقاً عينياً فى نظر الفقه السائد على أساس ما يتضمنه من خاصتى التتبع والأفضلية . أنظر بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٢ فقرة ٣٢٨ ؛ بودان وفواران جـ ١٣ فقرة ٢٩١ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٢ ؛ شمس الدين الوكيل ص ٥٨ .

(٢) ومع ذلك فتنبغى ملاحظة أن الحقوق العينيه التبعيه لا تؤدى إلى تجزئه حق الملكية كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينيه الأصلية المتفرعة عن الملكية . ولذلك يصح القول أن التأمين العينى لا يرد على الشىء ذاته بقدر ما يرد على حق الملكية على الشىء ، فتظل سلطات الملكية كلها للمالك ومع ذلك فهى تصبح فى مجموعها مرهونه لضمان دين الدائن، أنظر فى هذا المعنى. أوبرى ورو الطبعة السادسة ، جـ٣ فقره ١٦٥ هامش ٤ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٢ ، الفقرتين ٣ ، ٣٢٨ ؛ ريبير وبولانجيه ، جـ ٢ ، الفقرتين ٣٥٨١ ، ٣٦٠١ ، جوسران ، جـ ٢ ، فقرة ١٨٦٧ .

(٣) ويترتب على فكرة التبعية أن التأمين لا ينشأ إلا إذا وجد التزام يضمنه . ولا يشترط أن يكون الالتزام حالا ، بل يكفى أن يكون شرطيا أو مؤجلا أو حتى احتماليا. وكذلك فان بطلان السبب المنشىء للالتزام يؤدى الى بطلان السبب المنشىء للتأمين . كما أن انقضاء الالتزام المضمون ، يؤدى إلى انقضاء التأمين الضامن له. وتظهر فكرة التبعية أيضا فى انتقال الالتزام وفى الحلول محل الدائن . وستظهر هذه التطبيقات وغيرها فى المكان الخاص بها من الدراسة . راجع أنسيكلوبيدى دالوز ، جـ ٢ ص ٩٠٩ فقرة ٢٠ وما بعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والرهن الرسمى ينشأ بمقتضى عقد بين الدائن والراهن ، وهو عقد من العقود الشكلية ، والشكل المطلوب هو الرسمية ، ولهذا سمى الرهن رسمياً .

والرهن الرسمى يرد بصفة أساسية على العقارات ، ولا يرد على المنقولات إلا بصفة استثنائية ، وتفسير هذا أن الرهن الرسمى لا يترتب عليه إنتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن ، بل يظل الراهن محتفظاً بحيازته والسيطرة عليه، والحق فى التصرف فيه . وحتى يمكن حماية حق الدائن المرتهن رغم هذا لا بد من إتخاذ إجراءات شهر معينة هى إجراءات القيد لإعلام كل شخص بوجود حق الدائن المرتهن على الشيء المملوك للراهن ، حتى يكون من يتعامل مع الراهن على بينة من الرهن فتتحقق مصلحة المرتهن والغير على السواء .

ونظراً لصعوبة إتخاذ إجراءات الشهر على غير العقارات ، كان الرهن الرسمى قاصراً على العقارات فقط ، لأن الصفة الأساسية التى تميزه هى أنه رهن دون نقل حيازة . ويصعب تصور هذا بالنسبة للمنقول حيث ترتبط الحقوق الواردة عليه بحيازته إلى درجه كبيرة .

ومع ذلك فالتطور يشهد بإمكان ترتيب حق على المنقول دون نقل حيازته ، وفى هذه الحالة يمكن اخضاع المنقول لنظام الرهن الرسمى (١) .

والنوع الثانى من التأمينات العينية هو حق الإختصاص ، وهو كالرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار ، ويجب شهره حتى ينفذ فى مواجهة الغير . إلا أنه يختلف عن الرهن الرسمى فى المصدر ، فهو لا ينشأ بمقتضى عقد ، ولكن بمقتضى حكم من القضاء . فلكل دائن بيده حكم واجب النفاذ ، صادر فى الموضوع ، أن يلجأ إلى القاضى طالباً توقيع إختصاص على عقار مملوك لمدينه لضمان الوفاء بالدين المحكوم به .

والنوع الثالث من التأمينات العينية هو الرهن الحيازى ، وعلى خلاف الرهن

---

(١) راجع مقالنا السابق الاشارة اليه عن « التأمينات العينيه على الطائرات » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الرسمى فهو يتميز بأن حيازة الشيء المرهون تنتقل من الراهن إلى الدائن المرتهن ولهذا السبب فهو قد يرد على عقار أو منقول على السواء .

والرهن الحيازى يتفق مع الرهن الرسمى فى أنه ينشأ بمقتضى عقد ، إلا أنه على خلاف الرهن الرسمى فهذا العقد رضائى لا يشترط بشأنه أى إجراء شكلى .

وهناك نوع رابع من التأمينات العينية هو الامتياز. وهو يختلف فى مصدره عن الرهن بنوعيه ، وعن الاختصاص ، فى أنه يتقرر بمقتضى القانون .

والإمتياز هو أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته .

وحق الإمتياز قد يكون عاماً يرد على كل أموال المدين من عقار ومنقول ، وقد يكون إمتيازاً خاصاً عقارياً يرد على عقار فقط ، أو إمتيازاً خاصاً منقولا يرد على منقول فقط .

والقانون هو الذى يحدد نوع الامتياز ويبين مرتبته. إلا أن حقوق الامتياز العقارية يجب بشأنها الشهر، وتتحدد مرتبتها بالأسبقية فى الشهر شأنها فى هذا شأن الرهن الرسمى والرهن الحيازى الوارد على عقار ، وكذلك الاختصاص .

وكذلك هناك شك حقيقى فى اعتبار الامتياز العام حقاً عينياً ، فهو لا يرد على شيء معين بالذات ، ولا يعطى للدائن الحق فى التتبع .

هذه هى التأمينات العينية ، تجمعها فكرة الرهن أو تخصيص مال لضمان الدين . وينشأ بعضها بعقد رسمى أو رضائى أو حكم من القاضى أو نص فى القانون . ويترتب على بعضها نقل حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن ، ولا يترتب هذا على البعض الآخر . ويجب بشأنها جميعاً إتخاذ إجراءات الشهر إذا كانت خاصة واردة على عقار . وتعطى كلها الحق فى الأفضلية ، وكذلك الحق فى التتبع كقاعدة عامة .

وسنتناول دراسة الرهن الرسمى ، والاختصاص والرهن الحيازى، والامتياز فى أبواب متتالية .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الأول

الرهن الرسمي

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الباب الاول
الرهن الرسمى

٥ - تعريف الرهن الرسمى :

نص المشرع فى الماده ١٠٣٠ على أن « الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والتالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » .

وقد أبرز المشرع فى هذا التعريف مصدر الرهن وهو العقد . وإصطلاح الرهن يطلق على العقد مصدر الحق ، ويطلق أيضا على الحق العينى الناشئ عن العقد.(١)

والعقد الرسمى للرهن ينشىء للدائن حقاً عينيا تبعيا على عقار مخصص لوفاء دينه. فمحل الرهن الرسمى هو عادة عقار ، إلا أن هذا لا يستبعد إمكان إخضاع بعض المنقولات التى يمكن شهر الحقوق الواردة عليها لنظام قريب الشبه بالرهن الرسمى.

وجوهر الرهن الرسمى هو حق الدائن المرتهن فى الأفضلية فى استيفاء دينه من قيمة العقار المرهون . والمقصود بالأفضلية ، حق الدائن فى التقدم على غيره من الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة ، إذا كانوا أصحاب حقوق مقيده مثله .فلكل دائن مرتهن أو صاحب حق عينى تبعى آخر مقيد على نفس العقار مرتبه تتحدد حسب تاريخ قيد الحق ، وعلى أساسها تتحدد أسبقيه كل منهم .

والدائن المرتهن يباشر حقه فى الأفضلية حتى ولو إنتقلت ملكية العقار إل شخص آخر ، ويعتبر التنفيذ فى مواجهة المتصرف إليه فى هذه الحالة تتبعاً للعقار المرهون، وهذا هو حق الدائن فى التتبع . إلا أن المقصود بالتتبع فى الواقع هو تحقيق

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى ، ج ٧ ، ص ١٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أفضليه الدائن المرتهن ، والأفضلية هى جوهر الحق ، والتتبع لايعدو أن يكون وسيلة يلجأ إليها الدائن فى بعض الأحيان .

ولهذا فمن غير المقبول الفصل بين الأفضلية والتتبع ، والقول كما فعلت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ، أن الدائن إذا استوفى حقه « فى مواجهة دائن آخر سمى هذا تقدماً ، وإن استوفاه فى مواجهة من إنتقلت ملكية العقار المرهون إليه سمى هذا تتبعا (١) » لأنه حتى فى هذا الفرض الأخير فإن المقصود بالتتبع ، هو مباشرة حق الدائن فى التقدم على الدائنين العاديين ، والتالين له فى المرتبة . ولهذا لاتصح المقابلة بين الأفضلية والتتبع على النحو الذى عبرت بهالمذكرة الإيضاحية.

والطريق العادى لاستيفاء الدائن حقه ، أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى على العقار المرهون، ببيعه بالمزاد العلنى ،واستيفاء حقه من ثمن البيع.إلا أنه قد يهلك العقار المرهون قبل بيعه بالمزاد العلنى. وفى هذه الحالة ينتقل حق الدائن المرتهن إلى القيمة المالية التى تحل محل العقار ، مبلغ تعويض أو تأمين ، أو مقابل نزع ملكيةالعقار للمنفعة العامة (م١٠٥٦) (٢) .

وحق الدائن على هذا النحو يرد على القيمة النقدية للعقار المنقول ، سواء تمثلت هذه القيمة فى ثمن بيع العقار المرهون بالمزاد العلنى ، أو غير هذا . ولهذا ينتقد البعض إقتصار المشرع فى تعريف الرهن على إعتبار حق الدائن فى إستيفاء حقه وارداً على « ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون » (٣) .

ويبدو لنا هذا النقدمبالغاًفيهلأن المشرع لم يحدد الثمن بأنه ثمن بيع العقار بالمزاد العلنى،ولكنأطلقإصطلاح الثمن ،وهو ما يرادف القيمة النقدية للعقار المرهون ،

---

(١) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ١٠ .

(٢) أنظر فى تفصيل هذه المسألة وتطورها ، منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العينى ، رساله ١٩٥٣ منشورة فى ١٩٥٦ ، ص ٢١٣ ومابعدها .

(٣) منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينيه ص ١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

سواء كان ثمن بيع بالمزاد العلنى أو غير ذلك . وقد أفصح المشرع عن قصده فى هذا النص الذى ورد به تعريف الرهن (م ١٠٥٦) .

وعلى هذا فالرهن الرسمى هو حق عينى تبعى ينشأ بمقتضى عقد رسمى ويتقرر ضمانا لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لهذا العقار مفضلا على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له فى المرتبة ، وأن يتتبع العقار فى أى يد يكون .

وسنتناول فى فصول متتاليه ، إنشاء الرهن الرسمى ، ثم آثاره ، ثم إنقضائه .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الأول

انشاء الرهن الرسمى

ينشأ الرهن الرسمى بمقتضى عقد شكلى ، هو عقد الرهن الرسمى . ولابد لانعقاد هذا العقد من توافر الشروط الشكلية لإبرام عقد رسمى ، وكذلك توافر الشروط الموضوعية المقررة فى القواعد العامة لإبرام العقود ، وكذلك المقررة بصفة خاصة بشأن الرهن الرسمى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الأول

الشروط الشكلية لإنشاء الرهن الرسمى

٦ - الرسمية :

عقد الرهن الرسمى من العقود الشكلية ، فيلزم لإنعقاده مراعاة شكل خاص هو الرسمية فى العقود ، ومن هنا جاءت تسمية الرهن بأنه رسمى .

وعقد الرهن الرسمى من العقود النادرة التى يتطلب القانون لإبرامها مراعاة شكل خاص (١) . إذ أن الأصل فى إنعقاد العقود فى القوانين الحديثة ، ومنها القانون المصرى،هو الرضائية ، أى أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون مراعاة أى شكل خاص لهذا التعبير ؛ وكان الأمر على خلاف ذلك فى القوانين القديمة (٢) ، حيث كان الشكل يطغى على الإرادة . فلا ينعقد العقد إلا إذا تم فى شكل معين وأفرغ فى عبارات معينة(٣) .

ولهذا فمن الصحيح ما يراه البعض من أن الرسمية فى عقدالرهن أثر تخلف عن القوانين القديمة (٤) .

وهو أثر تخلف على وجه التحديد من القانون الفرنسى القديم حيث كان كل عقد رسمى يرتب رهناً ، فلما بطلت هذه القاعدة ، وأصبح لا بد من إتفاق خاص حتى ينشأ الرهن ، ظل المشرع الفرنسى مع ذلك متأثراً بهذا التلازم بين الرهن

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، ص ٣٥ .

(٢) من أهم مميزات القانون الرومانى الشكلية فى انعقاد العقود ، على الأقل فى المراحل الأولى لتطور هذا القانون . جيفار . المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ١٧ وملبعدها .

(٣) وكانت العبارات الخاصةهى موضع الاعتبار فى التعاقد دون اعتدادعلى الاطلاق بالارادة الحقيقية للمتعاقدين . أنظر ، جيفار ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠ .

(٤) بودان وفواران ، المرجع السابق ، ج ١٤ فقرة ٧٨٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والرسمية فقرر فى قانون نابليون أن الرهن الاتفاقى لا ينشأ إلا بعقد رسمى (١) (م ٢١٢٧).

وهذه هى نفس القاعدة التى قررها المشرع المصرى فى المادة ١٠٣١/١ بقوله « لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية » .

وإذا عرفنا الأصل التاريخى لاشتراط الشكلية فى الرهن ، فليس لهذا الأصل من أهمية فى تقرير الحكم على قيمة الرسمية ذاتها . فتطور النظام العقدى نحو الرضائية ، لا يعنى أنه تطور حتمى ، ولا أنه مطلق لا يقبل الاستثناء .

ووجود نظام فى القوانين القديمة لا يعنى أن هذا النظام أصبح بالياً لا يتفق مع القوانين الحديثة ؛ فالقانون الحديث فى تطوره لا يقطع صلته بالماضى أبداً .

ولهذا ينبغى الحكم على الرسمية فى الرهن حسب الوظيفة التى تقوم بها فى الوقت الحاضر ، ودون نظر إلى وضعها التاريخى (٢) .

ولا زالت الرسمية فى القوانين الحديثة تحقق أكثر من فائدة .

فهى مقررة فى مصلحة الراهن لتنبيهه إلى خطورة التصرف الذى يقدم عليه . وإشتراط شكل خاص وإجراءات خاصة من شأنه أن يدفع الراهن إلى التدبر قبل أن يبرم عقد الرهن .

وليس صحيحاً أن تعقد المقارنة بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى فيقال أن المشرع لا يشترط الرسمية فى الرهن الحيازى ، مع أن له نفس خطورة الرهن

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٤٦ .

(٢) نحن لسنا من أنصار المذاهب التاريخية سواء فى الفلسفة بصفة عامة أو فلسفة القانون بصفة خاصة . وهى المذاهب التى تحاول اكتشاف قوانين معينة فى حركة التاريخ تكشف عن معنى معين لتطوره ، فتل هذه المحاولة تنم عن نظرة جامدة لحوادث الحياة التى تسير فى اتجاهات لا يمكن توقعها مقدماً . أنظر فى هذا المعنى :

G. Gurvitch, Dialectique et sociologie, Paris, 1962.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الرسمى . ذلك أنه فى الرهن الحيازى ينقل الراهن حيازة العقار إلى المرتهن وفى هذا تنبيه كاف له إلى خطورة تصرفه ، أما فى الرهن الرسمى فيظل الراهن محتفظاً بالسيطرة على العقار المرهون مما قد يوحى له بأنه لم يفقد شيئاً بالرهن (١) .

وليس صحيحاً ما يقال فى مقارنة الرهن الرسمى بالبيع ، من أن المشرع لم يشترط الرسمية فى البيع رغم أنه تصرف أشد خطورة من الرهن ، إذ بمقتضاه تنتقل الملكية من البائع للمشترى(٢) ، لأن فى إنتقال الملكية وحده ما ينبه البائع إلى خطورة تصرفه ، أما الراهن فإنه يحتفظ بالملكية ، وهو غالباً ما يعتقد أنه سيوفى الدين فى أجله فلا شىء يهدد ملكيته ، ثم يخيب تقديره بعد ذلك .

والرسمية تحقق فائدة للدائن المرتهن ، لأنها تزوده منذ إبرام العقد بسند تنفيذى يغنيه عن إجراءات التقاضى إذا امتنع المدين الراهن عن الوفاء بدينه عند حلول الأجل . وهذه فائدة عملية لا سبيل إلى إنكارها (٣) .

والرسمية تحقق فائدة للرهن ذاته ، وللائتمان العقارى بصفة عامة ، لأنها تضمن إلى حد كبير أن يراعى فى إبرام العقد الشروط اللازمة لصحته من شروط الأهلية ، وملكية الراهن ، وتخصيص الرهن (٤) .

ومع ذلك فيلاحظ أنه قد يتأخر التخصيص عن إبرام العقد ذاته ، ولهذا إشترط المشرع أن يتم التخصيص فى هذه الحالة بورقة رسمية أيضاً (م ١٠٣٥/٢) .

---

(١) نقل الحيازة ليس ركنا فى عقد الرهن الحيازى ، ولكنه الأثر المباشر لهذا العقد ، ويكفى أن يعلم الراهن بهذا الأثر وقت ابرام العقد حتى يتبين خطورته . فى هذا المعنى ، منصور مصطفى منصور ، ص ٦٧ .

(٢) يرى البعض فى هذا مايدعو للدهشة ويكشف عن تناقض فى التشريع ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٤٦ .

(٣) بودان وفواران ، ج ١٤ فقرة ٧٨٩ .

(٤) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٧٨٩ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٤٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهـذه الفائدة تظهر بوضوح أكثر فى القانون الفرنسى عنه فى القانون المصرى . لأن الموثق فى القانون الفرنسى عليه واجب مهنى وعقدى أحياناً ، أن يرشد المتعاقدين إلى ما ينبغى إتباعه من إجراءات ، وإلى القيمة الحقيقية للرهن ، وهل هناك حقوق أخرى تثقل العقار المزمع رهنه . . . الخ . والموثق إذ يقصر فى هذا الواجب فهو يتحمل مسئولية قبل المضرور من المتعاقدين. وهذه المسئولية تؤدى إلى الغاية منهـا بحصول المضرور على تعويض من الموثق نظراً لوجود صندوق للموثقين تستوفى منه هـذه التعويضات . ولهذا يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن فى هذا وحده ما يبرر الإبقاء على ضرورة تدخل الموثق لإبرام عقد الرهن (١) .

فالرسمية تحقق إذن فائدة للراهن وللمرتهن وللرهن ذاته ، ولهذا لا نرى وجهاً لإعتراض البعض عليها فى القانون المصرى .

٧ - المقصود بالرسمية :

لم يشترط المشرع فى المادة ١/١٠٣١ أن يتم الرهن فى عقد رسمى ، بل فى ورقة رسمية ، وهذه أعم من العقد . والورقة الرسمية حسب تعريف القانون المدنى فى المادة ١/٣٩٠ هى « التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه » .

ومع ذلك فهناك إجماع فى الفقه على أنه ليست كل ورقة رسمية تصلح لإبرام الرهن ، فالاتفاق على الرهن الثابت فى محضر أمام القضاء لا يكفى لإنشاء الرهن الرسمى (٢) . بل لا بد أن يتم الرهن فى عقد رسمى ، وهو عقـد يتم بمكتب

---

(١) مازو ، دروس فى القانون المدنى ، جـ ٣ ، ص ٢٣٢ ؛ بودان وفواران ، جـ ١٤ ، فقرة ٧٩٢ ومابعدها .

(٢) أوبرى ورو ، جـ ٣ ، ص ٣٨١ بلانيول وريبير وبيـكيه ، جـ ١٢ ص ٤٨٦ ؛ مازو ، جـ ٣ ، ص ٣٢٧ ؛ شفيق شحاته ، ص ٤٨ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ١٧١ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٦٤ ؛ أحمد سلامه ، ص ٢١٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التوثيق طبقاً للإجراءات التى نص عليها قانون التوثيق (القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧). ولعله مما يؤيد هذا الرأى من نصوص التشريع ذاته ، أن المشرع إستعمل لفظ العقد فى اشتراطه فى المادة ١/١٠٣٥ أن يرد تخصيص الرهن « إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا » .

والمشرع يشترط الرسمية فى عقد الرهن نفسه ، وليس فى عقد الدين المضمون بالرهن ، ذلك أن الدين ينشأ بصفه مستقله عن الرهن ، ومن المتصور ألا يكون مصدره عقديا على الإطلاق . كأن يكون ناشئا عن عمل غير مشروع .

وإذا كان مصدره العقد فالغالب أن يكون عقد قرض وأن ينشأ الدين فى نفس الوقت الذى ينشأ الرهن الضامن له ، إلا أنه لامانع أن ينشأ الدين قبل الرهن، أو ينشأ مستقلا عنه ، ولا يشترط لنشأته على أى حال افراغه فى عقد رسمى .

وهناك إتجاه غالب فى الفقه الفرنسى(١)، يؤيده جانب من الفقه المصرى(٢) أيضا ، يذهب إلى أن الرسميه تشترط من جانب الراهن فقط . فهو وحده الذى يجب أن يعبر عن إرادته أمام الموثق فى ورقه سميه . فمن ناحيه لايشترط أن يتم التعبير عن إرادة كل من طرفى العقد فى نفس المكان وفى نفس الشكل ، ومن ناحيه أخرى فان المقصود من إشتراط الرسمية فى الأصل هو حماية إراده الراهن ، ولهذا فهو وحده الذى يجب أن يعبر عن إرادته بإنشاء الرهن فى الشكل الرسمى .

أما الدائن المرتهن فلأن الرهن مقرر لمصلحته فهو يستطيع أن يقبله فى أى شكل ، ولايشترط أن يكون هذا الشكل رسميا . بل لايشترط أن يكون صريحا ، فقد يكون ضمنيا يستفاد من قيامه بقيد الرهن .

---

(١) وهو اتجاه غالب فى القضاء الفرنسى أيضا . أنظر ، بودن وفواران ، ج ١٤ ، ص ٢٠٠ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، ص ٣٨١ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ص ٤٨٩؛ مازو ، ج ٣ ، ص ٢٢٨ .

(٢) محمد على أمام ، ص ٢٧٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٣٠٠؛ سليمان مرقص ص ٨ ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فهـذا الرأى لايمكن التسليم به ، وبصفة عامة يصعب تصور عقد « نصف » رسمى كما يعبر البعض ، وإذا أمكن تصوره فهو لايـكون رسميا بالمعنى الكامل ، على عكس ماإشترط المشرع من أن يـكون العقدرسميا. فضلا عن أنه ليس صحيحا أن الرسمية قد تقررت حماية للراهن فقط ولمصلحته ، فقد رأينا أنها تحقق فائدةللمرتهن أيضا ، وللرهن ذاته . ولذلك لابد حتى ينشأ العقد أن تراعى الرسمية من ناحية الراهن والمرتهن جميعا (١) .

٨ - التوكيل فى الرهن :

كما تجوز الوكالة فى التصرفات بصفة عامه ، فهى جائزة فى الرهن أيضا . غاية الأمر أن الوكاله فى الرهن تقتضى تخصيصا لهذا النوع من التصرفات ، فالوكاله الواردة فى الفاظ عامة لاتعطى للوكيل سلطة إبرام الرهن . وهذا ماعبر عنه المشرع فى المادة ١/٧٠٢ من القانون المدنى بقولة « لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات . . . »

ويـكفى أن يصدر التوكيل بالرهن دون تعيين العقار محل الرهن عـلى وجه التخصيص ، وهذا مانص عليه المشرع فى المادة ٢/٧٠٢ بقوله « والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل عـلى وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » . فإذا صدر التوكيل بالرهن بصفة عامة ، فان الوكيل يستطيع أن يرهن أيا من عقارات الراهن إذا كان وكيلا ومع ذلك فإن التخصيص واجب المراعاة فى عقد الرهن ذاته الذى يبرمه الوكيل .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ١٧١ .والرسمية ترتبط فى نظر الدكتور شمس الدين الوكيل بمبـدأ تخصيص الرهن فيجب « أن يتم رضاء الدائن والراهن معاً فى ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن الالتزام المضمون والعقار المرهون ، وذلك حتى يكتسب هـذا الرضاء الحجية التى تكفل تفادى ماقد يثور من منازعات احتمالية » .

ومن أنصار اشتراط الرسمية بالنسبة لرضاء الراهن والمرتهن معاً،الدكتور شفيق شحاته، المرجع السابق ، ص ٥٣ . أما الدكتور منصور مصطفى منصور فهو يعرض للرأيين دون الترجيح بينهما . المرجع السابق ، ص ٦٧ — ٦٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا كان المشرع يشترط الرسمية فى عقد الرهن ذاته ، فان الرسمية واجبة الإتباع أيضا فى عقد الوكالة . وهذا مانص عليه المشرع فى المادة ٧٠٠ « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . وعلى هذا فالتوكيل فى الرهن لاينشأ الا إذا أفرغ فى الشكل الرسمى .

والحكمة من ذلك أن الأصيل لايعبر عن إرادته إلا مرة واحدة عند إبرام عقد الوكالة ، ولهذا فمن المعقول أن يتطلب القانون أن يكون التعبير عن إرادة الأصيل فى عقد الوكالة فى نفس الشكل المطلوب لإبرام العقد الذى سيعقده الوكيل والذى ستضاف آثاره إلى الأصيل (١) . وهنا أيضا تثور المشكلة التى ثارت من قبل فى معرفة ماإذا كانت الرسمية تشترط من جانب الراهن وحده أو من جانب الراهن والمرتهن معاً . فأصحاب الرأى الأول يرون أيضا أن الوكاله فى الرهن ينبغى أن تكون رسمية إذا صدرت من جانب الراهن فقط ، أما إذا صدرت من جانب المرتهن فلا يشترط فيها أى شكل خاص (٢) .

أما أصحاب الرأى الثانى فيرون أن الوكاله فى الرهن لاتنشأ صحيحة سواء من جانب الراهن ، أو من جانب المرتهن ، لا إذا أفرغت فى الشكل الرسمى . وكما ذكرنا من قبل فان الرأى الثانى هو الجدير بالتأييد (٣) .

٩ – الوعد بالرهن :

إذا إشترط القانون لإبرام عقد من العقود مراعاة شكل خاص ، فإن هذاالشكل تجب مراعاته أيضا فى الوعد بابرام هذا العقد . والحكمة من ذلك أنه إذا لم يتم الوعد فى نفس الشكل الذى يشترطه المشرع لتمام التصرف ذاته ، سيؤدى هذا

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ،فقرة ٤٥٢ ؛ بودان وفواران ج ١٤ ، فقرة ٧٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٥٢ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٧٩٩ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٧١ .

(٣) والرأى الجدير بالتأييد فى نظرنا ، غير سائد مع ذلك فى الفقه الفرنسى أو المصرى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلى إمكان التهرب من شرط الشكل، إذ يكفى إبرام وعد لا يراعى فيه الشكل المطلوب ، ثم تصطنع بعد ذلك خصومه تعرض أمام القضاء. فإذا حكم القاضى بصحه عقد الوعد، قام الحكم مقام العقد دون أن تكون إجراءات الشكل قد روعيت فى هذا العقد (١) .

ولذلك نص المشرع فى المادة ١٠١/٢ على أنه « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يضمن الوعد بابرام هذا العقد . »

وفى تفسير هـذا النص تقرر المذكرة الإيضاحية أنه « إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين فنى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق نفسه . ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الافلات من قيد الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هـذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد إتفاق تمهيدى أو وعـد بإتمام هذا العقد، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمـام التعاقد بينهما وبذلك يتاح لهما أن يصلا بطريق غـير مباشر إلى عـدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها . » (٢) .

وعلى هـذا فالوعد بإنشاء رهن رسمى لا ينعقد إلا إذا أفرغ هو نفسه فى الشكل الرسمى .

وبالرغم من أن القانون الفرنسى يأخـذ بنفس الأصل المقرر فى القانون المصرى من أن الوعد بإبرام عقد ينبغى أن يتم فى نفس الشكل الذى يتطلبه القانون فى العقد الموعود بإبرامه ، إلا أن القضاء الفرنسى طبق هذا الأصل على الوعـد بالرهن بحيث إذا تم وعد بالرهن ولم تراعى فيه الرسمية فان هـذا العقد لا يظل

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، بند ١٣٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٧٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عديم الأثر ، لأن الموعود له يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ليجبر الواعد على الوفاء بوعده .

ولكن لأن الوعد لم يتم فى الشكل الرسمى فان المحكمة لا تصدر حكماً بصحة الوعد يقوم مقام العقد ، ولكنها تجبر الواعد بشكل غير مباشر ، كأن تحكم عليه بدفع تعويض للموعود له وتزود هذا الحكم برهن قضائى وهو نظام لا يعرفه القانون المصرى (١) .

أما الفقه المصرى فهو ينقسم بين رأيين على خلاف يسير فى التفصيلات داخل كل منهما . الأول يرى أن الوعد الذى لم يراعى فيه الشكل المطلوب فى العقد المراد إبرامه يبطل بطلاناً مطلقاً ولا ينتج أى أثر ، ويبقى هناك مجال للدائن أن يحصل على حكم بالدين وعلى حق إختصاص ، غير أن الاختصاص حق متميز عن الرهن (٢) .

إلا أن الرأى الغالب وهو الذى تؤيده هو ما ذهبت إليه المذكرة الايضاحية من أن « الوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى، إذ لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (٣). وهذا الرأى قريب من إتجاه القضاء الفرنسى .

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ص ٣٨٤ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، ص ٤٩٤ ؛ مازو ، ج ٣ ، ص ٢٣١ .

(٢) شفيق شحاته ، ص ٥٦ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٧٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ٧٥ . والدكتور السنهورى يثير فى هذا الصدد نظرية تحول العقد فيقرر ، « يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمى غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاما شخصيا فى ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما إذا تم الوعد بالرهن فى الشكل الرسمى ، وتوافرت فيه جميع الشروط التى تطلبها المشرع من تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها (م ١٠١) ، نشأ فى ذمة الواعد التزام بإتمام عقد الرهن الرسمى ، فإذا نكل وقاضاه الموعود له ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد (م ١٠٢) .

١٠ - إبرام عقد الرهن فى الخارج :

إذا أريد إبرام عقد رهن رسمى فى الخارج على عقار موجود فى مصر ، فان القنصل المصرى فى البلد المراد إبرام العقد به يقوم بدور الموثق فى هذا الشأن .

ومع ذلك فإن البحث يثور لمعرفة ما إذا كان من الجائز أن يتم العقد فى الخارج طبقا للإجراءات وأمام سلطات البلد المراد ابرام العقد فيه تطبيقا لنص المادة ٢٠ من القانون المدنى التى تقرر أن « العقود مابين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ... »

وفى فرنسا إستثنى القانون المدنى الرهن من هذه القاعدة وقرر فى الماده ٢١٢٨ عدم إمكان انشاء الرهن الرسمى فى الخارج حسب الشكل الموجود فى بلد ابرامه مالم توجد معاهدات أو تشريعات سياسية تقضى بغير ذلك.

فالمشرع الفرنسى غلب قانون العقار على قانون بلد ابرام العقد . وخص الموثق الفرنسى باحتكار انشاء الرهن الرسمى على عقارات موجودة فى فرنسا (١) .

=الا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص يؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض » . (الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٣٥) .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٥٦ ومابعدها؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٧٩٦ ومابعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

والفقه الفرنسي ينتقد هذه القاعدة لأنها تعطل ابرام عقود الرهن وتضطر صاحب الشأن اذا كان يقيم فى الخارج أن يحضر بنفسه إلى فرنسا لإبرام الرهن، خاصة وأن القنصل فى الخارج لا يختص بتوثيق عقد أحد طرفية غير فرنسى(١). ولهذا فان المشرع الفرنسى أو رد بعض الإستثناءات من هذه القاعدة دون أن يقضى عليها (٢).

أما فى مصر فيمكن مع عدم وجود نص مقابل للمادة ٢١٢٨ فرنسى القول بأن ابرام عقد الرهن فى الخارج يمكن أن يتم طبقا لقانون البلد المراد ابرامه فيه حسب القاعدة العامة المقرره فى المادة ٢٠ مدنى. الا أن هناك اتجاه يعتمد على تفرقة أقامتها المذكرة الإيضاحية بين عناصر الشكل الخارجية، وهذه هى وحدها التى يمكن أن تخضع لقانون بلد ابرام العقد، أما « الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسميه فى الرهن التأمينى (الرسمى) فلا يسرى عليها الا القانون الذى يرجع اليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع». (٣) فاذا كان العقار موجوداً فى مصر فان القانون الذى يحكمه من حيث الموضوع هو القانون المصرى، ولذلك فطبقا لهذا الرأى فان القانون المصرى هو الواجب اتباعة أيضا من حيث الشكل.

ويلاحظ أن المقصود باخضاع العناصر الجوهرية للشكل للقانون الذى يحكم الموضوع، هو القول بأن مسألة لزوم أو عدم لزوم شكل معين لانشاء التصرف من المسائل الموضوعية التى لا تخضع لقانون الشكل. ومع ذلك فان الرأى الراجح فى الفقه أن مسألة لزوم أو عدم لزوم شكل معين من المسائل المتعلقة بالشكل أيضا وتخضع لذلك للقانون الذى يحكم الشكل على خلاف ما تراه المذكرة الايضاحية (٤). وطبقا لهـــذا الرأى الذى نؤيده، فان الرسمية فى الرهن من الممكن أن تتم

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه، ج ١٢، فقرة ٤٥٩.

(٢) هذه الاستثناءات خاصة ببعض البلاد التى سمحت المعاهدات المعقودة بينها وبين فرنسا بأن يقوم الموثقون فيها بتوثيق عقد رهن على عقارات موجودة فى فرنسا، وهـذه البلاد هى ايطاليا وسويسرا وبلجيكا. بودان وفواران، ج ١٤، فقرة ٧٩٨.

(٣) الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١، ٢٦٦.

(٤) منصور مصطفى منصور، تنازع القوانين، ١٩٥٦، ص ١٧٧ والمراجع المشار اليها.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أمام موثق أجنبي فى بلد ابرام العقد طبقا لقاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرفات.

١١ — الجزاء على تخلف الرسمية :

إذا لم يعقد الرهن فى الشكل الرسمى وقع باطلا بطلاناً مطلقاً باعتباره رهنا . وهو لايتحول إلى وعد بتقديم رهن رسمى لأن الوعد بالرهن ينبغى أن يتوافر فيه الشكل الرسمى أيضا .

ومع ذلك فقد يمكن تطبيق نظرية إنتقاص العقد التى أخذ بها المشرع فى المادة ١٤٣ من القانون المدنى ومقتضاها أن العقد إذا كان باطلا فى شق منه ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، الا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا فيبطل العقد كله . وعلى هذا إذا كان العقد يتضمن الإتفاق على إعطاء قرض ، وعلى إنشاء رهن لضمان هذا القرض ، فان العقد يبطل باعتباره رهنا ويبقى صحيحا بالنسبة للقرض حيث لايشترط فى إبرامه أى شكل خاص ، الا إذا تبين أن القرض ما كان ينشأ بغير الرهن الضامن له ، ففى هذه الحالة يبطل العقد كله .

وكذلك فان الرهن الباطل لتخلف الرسمية يمكن أن يتحول طبقا لنظرية تحول العقد الباطل (١٤٤ مدنى) ، لا الى وعد بإنشاء رهن رسمى ، فهذا الوعد يجب كما ذكرنا أن ينشأ هو فى الشكل الرسمى ، ولكن الى اتفاق منشىء لإلتزام بتقديم رهن رسمى . وهذا الإتفاق وأن كان لايعتبر رهنا ، أو وعداً بالرهن ، ومن ثم لايمكن أن يقوم حكم القاضى بشأنه مقام الرهن ، إلا أنه يصلح سندا للمطالبة بالتعويض وبسقوط أجل الدين . وهذا هو نفس الحل الذى أخذنا به بصدد الوعد بالرهن الذى لاينشأ فى الشكل الرسمى (١) .

ويلاحظ أن صورة الإتفاق على إنشاء رهن دون مراعاة الشكل ليست نادرة، فقد يتفق فى عقد انشاء الدين — وهذا لايشترط فيه أى شرط شكلى — على تعهد المدين بتقديم رهن رسمى. مثل هذا الاتفاق لايعتبر رهنا بطبيعة الحال ولا وعداً

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ فقرة ١٣٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

بالرهن توافرت فيه شروط الشكل ، الا أنه يعتبر وعداً فى حكم المادة ٣/٢٧٣ التى تقرره بسقوط حق المدين فى الأجل ... (٣) اذا لم يقدم للدائن ماوعد فى العقد بتقديمه من التأمينات» .

« العقد الذى تتكلم عنه المادة والذى يرد فيه الوعد لايكون رسميا فى أغلب الأحوال . بل أنه لو كان رسميا ماكانت هناك حاجة الى تقرير سقوط الأجل . لأن الدائن كان يستطيع أن يلجأ بمقتضاه الى القضاء، فيقوم حكم القاضى مقام الرهن. ولهذا تنبغى التفرقة بين وعد بإنشاء رهن يراعى فيه شرط الشكل . وهذا الوعد يمكن بمقتضاه أن يقوم حكم القاضى مقام الرهن ، وبين وعد آخر لايراعى فيه شرط الشكل أولاتحددفيه مدة،أولا يردفيه تخصيص ولايمكن أن يقوم حكم القاضى بشأنه مقام الرهن ، ومع ذلك فهو لايظل عديم الأثر اذ ينشأ عن الإخلال به حق الدائن فى التعويض ، وفى طلب سقوط الأجل طبقا لنص المادة ٣/٢٧٣ .

١٢ — نفقات عقد الرهن :

وضع المشرع قاعدة مكملة بمقتضاها يتحمل الراهن نفقات عقد الرهن ، كتلك اللازمة لاستخراج الشهادات العقارية ، وأتعاب المحامى ، ورسوم التوثيق . وهذا مايقرره المشرع فى المادة ٢/١٠٣١ « ونفقات العقد على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك » .

وهذه القاعدة تطابق مايجرى عليه العمل فعلا من تحمل الراهن بنفقات الرهن، فهو صاحب مصلحة فى إتمام الرهن الذى بغيره ما كان المرتهن يقبل اعطاءه قرضا. ومع ذلك فلا مانع من الإتفاق على خلاف هذا . وسنرى أن الراهن هو الذى يتحمل أيضا نفقات القيد وتجديده ونحوه (م ١٠٥٥) .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثانى

الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمى

ينشأ الرهن الرسمى بمقتضى عقد تراعى فى إبرامه ، الشروط المقرره فى القواعد العامة بشأن الرضا والمحل والسبب . وأطراف العقد هما الدائن المرتهن والراهن . وهذا الأخير قد يكون هو المدين وهو الأمر الغالب ، وقد يكون شخصا آخر غير المدين ، يرهن ماله لضمان الوفاء بدين غيره ، ويسمى فى هذه الحالة الكفيل العينى . وقد نص المشرع على هذا فى المادة ١/١٠٣٢ بقوله « يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين » وتسرى على الكفيل العينى أحكام الرهن والكفالة معاً .

وبجانب مراعاه القواعد العامة فى إنشاء الرهن الرسمى ، فقد إختص المشرع ، الرهن الرسمى بقواعد موضوعية خاصة ، فاشترط من ناحية تخصيص الرهن ، ومن ناحيه أخرى أهليه الراهن للتصرف وملكيته للعقار المرهون .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المطلب الأول

تخصيص الرهن

قاعدة تخصيص الرهن من وجوه تنطبق على العقار المرهون، وعلى الدين المضمون بالرهن.

§ ١ – العقار المرهون

لا يرد الرهن الرسمى إلا على عقار، وينبغى أن يكون هذا العقار معيناً تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، ويجب أن يكون هذا العقار حاضراً فلا يجوز رهن المال المستقبل. ويمتد الرهن بحكم القانون إلى ملحقات العقار المرهون. ونتناول هذه المسائل فيما يلى.

١٢ – لا يرد الرهن إلا على عقار:

أهم خصائص الرهن الرسمى بمقارنته بغيره من نظم التأمينات العينية أنه لا ينقل حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن. فيظل الراهن حائزاً للشيء مسيطراً عليه قادراً على التصرف فيه بنقل ملكيته إلى شخص آخر.

وهذه السلطات لا تؤثر فى حق المرتهن رغم عدم حيازته للشيء لأن حقه مشهر ونافذ فى مواجهة الكافة.

والواقع أنه لا يمكن وضع نظام للرهن دون نقل حيازة إلا إذا أمكن شهر الحقوق الواردة على الشيء وتنظيم نفاذ بعضها بالنسبة للبعض الآخر على أساس قواعد الشهر. وهذا هو الوضع بالنسبة للعقار. فقواعد الشهر هى التى تحكم الإعتراف بالحقوق الواردة عليه.

أما المنقول فمن الصعب شهر الحقوق التى تترتب عليه. ولهذا أخضع القانون، المنقول لقاعدة أخرى غير قاعدة الشهر، هى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز. فأساس الإعتراف بالحق على المنقول هو الحيازة، وليس الشهر.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومن هنا يصعب تصور إخضاع المنقول لنظام رهن لايعتد أصلا بالحيازة . فلو جاز رهن المنقول مع إحتفاظ الراهن بحيازته لتعرض حق الدائن المرتهن لخطر حقيقى ، إذ يستطيع الراهن إخفاء المنقول أو نقل حيازته والتصرف فيه إلى شخص آخر حسن النية لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه فى الرهن فى مواجهته. (١)

فالمنقول الذى يقوم الإعتراف بالحق فيه على أساس الحيازة لا يمكن رهنه رهنا لإعتداد فيه بالحيازة .

إلا أن نفس الفكرة توحى بأنه يمكن فى بعض الحالات الإستثنائية إخضاع المنقول للرهن الرسمى ، إذا أمكن فى نفس الوقت تنظيم الحقوق الواردة عليه ، على أساس الشهر وليس الحيازة .

وقد أمكن بالفعل شهر الحقوق الواردة على بعض المنقولات ، وبالتالى أمكن رهنها رهناً رسمياً دون نقل حيازة . من هذا إخضاع السفن للرهن الرسمى طبقا للقانون رقم ٣٥ لسنه ١٩٥١ ، وكذلك إخضاع المحل التجارى للرهن الرسمى طبقا للقانون رقم ١١ لسنه ١٩٤٠ . ومن هذا أيضا ما نصت عليه إتفاقية جنيف لسنة ١٩٤٨ بشأن الرهن الرسمى على الطائرات (٢) .

والواقع أن قائمة المنقولات التى يمكن إخضاع الحقوق الواردة عليها لقاعدة الشهر ، وليس الحيازة يمكن أن تمتد إلى الكثير من المنقولات . متى أمكن تصور وجود كيان ذاتى للمنقول ، ووجود علامة مميزة له . يمكن على أساسها شهر الحقوق الواردة عليه (٣) . ولهذا يمكن القول أنه يوجد تطور حقيقى الآن نحو

---

(١) بودان وفوارات ، ج ١٣ ، فقرة ٣٢٧ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٢٥٣ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٦٧١ .

(٢) وهذه المنقولات يطلق عليها الدكتور على البارودى « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » ، بحث فى مجلة الحقوق ، ١٩٦٢ ، ص ٣١ — ١٣٦ .

(٣) المشكلة فى حقيقتها هى مشكلة ivdividualisation للمنقول ، (أنسكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩١١ ، فقرة ٧٣) ؛ سمير تناغو ، التأمينات العينية على الطائرات ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إمكان رهن المنقول دون نقل حيازته (١) . إلا أن القاعدة العامة لازالت هى أن العقار وحده هو الذى يمكن رهنه رهنا رسميا دون نقل حيازة .

وقد نص المشرع على مبدأ ورود الرهن الرسمى على عقار . وعلى إمكان الإستثناء على هذا المبدأ فى المادة ١٠٣٥/١ بقوله « لايجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

١٤ – تعيين العقار تعيينا دقيقا :

تنص المادة ١٠٣٥/٢ على أنه « يجب أن يكون العقار المرهون . . . معينا بالذات تعيينا دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا » .

وهذا نص يقرر فى عبارات واضحة مبدأ تخصيص الرهن بالنظر إلى العقار المرهون . والمقصود بتخصيص الرهن أن يتقرر الحق على عقار بالذات ، وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلة . فالرهن فى صورته الحديثة هو رهن خاص ، وليس رهنا عاماً . ومبدأ تخصيص الرهن المقصود به القضاء على فكرة الرهن العام الذى يرد على كل أموال المدين دون تخصيص .

والرهن العام له أضرار كثيرة بمصلحة الأطراف الخاصة ، وبالمصلحة العامة . فالمدين الذى يرهن كل أمواله ضماناً للوفاء بدين للدائن يستنفد فى تصرف واحد كل ما يمكن الحصول عليه من إئتمان ، وتتعطل كذلك سلطته فى التصرف فى أمواله ، لأن الفرض أنها جميعاً مرهونة ، ومن الصعب التصرف فى مال مرهون .

---

(١) رهن المنقول دون نقل حيازة رغم صفته الاستثنائية ، يعتبر أحد علامات التطور فى نظم التأمينات فى القانون الحديث . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ فقرة ٢٥٣ ومابعدها ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٣٣٠ ومابعدها ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٦٦٢ ومابعدها ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٦٧٣ ؛ روبلو ، التأمينات على المنقول دون نقل حيازته ، الهراسات المهداة إلى جورج ريبير ، ١٩٥٠ ، ص ٣٦٢) ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ١٢٤٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويترتب على هذا مساس بفكرة الائتمان فى المجتمع ، وتعطيل للتصرفات الواردة على عقارات ، وفى هذا ضرر للمصلحة العامة لا شك فيه (١) .

والواقع أن المدين الذى يلجأ إلى الرهن العام ، يخضع فى الغالب لضغط حاجته إلى الائتمان ، وإلى مبالغة الدائن الذى يستغل فيه هذه الحاجة .

والذى يحاربه المشرع هو الرهن العام دون تخصيص ، ولا يمنع هذا المدين من رهن كل أمواله مع تخصيص كل منها . فيذكر فى عقد الرهن كل عقار يرهنه بالذات ، ولو أدى ذلك بالنظر إلى مجموع العقارات المرهونة إلى رهن أموال المدين كلها . ففى التخصيص حتى فى هذه الصورة الأخيرة تنبيه للمدين لحقيقة التصرف المقدم عليه ، بخلاف ما إذا ورد الرهن العام فى مجرد عبارة بمقتضاها يرهن المدين كل أمواله (٢) .

وتعيين العقار المرهون ينبغى أن يكون دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، فيذكر ما إذا كان قطعة أرض أو منزل ، وإسم البلدة التى يوجد بها، واسم الحوض إذا كانت قطعة أرض زراعية ، وحدودها . . . الخ. وكذلك إسم الشارع إذا كان المرهون منزلا ، ورقمه وحدوده . . الخ .

وإذا أغفل أحد البيانات ، ولم يمنع هذا من إعتبار العقار معيناً تعييناً دقيقاً ، فلا يترتب على هذا الإغفال أى أثر . إذ الفكرة هى تعيين العقار بما ينفى عنه الجهالة (٣) .

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٦ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٢٧ ؛ بودان وفواران، ج١٤ فقرة٨٠٧، ريبير وبولانجيه ، ج٢، فقرة٣٦٩٤؛ جوسران ج ٢ ، فقرة ١٦٨١؛ كولان وكاپيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٦١ ومابعدها؛ شمس الدين الوكيل، ص ١٥٩ ، منصور مصطفى منصور ، ص ٢٧ .

(٢) بودرى لاكنتيرى ، ج ٢ ، فقرة ١٣٨٠ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٢٨ ، ريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، فقرة ٣٦٩٨ .

(٣) يلاحظ أن القضاء فى فرنسا يبدى بعض التساهل فى مسألة تعيين العقار تعيينا دقيقا، على خلاف الفقه الفرنسى الذى يتشدد فى هذا الشأن . أنظر فى عرض الخلاف والأحكام العديدة المشار اليها ، انسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٥٣ ، فقرة ١٠٦ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما إذا لم يراعى شرط تعيين العقار ، بأن كان الرهن عاماً ، أو لم يعين العقار تعييناً يمنع الجهالة فيه ، كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً كما يستفاد من نص المادة ٢/١٠٣٥ .

إلا أنه تبدو لنا ضرورة التفرقة بين ما إذا جاء الرهن عاماً ، بأن رهن المدين كل أمواله دون أى تخصيص ، فى هذه الحالة يقع الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً ، ولا يجوز تصحيحه ، ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه (١) .

أما إذا جاء الرهن خاصاً ، ومع ذلك لم يعين العقار المرهون تعييناً يمنع الجهالة فيه ، فإن هذا الرهن يمكن تصحيحه ، عن طريق تعيين العقار تعييناً دقيقاً فى عقد رسمى لاحق . وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٠٣٥ . وإمكان تصحيح الرهن على هذا النحو يصعب معه إعتبارة باطلاً بطلاناً مطلقاً .

والخلاصة أن القضاء على عادة الرهن العام ، عن طريق تقرير مبدأ تخصيص الرهن ، لا يتحقق إلا إذا عين العقار المرهون فى عقد الرهن تعييناً دقيقاً يمنع الجهالة فيه . ويترتب على مبدأ تخصيص الرهن ، مبدأ آخر هو بطلان رهن المال المستقبل .

١٥ - بطلان رهن المال المستقبل :

رأى المشرع تأكيداً لمبدأ تخصيص الرهن ، الذى يحققه إشتراط تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً ، أن ينص على قاعدة أخرى هى قاعدة بطلان رهن المال المستقبل بصفة عامة . فقد نص فى المادة ٢/١٠٣٣ على أنه « يقع باطلا رهن المال المستقبل » .

ولم يكن هناك ما يدعو إلى وضع هذه القاعدة ، لأن نطاق تطبيقها يختلط فى معظم الحالات مع نطاق تطبيق قواعد أخرى منصوص عليها فى القانون ،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٣١ ؛ ريبير وبولانجيه ، ج ٢ ، فقرة ٢٦٩٧ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٦٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولهذا فلا تعطى هذه القاعدة جديداً فى هذا الشأن . وفى الأحوال التى تستقل هذه القاعدة بنطاق خاص لا تختلط فيه بغيرها تبدو معيبة لأنها تؤدى إلى نتائج لم تكن فى قصد المشرع ، وهو نفسه خرج على هذه النتائج بنصوص صريحة .

وإذا رجعنا إلى القانون الفرنسى وهو الأصل التاريخى لهذه القاعدة ، نجد أن قاعدة بطلان رهن المال المستقبل تحقق عدة أهداف . أولها وضع حد لعادة الرهن العام ، وصورته أن يرهن المدين كل أمواله الحاضرة والمستقبلة ضماناً للوفاء بالدين ، ولهذا كان لا بد من النص على بطلان رهن المال المستقبل حتى يبطل الرهن العام فى صورته المذكورة .

وكذلك فإن بطلان رهن المال المستقبل يمنع رهن ملك الغير ، وهو باطل بطلاناً مطلقاً فى القانون الفرنسى . لأن المال المستقبل هو مستقبل بالنسبة للراهن فقط ولكنه حاضر غالباً فى ذمة شخص آخر ، أى مملوك لشخص آخر ، وعلى هذا فبطلان رهن المال المستقبل يؤدى إلى بطلان رهن ملك الغير .

وأيضاً فإن المال المستقبل هو فى الغالب تركة يأمل الراهن أن تؤول إليه مستقبلا ، فبطلان رهن المال المستقبل يحول دون التصرف فى تركة مستقبله .

وأخيراً فإن رهن المال المستقبل وهو رهن عام على كل أموال المدين المستقبله دون تحديد يحول دون وضع نظام دقيق للشهر ، وبالتالى لتنظيم الحقوق الواردة على العقارات ، وما يترتب على هذا من أضرار بالإئتمان العقارى والنشاط الاقتصادى بالنسبة للعقارات .

هذه هى جملة الإعتبارات التى يذكرها الفقه الفرنسى لتبرير قاعدة بطلان رهن المال المستقبل (١) . فهل هناك ما يقابلها فى القانون المصرى ؟

الواقع أن القاعدة العامة فى القانون المصرى هى صحة التصرفات فى المال

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٦ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٨٠٨ ؛ بلانيول وريبير ، ج ١٢ ، فقرة ٤٣٣ ؛ ريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، فقرة ٤٩١ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٦٦ ؛ جوسران ، ج ٢ فقرة ١٦٩٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المستقبل . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١/١٣١ من أنه « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » . فالأصل هو الصحة ، والإستثناء هو البطلان (١) . وقد وضع المشرع بالفعل عدة إستثناءات على صحة التصرف فى المال المستقبل .

١ — إذا كان المال المستقبل تركة ، والتركة وإن كانت حاضرة فى ذمة المورث ، إلا أنها تعتبر مالا مستقبلا بالنسبة للوارث المنتظر ، ولهذا عنى المشرع أن يقرر فى الفقرة الثانية من نفس النص الذى قرر فى فقرته الأولى صحة التصرف فى المال المستقبل « غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون » (٢) (م ١٣١/٢) . ويكفى هذا النص لتقرير بطلان رهن التركة المستقبلة ، فأى تعامل فى تركة مستقبلة باطل ، ولم تكن هناك حاجة إلى وضع نص لهذا الغرض فى باب الرهن .

٢ — إذا كان المال المستقبل معيناً بالذات ، ومملوكاً للغير كان التصرف باطلا بطلانا نسبيا ، سواء كان بيعا ، أو رهنا رسميا ، أو رهنا حيازيا (المادة ٤٦٦ ومابعدها بالنسبة لبيع ملك الغير ، والمادة ١/١٠٣٣ بالنسبة لرهن ملك الغير ، رهناً رسمياًوالمادة ١٠٩٨ بالنسبة للرهن الحيازى) .

والواقع أن التصرف فى ملك الغير ، هـــو تصرف فى مال مستقبل بالنسبة للمتصرف (٣) . فملك الغيرحاضرفى ذمة صاحبه،مستقبل فى ذمةغيره،إذا كان لدى الغير سبب يدعوه إلى الإعتقاد أنه يمتلك هذا المال فى المستقبل .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٢١٦ ومابعدها .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٢١٧ .

(٣) يلاحظ أن الدكتور السنهورى يخرج التصرف فى المال المستقبل من منطقة التصرف فى ملك الغير . ولـكنه يقصر فـكرة المال المستقبل على المال الذى لم يتحقق له وجود بعد . ولـكننا نرى أن المال الموجود فى ذمة شخص آخر هو مال مستقبل بالنسبة للغير ، لأن هناك احتمال دائم أن يكتسب الغير ملـكية هذا المال مستقبلا . ولذلك فان التصرف فى ملك الغيرهو دائما تصرف فى مال مستقبل ، إذا اعتبرنا أن المال المعين بالذات والموجود فى ذمة شخص آخر هو مال مستقبل بالنسبة للغير ، والخلاف بيننا وبين الدكتور السنهورى يدور فقط حول معنى المال المستقبل، وليس حول المقصود بملك الغير ، وهو لهذا السبب خلاف يسير . راجع ، عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٥٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعلى هذا اذا كان المال المستقبل ، معينا بالذات ومملوكاً للغير ، فحكم رهنه ، البطلان النسبي وليس البطلان المطلق ، كما يستفاد من عموم نص المادة ١٠٣٣/٢ .

والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقرر أن رهن المال المستقبل لايقع باطلا بطلانا مطلقاً فى جميع الأحوال كما يستفاد ظاهراً من عموم نص المادة ١٠٣٣/٢، بقولها أنه « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا ، وقد انحرف المشروع فى هذا الحكم عن التقنين الحالى (م ٥٦٣/٦٨٧) الذى يجعل رهن الأموال المستقبلة باطلا بطلاناً مطلقاً دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين . وقد أراد المشروع بجعل الرهن فى العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلاناً نسبياً أن يوحد فى الحكم مابين بيع ملك الغير (م ٦٣٢ من المشروع) ورهن ملك الغير رهنا رسميا (م ١٤٤٠ من المشروع) ورهن ملك الغير حيازة (م ١٥٣١ فقرة ٢ من المشروع) لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع (١) » .

وبهذا وحد المشرع بين بيع ملك الغير ، ورهن ملك الغير ، وكلاهما صورة للتصرف فى مال مستقبل ، ولكن لم يوحد بين الصور المختلفة للتصرف فى المال المستقبل ، فجعل حكم بعضها البطلان النسبى ، إذا كان هذا المال معينا بالذات ، وحكم البعض الآخر البطلان المطلق إذا لم يكن المال المستقبل معينا بالذات وهذه هى الصورة الثالثة للإستثناء على صحة التصرفات فى المال المستقبل .

٣ — إذا كان المال المستقبل غير معين بالذات ، كان الرهن باطلا بطلانا مطلقاً . وهذه هى الصورة التى يقصدها المشرع بصفة خاصة من نص المادة ١٠٣٣/٢ التى تقرر أنه « يقع باطلا رهن المال المستقبل » . ويحدث هذا عندما يرهن المدين كل أمواله المستقبلة دون تحديد لأى مال بالذات . وهى صورة الرهن العام التى يحاول القانون منعها عن طريق تقرير مبدأ تخصيص الرهن ، ووجوب تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقاً .

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى ، ج ٧ ، ص ١٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا كانت هذه هى الصورة الوحيدة التى يقصدها المشرع من النص على بطلان رهن المال المستقبل بدليل أن الصور الأخرى لها حكم خاص يختلف عن البطلان المطلق ، فإن صياغة هذا النص تبدو معيبة لأنها تضع قاعدة عامة ، مع أن المقصود فى الواقع حالة خاصة لاتتعداها .

وبالنسبة لهذه الحالة الخاصة ، فان حكمها تقرر بنص آخر وهو النص الذى يشترط فيه المشرع ضرورة تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا (م ١٠٣٥/٢) .

وقد وصل هذا النص إلى درجة كبيرة من عدم التوفيق فى الصياغة . لأنه وضع حكمين مختلفين لرهن ملك الغير فى مادة واحدة هى المادة ١٠٣٣ ؛ فى فقرتها الأول جعل رهن ملك الغير باطلا بطلانا نسبيا ، إذا كان العقار المرهون معينا بالذات ، وجعل فى الفقرة الثانية ، حكم رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا ، إذا كان المال المستقبل غير معين بالذات ، وجعل صياغة الفقرة الثانية عامة توحى بأن حكمها عام فى جميع الحالات ، بينما الإستثناء عليه وارد فى الفقرة الأولى من نفس النص ، وإن كان المشرع لايتكلم فى الفقرة الأولى عن رهن المال المستقبل ، ولكن عن رهن ملك الغير . إلا أن المقصود واحد ، وإن إختلفت التسمية .

وعلى هذا فنى مادة واحدة فى القانون يعطى المشرع إسمين مختلفين لشىء واحد على فرضين مختلفين ، ويعطى لكل فرض حكم مختلف ، رغم عدم وضوح التفرقة بين الفرضين ، أو الحكمه من هذه التفرقة ، ويصوغ أحد الحكمين فى صياغة عامة ، مع أنه لايسرى إلا على حالة خاصة فقط .

٤ — إذا كان المال المستقبل غير موجود أصلا ، ولكنه سيوجد فيما بعد ، كمنزل لم يبنى بعد ، وإن وضعت فكرة بنائه ؛ وهذا الفرض هو الفرض المبسط للشىء المستقبل . والأصل أن التصرف فى المال المستقبل مفهوماً على هذا النحو ، هو تصرف صحيح طبقا للقاعدة العامة التى تقرر جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . وعلى هذا فبيع بيت قبل بنائه صحيح طالما أمكن تعينة تعينيا دقيقا

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من حيث المكان الذى سيبنى فيه ، والمواصفات الهندسية التى سيتم بناؤه عـــلى أساسها (١) .

أما رهن الشيء المستقبل فى هذه الصورة ، كرهن منزل لم يبنى بعد. فالأصل أيضا طبقاً للقواعد العامة أنه رهن صحيح ، ومع ذلك فإن نص المادة ١٠٣٣/٢ ، قـد يشكك فى صحة هذا الرأى ، طالما أنها تقرر فى عبارة عامة أن رهن المال المستقبل يقع باطلا بطلانا مطلقاً .

ومع ذلك فقـد أظهرنا من قبل أن هـذا النص ليس عاما كما قـد توحى بذلك صياغتة ، والمشرع نفسه أعطى حكما مختلفا لرهن المال المستقبل غير البطلان المطلق. فهذا النص إستثناء على الأصل العام فى صحة التصرفات فى المال المستقبل ، ولذلك نرى الرجوع إلى الأصل العام فى صحة التصرفات فى المال المستقبل (م ١٣١/١) . فيكون رهن منزل لم يبنى بعد صحيح ، وكذلك غير هذا من صور رهن العقار الذى لم يوجد بعد ، ولـكن سيوجد فى المستقبل .

وهـذا الحكم الذى نأخذ فيه بالأصل العام من صحة التصرف فى المال المستقبل يؤدى إلى نتائج عملية هامة ومرغوب فيهـا ، فإذا فرضنا أن شخصاً يريد أن يشترى مسكناً فى عمارة لم تبنى بعد ، وتقوم ببنائها شركات عقارية ، أو مؤسسات عامة أو شبه عامة ؛ ويريد أن يدفع القسط الأول من ثمن البيع ، وهـو عادة القسط الأكبر ، قبل أن يشرع فى بناء العمارة فعلا .

فإذا قلنا أن مسكنه داخل هذه العمارة غير موجود بعد ، وأنه مال مستقبل بالنسبة له ، وأن رهن المال المستقبل باطل ، ومن ثم لا يستطيع هذا الشخص أن يرهن هـذا المسكن للحصول على إئتمان يدفع به القسط الأول من ثمن البيع ، فسيتعذر عليه فى الغالب شراء هذا المسكن .

ولهذا فان المشرع الفرنسى أدخـل فى عام ١٩٥٥ إستثناء على قاعدة بطلان

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ فقرة ٢١٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

رهن المال المستقبل ، وقرر أن الرهن فى هذه الصورة صحيح . والواقع أن القول ببطلان رهن المال المستقبل فى هذه الصورة يتخطى قصد المشرع ، ولذلك يرجع بشأنه إلى القواعد العامة التى تقرر جواز أن يكون محـــل الإلتزام شيئاً مستقبلا (١) .

ومن إستعراض الصور المختلفة للمال المستقبل ، نرى فى كل حاله صفة خاصة للمال المستقبل ، هى التى يراعيها المشرع عند وضع حكم التصرف الخاص به ، أكثر من مراعاته لكون المال مستقبلا ، لأن التصرف فى المال المستقبل حسب الأصل صحيح .

فإذا كان المال المستقبل تركة مستقبلة ، كان التصرف باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه تصرف فى تركة ، وليس لأنه تصرف فى مال مستقبل .

وإذا كان المال المستقبل مملوكاً للغير ، كان الحكم هو البطلان النسبى ، لأنه تصرف فى ملك الغير ، وليس لأنه تصرف فى مال مستقبل .

وإذا كان المال المستقبل غير معين بالذات ، كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه رهن عام ، وليس لأنه رهن لمال مستقبل .

أما إذا كان الرهن المستقبل لم يوجد بعد كمنزل لم يبنى بعد ، فلا مبرر على الإطلاق لإبطال رهنه .

وعلى ذلك فكون المال مستقبلا لا يبرر على الإطلاق بطلان رهنه ، والذى يبرر هـذا فى بعض الأحيان إعتبارات أخرى ككون المال تركة مستقبلة ، أو ملك الغير ، أو رهن عام لا تخصيص فيه .

---

(١) يوجد فى القانون الفرنسى استثناء ان هامان على قاعدة بطلان رهن المال المستقبل : الأول ، إذا كانت أموال المدين الحاضرة لا تكفى للضمان ، والثانى إذا كانت الأموال المرهونة كافية للضمان ثم هلكت أو تلفت فلم تعد كافية . والفقه الفرنسى يلاحظ أن هذه الاستثناءات تضيق كثيرا من نطاق تطبيق قاعدة بطلان رهن المال المستقبل . انظر ، ريبير وبولانجيه ، ج ٣ ، فقرة ٤٩١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولهذا نرى أنه من الأفضل إلغاء النص على بطلان رهن المال المستقبل ، والإكتفاء بالأحكام الخاصة بالتصرف فى تركة شخص على قيد الحياة ، أو فى ملك الغير ، أو عدم تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً ، أما فى غير هذه الحالات ، فيرجع إلى القواعد العامة التى تقرر جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا .

١٦ - ملحقات العقار المرهون :

يقتضى مبدأ تخصيص الرهن على إشتراط تعيين العقار المرهون ذاته تعييناً دقيقاً ، دون إشتراط تعيين ملحقات العقار المرهون . لأن المقصود بقاعدة التخصيص ، فصل العقار المرهون عن سائر أموال المدين للتأكد من أن الرهن ليس عاماً ، بل خاصاً يرد على عقار بذاته .

وإذا تحدد هذا العقار ، فإن الرهن الوارد عليه يمتد إلى ملحقاته بحكم القانون دون حاجة إلى إتفاق صريح بين المتعاقدين . ومعنى أن الرهن يمتد إلى ملحقات العقار المرهون ، أن الدائن عند إتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار ينفذ أيضاً على ملحقاته ويقتضى حقه من ثمن العقار ومن ثمن الملحقات أيضاً ، وكثيراً ما تكون قيمة الملحقات كبيرة تزيد كثيراً فى ضمان الدائن (١) .

وقد نص المشرع على قاعدة شمول الرهن الملحقات ، وأعطى أمثلة لما يعتبر من ملحقات العقار المرهون فى المادة ١٠٣٦ التى تقرر « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الإرتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، مالم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ » .

وينبغى لإمتداد الرهن إلى ملحقات العقار المرهون ، أن تكون هذه الملحقات من

---

(١) لا تعارض فى الواقع بين مبدأ تخصيص الرهن ، وامتداده الى ملحقات العقار المرهون . راجع ، انسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩١٥ ، فقرة ١٤٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العقارات أيضاً ، أو من الحقوق العقارية . فإذا كانت الملحقات من الأموال المنقولة فلا يشملها الرهن . فلا يمتد الرهن إلى السيارة الخاصة التى يستعملها صاحب المصنع المرهون ، أو الأرض الزراعية المرهونة للركوب (١) .

والملحقات قد تكون من الأشياء أو من الأموال . فتكون عقاراً كالنحسينات والمبانى التى تقام على الأرض المرهونة، وتكون حقاً عقارياً كالإرتفاق المقرر لخدمة العقار المرهون .فكما يرد الرهن على عقار ، يرد أيضاً على مال عقارى وهو الحق الوارد على عقار (٢) ، وكذلك فإن ملحقات العقار المرهون قد تكون شيئاً عقارياً ، أو مالا عقارياً .

والملحقات التى ذكرها المشرع فى المادة ١٠٣٦ ليست واردة على سبيل الحصر، فهناك ملحقات أخرى كحق الإنتفاع مثلا يمتد اليها الرهن (٣) .

وكذلك فإن نص المادة المذكورة ليس آمراً فيجوز للأفراد الإتفاق على إستبعاد بعض هذه الملحقات أو كلها من ضمان الدائن ، وفى هذه الحالة يسرى إتفاق المتعاقدين فى هذا الشأن . وإذا لم يوجد اتفاق خاص طبق نص القانون

---

(١) لايوجد فى هذا المثال تخصيص عينى بين السيارة والعقار المرهون ،فلا تعتبر السيارة لهذا السبب عقارا بالتخصيص ولذلك فلا يشملها الرهن الذى لايرد إلا على الملحقات التى تعتبر عقارا بصريح نص المادة ١٠٣٦ . راجع ، منصور مصطفى منصور ، ص ٣٣ .

(٢) بحسب الاتجاه العام فى صياغة نصوص القانون المدنى ، فان الرهن الرسمى والتأمينات العينية الأخرى ترد بحسب الأصل على شىء عقارى وليس على حق عقارى ولكن نظراً لأن الرهن الرسمى بالذات لاينزع حيازة الشىء من مالكه ولا يؤدى الى تجزئة ملكية هذا المالك ، فانه يبدو وارداً على حق الملكية ذاته ، أكثر من وروده على العقار محل الملكية ، قارن شمس الدين الوكيل ، ص ١٥٢ ومابعدها .

وإذا أمكن تصور ورود الرهن على حق الملكية ، فانه من الممكن تصور وروده على الحقوق الأخرى المتفرعة عن الملكية ، كالارتفاق مثلا كما يوحى بذلك نص المادة ١٠٣٦ ؛ وإن كان الغالب أن الرهن لايرد على حق الارتفاق إلا باعتباره تابعا للعقار المرهون ، فهو لايتقرر على حق ارتفاق بصفة مستقلة.

(٣) سليمان مرقص ، ص ٥٥ فقرة ٣٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الذى يعتبر من ملحقات العقار المرهون (١) .

١ - حقوق الارتفاق :

يشمل الرهن حقوق الإرتفاق الإيجابية المقررة لخدمة العقار المرهون . وهذه الحقوق لا يجوز رهنها إستقلالا ، ولكن رهن العقار المخدوم يمتد إلى الحقوق المقررة لخدمته . ولا أهمية لتاريخ نشأة حق الإرتفاق ، فالرهن يمتد إليه سواء كان مقرراً وقت نشأة الرهن أو تقرر بعد هذا التاريخ (٢) .

٢ - العقارات بالتخصيص :

وهى منقولات بطبيعتها ، ولكنها ترصد لخدمة عقار فتأخذ حكمه ، وتعتبر عقاراً ، ويمتد إليها الرهن باعتبارها من الملحقات العقارية للعقار المرهون .

وحتى تعتبر المنقولات عقارات بالتخصيص ، يجب أن يكون التخصيص عينيا ، بأن تكون هذه المنقولات مرصوده لخدمة العقار ، وليست لخدمة صاحب العقار .

ومن أمثله العقارات بالتخصيص ، الآلات الزراعية ، والماشية المخصصة لخدمة الأرض الزراعية ، وكذلك الآلات المخصصة لخدمة مصنع ، أو الأثاث والمفروشات المرصوده لخدمة فندق .

ويجب أيضا أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول ، وأن يتم التخصيص من المالك ذاته . فإذا إستأجر مالك الأرض آلات لإستخدامها فى زراعة أرضه فلا تعتبر هذه عقارات بالتخصيص لعدم تحقق شرط وحدة المالك ، وكذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص ، الآلات التى يملكها مالك الأرض ، إذا تم رصدها لخدمة الأرض بمعرفه المستأجر للأرض ، الذى هو فى نفس الوقت مستأجر لهذه الآلات ، لأن التخصيص فى هذا الفرض لم يتقرر من المالك نفسه (٣) .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ١٦١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٣٣ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ١٦٢ .

(٣) حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦٥ ، فقرة ٢٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا توافرت فى المنقول شروط إعتباره عقاراً بالتخصيص ،فإنه يلحق العقار المرهون من حيث إمتداد الرهن إليه بحكم القانون .

ويعمل بهذا الحكم سواء كان هذا التخصيص متحققا وقت نشأة الرهن ، أو تحقق بعد ذلك (١) .

والأصل أن المالك حرفى الإبقاء على هذا التخصيص ، أو فصل المنقولات من العقارات المرصودة لخدمتها ، وإعادة المنقولات بالتالى إل صفتها الطبيعيه .

إلا أنه إذا رهن العقار الذى رصدت هذه المنقولات لخدمته،تقيدت حريته هذه لتعلق حق الدائن المرتهن بهذه الأشياء . ولذا يحق للدائن المرتهن أن يعترض على فصل المنقولات من العقار المرهون،وإذا تم الفصل فعلا وإنتقلت هذه المنقولات الى حائز حسن النية ، فإن الدائن لايتمكن بالطبع من التمسك فى مواجتهه بحقه على المنقولات ، لأن الحائز سيحتج بحيازته بحسن نية لهذه المنقولات (٢) .

ومع ذلك فحق الدائن ينتقل إلى ثمن هذه المنقولات ويستطيع أن يحجز على هذا الثمن تحت يد المتصرف إليه حسن النية . وفى جميع الأحوال فإن الراهن يعتبر مسئولا عن تصرفه فى هذه المنقولات كما سنرى فيما بعد .

٣ - التحسينات والانشاءات :

المقصود بهذا ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الطبيعة ، أو الإنسان (٣) .

أما الزيادة فى القيمة الإقتصادية للعقار المرهون - نتيجة لتقلبات الحياة الإقتصادية فى المجتمع ، أو نتيجة لتنفيذ مشروعات عامة بجوار العقار المرهون ،

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٣٤ ،

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩١٢ ، فقرة ٩٤ ؛ ص ٩١٦ فقرة ١٧٠ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٨٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كمشروعات الرى والصرف والكهرباء . . . الخ ، فإن الدائن يستفيد من هذه الزيادة فى القيمة الاقتصادية دون حاجة إلى نص (١) .

ومن أمثلة التحسينات بفعل الطبيعة ، أن تزيد مساحة الأرض المرهونة بتراكم طمى النيل إلى جوارها . ومن أمثلة التحسينات بفعل الإنسان ، أن يقوم مالك الأرض المرهونة بالبناء عليها ، أو بالزيادة فى البناء الموجود من قبل . هذه الزيادة يشملها الرهن بحكم القانون (٢) .

وينطبق هذا الحكم أيا كانت قيمة الإنشاءات ، ولو زادت قيمتها على قيمة العقار المرهون أصلا . فإذا بنى مالك الأرض المرهونة على هذه الأرض مبان تخطت قيمتها ثمن الأرض ، فإن حق الدائن المرتهن يمتد إلى هذه المبانى (٣) .

ولكن يشترط بالطبع ألا يوجد إتفاق على إستبعاد هذه المبانى من ضمان الدائن .

ويشترط كذلك أن يكون مالك العقار المرهون . هو مالك الإنشاءات الجديدة ، فإذا كان مالك الأرض قد أذن للغير فى إقامة مبان على أرضه وتملكها ، فإن الرهن الصادر من مالك الأرض لا يمتد إلى هذه المبانى (٤) . ومع ذلك

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ص ٩١٥ ، فقرة ٣٨٥ .

(٢) ويعتبر من قبيل التحسينات ، انقضاء بعض الحقوق التى كانت تثقل العقار المرهون كحق ارتفاق أو حق انتفاع . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٨٦ . ومع ذلك فتجب ملاحظة أن الأمر لايتعلق فى هذه الأمثلة بزيادة مادية فى الشىء المرهون ، وهو المقصود بحسب النص من الانشاءات والتحسينات .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ٣٤ .

(٤) منصور مصطفى منصور ، ص ٣٤ ، ولكن القاعدة على خلاف ذلك فى القانون الفرنسى حيث يمتد الرهن إلى الانشاءات التى أقامها المستأجر أو الحائز ، بشرط تعويضه عن الزيادة فى قيمة العقار بسبب الانشاءات ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩١٦ ، فقرة ١٦٥ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٨٨ .

ولكن اشتراط التعويض عن الزيادة فى القيمة ، يجعل امتداد الرهن إلى هذه الزيادة عديم الفائدة للمرتهن .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

عندما تعود ملكية المبانى إلى مالك الأرض ، فإن الرهن يمتد إليها فى هذه الحال، لتحقق شرط وحدة المالك .

وإذا رهن مالك الأرض أرضه ، وإمتد الرهن بعد ذلك إلى المبانى التى أنشئت بعد الرهن ، فإن هذا لا يعتبر رهناً لمال مستقبل بالنسبة للمبانى ،رغم أنها لم تكن موجودة وقت الرهن ، لأنها إمتداد للعقار وهو نفسه كان موجوداً وقت الرهن .

إلا أنه إذا كان مالك الأرض غير مالك المبانى ، وأراد مالك المبانى أن يرهنها قبل إنشاءها ، فإن هذا يعتبر رهناً لمال مستقبل بالنسبة لهذه المبانى .

ويحدث هذا كثيراً عندما يكون مالك الأرض هو مشروع عام أو شبه عام أو شركة مبانى عقارية ، ويكون مالك المبانى أو بعضها ، هو مكتتب فى شراء مسكن ضمن البناء المزمع إقامته .

ونذكر بما قلناه ، من أن الرهن الصادر من مالك المبانى فى هذا الفرض ، هو رهن صحيح رغم أنه رهن لمال مستقبل . وقد رأينا أن القانون الفرنسى نص على صحة هذا الرهن فى قانون صادر عام ١٩٥٥ استثناء على قاعدة بطلان رهن المال المستقبل (١) .

وحق الدائن المرتهن يمتد إلى الإنشاءات الجديدة ، بنفس مرتبة الرهن حتى ولو أقيمت هذه الإنشاءات بعد نشأة الرهن وقيده بفترة طويلة .

إلا أن المشرع رأى أن هذا الحكم سيضر بالمقاول والمهندس المعمارى الذى ساهم فى إقامة هذه الإنشاءات . فللمقاول والمهندس المعمارى حق إمتياز على الإنشاءات التى يشترك كل منهما فى إقامتها لاستيفاء حقوقه قبل رب العمل . وهذا الإمتياز من الإمتيازات العقارية ، التى يجب بشأنها القيد ، وتحسب مرتبة صاحبها من وقت القيد .

---

(١) راجع فقرة ١٥ من هذا الكتاب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويترتب على هـذا أن حق المهندس أو المقاول يتأخر فى جميع الأحوال على حق الدائن المرتهن للعقار الأصلى الذى ألحقت به هـذه الإنشاءات ، لأن حقـه سيمتد اليها بمرتبته القديمة دون حاجة إلى قيد جديد . وهذه نتيجة تجعل كل مقاول أو مهندس معمارى يحجم عن إقامة إنشاءات فى عقار مرهون من قبل .

لهـذا قرر المشرع فى هذا الفرض أن حق الدائن المرتهن يمتد إلى هـذه الإنشاءات « مع عـدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ » . ومقتضى هذا الحكم أن حق الدائن المرتهن على هذه الإنشاءات يتأخر عن حق المهندس المعمارى أوالمقاول ، رغم أنه سابق عليه فى القيد .

ويعتبر هذا من الإستثناءات على قاعدة أن العبرة فى التأمينات العينيةالواردة على عقار بالأسبقية فى القيد . وسندرس هـذه المسألة مرة أخرى عند دراسة حقوق الإمتياز .

٤ - حق الانتفاع :

لم ينص المشرع على حق الإنتفاع ضمن ملحقات العقار المرهون ، إلا أنه يمكن قياس حق الإنتفاع على حق الإرتفاق فى إعتباره من ملحقات العقـار المرهون. فإذاصدر الرهن من مالك الرقبة فى وقت كان الانتفاع مقرراً لشخص آخر ، فإن الرهن لا يشمل الإنتفاع لأن الراهن غير مالك لهذا الحق . فإذا إنقضى حق صاحب الإنتفاع ، وعاد الإنتفاع إلى مالك الرقبة ، فإن الرهن السابق صدوره منه يمتد إلى حق الإنتفاع (١) .

١٧ - إلحاق الثمار بالعقار :

الثمار إما أن تكون مدنية وهى الإيراد النقدى للعقار ، أو مادية . والثمار

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٨٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المادية إما أن تكون طبيعية تنشأ بفعل الطبيعة كالكلأ ، ونتاج الحيوان ، أو مستحدثة بفعل الإنسان ، كالمحصولات الزراعية (١) .

والثمار لا تعتبر بحسب الأصل من ملحقات العقار المرهون لسببين ، أولهما أنها ليست عقاراً ، ويظهر هذا بالنسبة للثمار المدنية ، وكذلك الثمار المادية بعد فصلها من الأرض . فمن يوم قبض الثمار فلا شك فى إعتبارها منقولا . وقد رأينا أنه يشترط لإعتبار الشيء من ملحقات العقار المرهون ، أن يكون عقاراً .

والسبب الثانى والأهم هو أن الثمار من حق المالك الراهن ، وليس الدائن المرتهن . فالرهن الرسمى يتميز أساساً بأنه لا ينقل حيازة العقار المرهون من الراهن إلى المرتهن . بل يظل الراهن محتفظاً بحيازة العقار وبالحق فى إدارته وجنى ثماره ، والاحتفاظ بهذه الثمار لنفسه ، فهى حقه وليس حق الدائن المرتهن حسب الفكرة الرئيسية للرهن الرسمى .

ومع ذلك رأى المشرع أنه إبتداء من تاريخ معين فإن حق الدائن المرتهن يتعلق بالثمار . هذا التاريخ يبدأ من الوقت الذى يشرع فيه الدائن فى التنفيذ على العقار لبيعه بالمزاد العلنى . الدائن يشرع إذن فى تجريد الراهن من ملكية العقار المرهون ، فيكون من الطبيعى أن يمتد حق الدائن المرتهن من هذا الوقت إلى ثمار العقار (٢).

وهذا الوقت هو تسجيل تنبيه نزع الملكية إذا كانت الإجراءات تتخذ فى مواجهة الراهن أو وقت تسجيل الإنذار ، إذا كانت الإجراءات تتخذ فى مواجهة الحائز .

وقد نص المشرع على هذا فى المادة ١٠٣٧ من القانون المدنى التى تقرر أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد

---

(١) حسن كيره ، الحقوق العينيه الأصلية ، فقرة ٥٧ .

(٢) يقال فى القانون الفرنسى أن اتخاذ اجراءات التنفيذ يحول الثمار الى عقار، فهو يؤدى الى immobilisation لهذه الثمار . أنظر أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٣، ص ٩١٥ فقرة ١٥٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عن المدة التى أعقبت التسجيل . ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار » .

وقد نص قانون المرافعات على نفس الحكم فى المادة ٦١٧ التى تقرر « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ليوزع منها ما يخص المدة التى تلى التسجيل كما يوزع ثمن العقار » .

وإذا كان التنفيذ يتخذ فى مواجهة الحائز ، فقد نصت المادة ١٠٧٩ من القانون المدنى أنه « على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد » .

ومعنى إلحاق الثمار بالعقار ، أن حقوق الدائنين تتزاحم عند التوزيع ، على قيمة الثمار ، حسب أسبقية كل منهم فى الرهن على العقار ذاته .

ونظراً لأن الثمار المدنية تعتبر مقبوضة يوماً بيوم (م ٢/٩٧٨) ، فلا تثور صعوبة فى تحديد الفترة التى تلحق عنها الثمار بالعقار ، فهى الفترة التالية على تسجيل التنبيه أو الإنذار .

أما الثمار الطبيعية أو المستحدثة فهى لا تعتبر مقبوضة إلا من يوم فصلها (م ٢/٩٧٨) .

فإذا فرضنا أننا بصدد محصول زراعى ، وتم تسجيل التنبيه أو الإنذار ، قبل نضج المحصول ، ولكن بعد زراعته ، فهل يلحق كل هذا المحصول بالعقار عند نضجه ، على أساس أن قبضه تم بعد تسجيل التنبيه أو الإنذار ؟ هذا ما قال به البعض فعلا (١) .

ومع ذلك فالرأى السائد أن الثمار فى هذا الفرض وإن كانت تقبض مرة واحدة

---

(١) محمد حامد فهمى ، تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية ، فقرة ٣٥٢ ، مشار إليه فى ، شمس الدين الوكيل ، ص ١٦٧ ؛ شليق شحاته ، ص ١١٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا يوماً فيوم كالثمار المدنية ، إلا أنه لا ينبغى إغفال المدة السابقة على القبض ، والقول بأن الثمار لا تخص هذه المدة .

فالثمار التى تقبض فى وقت متأخر ، هى فى الواقع ثمار لكل المدة السابقة على القبض . ولهذا ينبغى تطبيقا لنص القانون الذى يقرر أن الثمار تلحق العقار عن المدة التالية للتسجيل ، حساب مقدار الثمار التى تخص هذه المدة فقط وإلحاقها بالعقار ، أما ما يخص مدة سابقة فلا تلحق بالعقار .

فإذا كان المحصول الزراعى يلزم لنضجه ثمانية شهور ، وتم التسجيل بعد أربعة شهور من زراعته ، قسم المحصول مناصفة ، والحق نصفه فقط بالعقار (١) .

وهذا الرأى يتفق مع العدل ، لأنه لا معنى فى الواقع للتفرقة بين ثمار مدنيه وثمار مادية لمجرد الإختلاف فى وقت قبضها .

والخلاصة أن الثمار لا تعتبر من ملحقات العقار المنقول بحسب الأصل ، لأنها ليست عقاراً ، ولأنها من حق الراهن ، الا أنها تلحق بالعقار إستثناءا فى وقت لاحق ، عندما يكون العقار هو نفسه فى سبيله إلى التحول إلى قيمة نقدية ، وإلى الخروج من ملك الراهن .

١٨ - يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه ويباع بالمزاد العلنى .

الرهن الرسمى تصرف وارد على العقار المرهون ، ولهذا ينبغى أن يكون العقار مما يجوز التعامل فيه . والأثر الأساسى للرهن هو تمكين الدائن عند عدم الوفاء بحقه من التنفيذ عل العقار المرهون ، وبيعه بالمزاد العلنى ، ولهذا يجب أن يكون العقار المرهون مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى .

وقد إشترط المشرع ذلك فى المادة ٢/١٠٣٥ التى تنص على أنه « يجب أن

---

(١) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٢٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٢٢٨ ؛ سليمان مرقص فقرة ٣٥ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ١٦٧ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٣٦ ؛ محمد على إمام ، ص ٢٧٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى » . ويلاحظ أن أحد الشرطين كان يغنى عن الآخر ، لأن كل ما يجوز التعامل فيه ، يجوز بيعه بالمزاد العلنى . والعكس صحيح أيضا (١) . وعلى هذا لايجوز رهن الوقف لعدم جواز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى (٢) . وتنص المذكرة الإيضاحية على عدم جواز رهن العقار الذي إقترنت ملكيته بشرط مانع من التصرف (٣) ، ويأخذ بهذا بعض الشراح أيضا (٤) . ولكن الإتجاه الغالب فى الفقه يرى النظر أولا إلى الغاية من المنع من التصرف ، فإذا كانت هذه الغاية لاتفوت مع رهن العقار ، فلامانع من رهنه . لأن أثر المنع من التصرف محدود بتحقيق الغاية منه .

وعلى هذا إذا إشترط البائع للعقار منع المشترى من التصرف ، حتى يضمن بقاء العقار فى ذمة المشترى ، إلى أن يستوفى البائع الحق منه ، وحتى يتجنب البائع إجراءات تتبع العقار فى يد الغير . ففى هذه الحالة لامانع من رهن العقار ، لأن الدائن المرتهن إذا نفذ عليه ، وباعه بالمزاد العلنى ، سيترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد ، تطهير العقار من كل حق مقيد بما فى ذلك حق إمتياز البائع ، ويستوفى هذا الأخير حقه من ثمن البيع حسب مرتبة قيده دون أن يلجأ إلى تتبع العقار (٥) .

---

(١) شفيق شحاته ، ص ٢٠ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٥ .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٢٢ .

(٣) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٢٢ .

(٤) شفيق شحاته ، ص ٢٨ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٢٠٨ ؛ سليمان مرقص ، فقرة ٢٧ ؛ حسن كيره ، الحقوق العينيه الأصلية ، فقرة ٩١ .

(٥) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٦ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ١٥٦ ؛ اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ص ٦٩ .

والجدل الذى نعرض له يفترض أن شرط المنع من التصرف قد تم صحيحا ، والخلاف فقط حول أثره فى عدم جواز رهن العقار الممنوع من التصرف فيه . ولكن هناك جدل آخر حول مسألة أخرى هى مدى صحة شرط المنع من التصرف ذاته إذا صدر من المرتهن فى مواجهة الراهن ليمنع هذا الأخير من التصرف فى العقار المرهون . والرأى الراجح أن هذا =

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولاخلاف فى عدم جواز رهن الأموال العامة ، لأنها تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون . ولايجوز بيعها بالمزاد العلنى .

وكذلك لايجوز رهن حق الإرتفاق ، وهو حق عقارى لايجوز بيعه إستقلالا عن العقار المرتفق ، ولايجوز رهنه إستقلالا أيضا . وقد رأينا أنه يعتبر من ملحقات العقار ، وأن رهن العقار يمتد إلى حقوق الإرتفاق المقررة لخدمته (١) .

وكذلك لايجوز رهن حق الاستعمال ، أو حق السكنى . لأنه لايجوز النزول عنهما للغير الا بناء على شرط صريح ، أو مبرر قوى (م ٩٩٧) (٢) .

وقد أثار جانب من الفقه ماتعلق بالقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بشأن عدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية فيما يقل عن خمسة أفدنة . وهل يترتب على هذا القانون أنه لايجوز المالك الصغير الذى لاتزيد ملكيته على خمسة أفدنة أن يرهن كل ملكيته أو بعضها ، على أساس أنه لايجوز بيعها بالمزاد العلنى ؟

ويرى هذا الجانب من الفقه بحق ، أن المالك الصغير يستطيع أن يرهن كل مايملك أو بعضه (٣) . ومما يؤيد هذا الرأى أن الحماية المقررة فى هذا القانون مقصود بها مصلحة المالك نفسه ، دون اخراج مايملك من دائرة التعامل (٤) .

= الشرط غير صحيح لأنه يقيد حرية الراهن فى التصرف ويتعارض بذلك مع قاعدة أساسية فى الرهن الرسمى وهى اطلاق حرية الراهن فى التصرف . راجع ، المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ص ٣٩ .

ولاتعارض فى موقف المذكرة الايضاحية من المسألتين ، لأن كل مسألة تختلف عن الأخرى.

(١) راجع فقرة ١٦ من هذا الكتاب .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٦ .

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ١٥٨ .

(٤) وكذلك فان المنع من التنفيذ لايضر بالحقوق الممتازة حسب نص المادة الثانية من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ ، فيجوز لأصحابها التنفيذ على الملكية الزراعية الصغيرة وهذا الاستثناء وأن كان لايمتد إلى الرهن إلا أنه يبين بوضوح أن الملكية الزراعية الصغيرة لاتخرج عن دائرة التعامل ، ولايمتنع التنفيذ عليها بصفة عامة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والمنع من الحجز لا يتعلق بصفة ذاتيه للأرض . ولكن يتعلق بصفة مالك الأرض من أنه مالك صغير لا تتخطى ملكيته قدراً معينا . وفى اليوم الذى تزيد ملكيته على هذا القدر جاز التنفيذ على أى جزء من ماله فى حدود هذه الزيادة (١) .

ولهذا فإن رهن الملكية الصغيرة صحيح لأنها لا تخرج من دائرة التعامل . كما أن التنفيذ عليها يظل ممكنا لا كثر من سبب ففى اليوم الذى تزيد ملكية هذا الشخص عن القدر المحدد يجوز التنفيذ على العقار المرهون فى حدود الزيادة . وكذلك إذا بقيت الملكية على ماهى عليه ، وشرع الدائن فى التنفيذ عليها ، ولم يعترض المالك على ذلك إلى تاريخ إيداع قائمة شروط البيع ، فإنه لا يجوز له الاعتراض بعد هذا التاريخ ، ويتم البيع (٢) .

فالمنع من البيع بالمزاد مقرر لمصلحته ويجب عليه أن يتمسك به فى الوقت المحدد فى القانون .

كذلك إذا تصرف المالك فى العقار المرهون إلى شخص آخر تزيد ملكيته على خمسة أفدنة ، جاز التنفيذ فى مواجهة الحائز .

والخلاصة أن المنع من الحجز لا يتعلق بصفة ذاتية للعقار ، ولذلك يجوز رهنه . إلا أن العقبات التى قد تثور فى مواجهة الدائن المرتهن عند التنفيذ قد تقلل من فرص المالك الصغير فى الحصول على إئتمان عن طريق رهن أرضه ، ولعل المشرع قصد هذه النتيجة حتى لا ينساق صغار الزراع إلى رهن ما يملكون .

إلا أن الفرصة فى الرهن لا زلت قائمة بشكل أكبر بالنسبة للرهن الحيازى ، لأن الدائن المرتهن فى هذه الحالة يستولى على حيازة العقار المرهون ، وحتى إذا لم يجز له بيعه بالمزاد العلنى ، فهو يستوفى حقه من ثمار العقار . والرهن الحيازى للعقارات هو الأكثر إنتشاراً فى الريف (٣) .

---

(١) أحمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ ، فقرة ١٢٨ .

(٢) لا يتعلق المنع من التنفيذ بالنظام العام ، أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، فقرة ١٤١ .

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ١٥٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبهذا نكون قد إنتهينا من دراسة الشروط الموضوعية المتعلقة بالعقار المرهون. وقد رأينا أن الرهن الرسمى لايرد إلا على عقار ، يشترط فيه أن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقاً . وأن يكون من الجائز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى . ورأينا أنه لايجوز رهن المال المستقبل ، مع التحفظات التى أبديناها بالنسبة لهذه القاعدة . ورأينا أن الرهن الرسمى يمتد إلى ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً . ورأينا أن الثمار تلحق بالعقار فى تاريخ معين رغم أنها ليست من ملحقاته فى الأصل . ورأينا أن الشروط الموضوعية الخاصة بالعقار المرهون تهدف بصفة خاصة إلى تحقيق مبدأ تخصيص الرهن . وهذا المبدأ كما ينطبق على العقار المرهون، ينطبق أيضا على الدين المضمون بالرهن .

§ ب — الدين المضمون بالرهن

يتقرر الرهن ضمانا للوفاء بالتزام معين . فالرهن نظام تابع لايقوم بذاته ، ولكن يستند دائما إلى دين يعمل على ضمان الوفاء به .

١٩ — تخصيص الرهن بالنسبة للدين :

تحديد الدين المضمون من الشروط الموضوعية لصحة الرهن . فمبدأ تخصيص الرهن ينطبق على الدين المضمون ، كما ينطبق على العقار المرهون . بل أن أهمية التخصيص بالنسبة للدين تفوق بكثير أهميته بالنسبة للعقار (١) . لأن الرهن إذا كان عاماً بالنسبة للعقار بأن رهن المدين كل أمواله الحاضرة والمستقبلة ، فإن هذا قد لايؤثر كثيراً على إئتمانه إذا كانت قيمة الدين المضمون بهذا الرهن العام بسيطة من المقطوع به أنها لاتغطى سوى القليل من أموال المدين الراهن .

أما إذا كان الرهن عاماً بالنسبة للدين ، بأن رهن المدين أمواله لضمان الوفاء بكل ديونه الحاضرة والمستقبلة ، فإن هذا الرهن يقضى كلية على إئتمانه ، لأن

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٦/٣ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٨١٣ وما بعدها ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤١٦ ومابعدها ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٦٨٤ ؛ كولان وكاپيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٦٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مقدار الدين المضمون غير معروف ويحتمل الزيادة إلى مالا نهاية ، ولذلك سيحجم أى دائن آخر عن منح إئتمانه لهذا المدين . وكذلك لن يجد المدين شخصا يتصرف إليه فى ملكية أمواله ، لأن الدائن الجديد أو المتصرف إليه ، قديفاجأ باستغراق أموال المدين بهذا الدين الذى يحتمل الزيادة دون حد (١) .

والدين المضمون قد يكون معلقاً على شرط أو مستقبلا أو إحتماليا ، وقديتنج عن اعتماد مفتوح فى أحد البنوك . وفى هذه الصور لامانع من ترتيب رهن ضمانا له طالما أن مقدار الدين معين وقت العقد (٢) .

وإذا كان الدين يحتمل الزيادة كما فى حالة الحساب الجارى أو الاعتماد المفتوح ، فيجب تحديد القدر الذى ينتهى إليه الحساب أو الإعتماد ، ويعتبر هذا تحديداً كافيا للدين على أساس حده الأقصى ، إذ سيكون مقطوعاً به أن الدين لن يتخطى قدراً معينا معروفا سلفا وقت إنشاء الرهن ، وإن كان من المحتمل أن ينقص عن هذا القدر إذا لم يسحب المدين كل الحساب أو الإعتماد المفتوح ، ولن يترتب فى هذه الحالة الأخيرة ضرر بأى شخص بل على العكس من هذا سيستفيد الدائنون من نقص الدين عن الحد الأقصى المحدد فى العقد .

وهذا مانص عليه المشرع فى المادة ١٠٤٠ من أنه « يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالى كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين » (٣) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٤٠ ؛ محمد على أمام ، ص ٢٧٢ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ١٤٦ .

(٢) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٦ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقره ٨١٥ .

(٣) يلاحظ أن نص المادة ١٠٤٠ من القانون المدنى المصرى ، يشترط على خلاف نص المادة ٢١٣٢ من القانون الفرنسى تحديد الحد الأقصى الذى ينتهى إليه الدين ، بينما يكفى فى القانون الفرنسى أن يكون هذا الدين قابلا للتحديد . أنظر أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٣ ، ص ٩٥٢ ، فقرة ٨٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والدين ينبغى أن يكون محدداً من حيث مقداره ، ومن حيث مصدره أيضا . وتحديد مصدر الدين له أهمية كبيرة فى معرفة ماإذا كان الدين قد نشأ صحيحاً أم لا. فللدائنين الآخرين وخاصة التالين منهم فى المرتبة مصلحة فى التمسك ببطلان الإلتزام إذا شابه عيب فى نشأته (١) .

وتحديد الدين يجب أن يذكر فى عقد الرهن ، وكذلك فى قيد الرهن عند شهره، وإذا ذكر فى القيد مبلغ أكبر من المبلغ المذكور فى العقد ، فلا يعتد الا بالقدر المذكور فى العقد ، لأن الزيادة ليس لها أساس فى عقد الرهن ذاته .

أما إذا قل المبلغ المذكور فى القيد عن المبلغ المذكور فى العقد ، فلا يحتج الدائن المرتهن إلا بالقدر المذكور فى العقد لأن الفرق بين هذا القدر وبين المبلغ المذكور فى العقد لم يتم شهره فلا يحتج به فى مواجهة الغير .

أى أنه إذا وجد فرق بين المبلغ المذكور فى العقد والمبلغ المذكور فى القيد ، تقدم الدائن بأقل القيمتين (٢) .

وبهذا ننتهى من دراسة مبدأ تخصيص الرهن بشقيه . ماتعلق بالعقار المرهون ، أو الدين المضمون ، وننتقل الآن إلى دراسة الشروط الموضوعية المتعلقة بالراهن ذاته ، وقد إشترط المشرع أهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون .

---

(١) لايشترط التقنين الفرنسى ولا التقنين المصرى، تحديد مصدر الدين ،ومع ذلك فهناك اجماع فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى على هذا الشرط . وقد صدر من محكمة النقض الفرنسية، حكم يؤكد هـذا الشرط ، فى ٦ فبراير ١٩٣٩ ، أنسيكلوبيدى داللوز ، جـ ٢ ص ٩٥٢ ، فقرة ٨٤ .

(٢) تنص المادة ٤٢ شهر عقارى على أن « يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المستحق أيهما أقل » .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المطلب الثانى

أهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون

نص المشرع فى المادة ٢/١٠٣٢ على أنه « يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه » .

٢٠ - أهليه الراهن :

إذا كان الراهن هو المدين ، فإن الرهن يعتبر بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر ، ولهذا يشترط لصحته أن يكون الراهن بالغاً سن الرشد ، أما إذا كان قاصراً فإن الرهن يقع باطلا بطلاناً نسبياً .

أما إذا كان الراهن غير المدين ، بأن كان كفيلا عينياً يقدم ماله رهناً لضمان الوفاء بدين شخص آخر ، فإن التصرف يعتبر بالنسبة له ضاراً ضرراً محضاً ، ويشترط لصحته أن يكون الراهن بالغاً سن الرشد ، فإذا كان قاصراً وقع الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً (١) .

وبثور بحث ما إذا كان الرهن يعتبر من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة بالنسبة للقاصر المأذون فى إدارة أمواله دون التصرف فيها . وتدق التفرقة بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة .

والمعيار الذى نعتقده هو أن كل تصرف فى أصل الشىء هو من أعمال التصرف ، وكل تصرف فى ثمار الشىء هو من أعمال الإدارة . ولهذا فالبيع مثلا يكون تصرفاً إذا ورد على أصل الشىء ، ويكون إدارة إذا ورد على ثمار الشىء .

فالمعيار لا يؤخذ من نوع التصرف ذاته ، وهل هو ناقل أو غير ناقل

---

(١) منصور مصطفى منصور ، عقد الكفالة ، ١٩٦٠ ، ص ١٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المكان أو الحقوق العينية الأخرى . ولكن يؤخذ من محل العقد وهل هو الأصل أم الثمار (١) .

وهل هذا الرهن قد يكون من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة بحسب الأحوال . فرهن الثمار دائماً من أعمال التصرف لأنه وارد على أصل الشيء ، أما رهن المحصول الزراعي بعد قبضه ، وهو لا يكون إلا رهناً حيازياً لأنه وارد على منقول ، فيعتبر من أعمال الإدارة لأنه وارد على ثمار الشيء .

فالرهن الرسمي إذن يعتبر دائماً من أعمال التصرف ، ولذلك لا يجوز أن يصدر من القاصر المأذون في الإدارة فقط .

ولم يشترط المشرع أهلية خاصة بالنسبة للدائن المرتهن ،وأهليته تحددها طبيعة التصرف بالنسبة له . وقد ذهب البعض إلى أنه نافع نفعاً محضاً ، ولهذا فهو صحيح ولو كان الدائن المرتهن ناقص الأهلية (٢) . ومع ذلك نرى الأفضل الأخذ برأى الفريق الآخر الذى يعتمد على الشريعة الإسلامية فى إعتبار الارتهان استيفاء الدين من وجه ، ولذلك يشترط فى المرتهن أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وفى هذا حماية للمرتهن إذا كان ناقص الأهلية ، فقد يقبل رهناً لا يعتبر ضماناً كافياً للوفاء بدينه ، وكان الدين مثلا قد نشأ من قبل بعقد صحيح أبرمه نائب عن القاصر واشترط فيه على المدين أن يقدم رهناً لضمانه ، فيقوم القاصر بعقد رهن لا يعتبر ضماناً كافياً فى الواقع (٣) .

والخلاصة أن الرهن يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للراهن والمرتهن ويعتبر من الأعمال الضارة ضرراً محضاً بالنسبة للراهن إذا

---

(١) لعل هذا المعيار الذى نقترحه يلقى قبولا فى الفقه ، فى مسألة تبدو غامضة فيه .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٨٧ ؛ سليمان مرقس ،فقرة ٢٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، فقرة ٨ ؛ محمد على أمام ، فقرة ١٤٣ .

(٣) يرى الدكتور شفيق شحاته أن « الارتهان استيفاء للدين من وجه ، ولا يستوفى الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة » (فقرة ٧٩ ، ص ٧٣).

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لم يكن هو المدين بالدين المضمون . ويعتبر من أعمال التصرف بالنسبة للقاصر المأذون بالإدارة .

ملكية الراهن للعقار المرهون :

المفروض أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، وندرس فيما يلى الصور التى قد تخرج على هذا الفرض ، وهى رهن ملك الغير ، والرهن الصادر من المالك الظاهر ، والرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى ، والرهن الصادر من مالك المبانى المقامة على أرض الغير ، ورهن العقار المملوك على الشيوع .

٢١ - رهن ملك الغير :

من الجائز قانوناً أن يتصرف الشخص فى مال لا يملكه إذا ثبتت له ولاية التصرف فى هذا المال بمقتضى أحكام القوامة أو الوصاية أو الوكالة ، وفى حدود هذه الأحكام . فإذا إنتفت عن الشخص الملكية والولاية معاً كان تصرفه فى ملك غيره .

وعلى هذا فرهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون وليست له ولاية التصرف فيه .

وتعريف رهن ملك الغير على هذا النحو يشمل صوراً عديدة تخضع فى مجموعها باستثناء البعض منها لحكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ التى تقرر أنه « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » .

ومن صور رهن ملك الغير أن يتم العقد على أساس أن الراهن هو المالك للعقار المرهون ، ويحدث هذا إذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط ، أو كان الغلط مشتركاً بينهما .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلا أن رهن ملك الغير يتحقق حتى ولو كان ثابتاً وقت العقد أن الراهن غير مالك العقار المرهون ، من هـذا الرهن الصادر من مشتر العقار قبل تسجيل عقد البيع ، لأن المشترى فى هذه الحالة لم يكتسب بعد ملكية العقار المرهون .

ومن هذا أيضاً أن تكون ملكية الراهن معلقة على شرط واقف لم يتحقق بعـد ، فقبل تحقق الشرط لا يعتبر الراهن مالكاً للعقار المرهون . ومن هذا أن يعلن الراهن صراحة أنه لا يملك العقار المرهون وأنه يرهنه فقط فى حالة ما إذا إكتسب ملكيته فى المستقبل (١) ، أو أن يعلن الراهن أنه لا يملك العقار المرهون، وأنه يتعهد عن المالك فى هذا الشأن (٢) .

وكذلك يعتبر رهناً لملك الغير أن يصرح الراهن بأنه لا يملك العقار المرهون ، وأنه يرهنه باعتباره ولياً فى التصرف فى هذا العقار ، إذا كان فى الرهن تخطياً لهذه الولاية ، أو إذا كانت الولاية لم تثبت له أصلا (٣) .

إذا صدر الرهن على هذا النحو من غير مالك ، فما هو تكييفه ؟ وما هو

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٢١ .

(٢) المرجع السابق ، فقرة ٤٢١ . ويستبعد البعض هذه الصورة من أحكام رهن ملك الغير على أساس خضوعها لأحكام التعهد عن الغير. شمس الدين الوكيل ص ٨٧ ؛ منصور مصطفى منصور ص ٤١ هامش ٢ . إلا أننا نميل إلى الإعتقاد بأنه إذا رهن شخص عقاراً لا يملكه وتعهد فى نفس الوقت أن يحمل المالك على إقرار هـذا الرهن ، كان تصرفه رهنا لملك الغير وتعهداً عن الغير فى نفس الوقت .

(٣) يرى جانب من الفقه أن الرهن الصادر من شخص باعتباره نائبا عن المالك دون أن تثبت له هـذه النيابة ، أو كان فى الرهن تجاوزاً لحدود نيابته ، لا يعتبر رهنا لملك الغير . شمس الدين الوكيل ص ٨٧ ؛ منصور مصطفى منصور ص ٤١ هامش ٢. والواقع أننا لا نرى لمثل هذا التصرف وصفا آخر ، غير كونه تصرفا فى ملك الغير . فرهن ملك الغير لا يتقيد بأن يعقده الراهن « باسمه ولحسابه على عقار مملوك لغيره » . منصور مصطفى منصور ص ٤١ . فاذا عقد شخص رهنا على عقار لا يملكه ولحساب مالكه دون ولاية له فى ذلك ، كان تصرفه رهنا لملك الغير . والقيد السابق لم يرد به نص ، ويؤدى إلى تضييق نطاق أحكام رهن ملك الغير دون حاجة إلى ذلك .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حكمه ؟ والواقع أن الحاجة إلى تكييف تصرف ما تظهر أكثر إذا لم ينص المشرع على حكم هذا التصرف ، فيكون الغرض من التكييف فى هذه الحالة رد التصرف إلى طائفة معينة من التصرفات لإجراء حكمها على هذا التصرف . وهذا هو الوضع فى القانون الفرنسى إذ لا يوجد نص فيه يبين حكم رهن ملك الغير ، وقد إتجهت غالبية الفقه والقضاء فى فرنسا إلى إعتبار رهن ملك الغير صورة من صور رهن المال المستقبل ، على أساس أن من يرهن ملك غيره لا يملك ما يرهنه فى الحاضر وأنه يأمل أن يملكه فى المستقبل .

وهذا التكييف يصدق فعلا على بعض صور رهن ملك الغير التى أشرنا إليها من قبل ، فالمال المملوك لشخص هو مال حاضر بالنسبة لصاحبه ، وهو أيضاً مال مستقبل بالنسبة لغيره إذا كان هذا الغير يسعى أو يأمل إنتقال الملكية إليه فى المستقبل ، ومع ذلك فقد رأينا صوراً أخرى عديدة يصعب فيها إعتبار رهن ملك الغير تطبيقاً لرهن المال المستقبل .

وأيا ما كان الأمر فقد أجرى الفقه والقضاء فى فرنسا حكم رهن المال المستقبل على رهن ملك الغير ، وهو البطلان المطلق .

وقد أدى هذا إلى مفارقة واضحة بين حكم بيع ملك الغير وحكم رهن ملك الغير ، فبينما لا يقع الأول باطلا بطلاناً مطلقاً إذ يصح بيع ملك الغير إذا أقره المالك الحقيقى أو انتقلت الملكية بعد البيع إلى البائع ، فان الثانى يقع باطلا بطلاناً مطلقا لا يصححه شىء ؛ ولا يخفى على جانب من الفقه الفرنسى أن هذا الإختلاف فى الحكم لا يقره العقل ولا يتفق مع العدل أيضاً (١) .

أما المشرع المصرى فقد عمل كما تقول المذكرة الإيضاحية على أن « يوحد فى الحكم ما بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهناً رسمياً ورهن ملك الغير حيازة لوحدة العلة وتحقيقاً لإتساق التشريع . وفى هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن) كما يجيزه إقرار

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ص ٤٥٦ ؛ مازو ج ٣ بند ٢٤٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المالك الحقيقى أو إنتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن . ومقتضى هذا كما تقول المذكرة الإيضاحية أن « الرهن يكون باطلا بطلاناً نسبياً » (١) .

وفى نفس الوقت فان المذكرة الإيضاحية تقرر بصدد بطلان بيع ملك الغير أن « أن البطلان هنا خاص أنشأه (٢) النص » والمقصود بهذا أن البطلان جاء خلافا للقواعد العامة التى يجوز بمقتضاها التصرف فى ملك الغير (٣) ، وليس المقصود بهذا أن البطلان من نوع خاص sui generis لا هو مطلق ولا هو نسبى، كما فهم البعض (٤) ، لأن المذكرة الإيضاحية صريحة فى إعتبار البطلان نسبياً .

ويبدو لنا أنه عند تكييف رهن ملك الغير برده إلى القواعد العامة لا بد من مراعاة التباين فى الصور المختلفة لرهن ملك الغير السابق عرضها .

ولهذا لايبدو لنا صحيحا إعطاء رهن ملك الغير وصفا واحداً باعتبار أن تطبيقاته جميعا على غرار واحد . فرهن ملك الغير قد يكون مشوبا بعيب من عيوب الإرادة إذا تم بطريق الغلط ، وقد يكون التصرف معلقاً على شرط واقف هو اكتساب الراهن لملكية العقار المرهون ، وقد يكون الرهن تصرفا فى مال مستقبل ، وقد يكون تعهداً عن الغير وهو المالك الحقيقى، وقد يكون تجاوزاً النائب حدود نيابته أو عدم وجود هذه النيابة أصلا .. الخ

وهذه التصرفات حكمها فى القواعد العامة ليس واحداً فبعضها يكون صحيحا (التصرف فى المال المستقبل م ١٣١/١ ، والتعهد عن الغير م ١٥٣) ، وبعضها يكون موقوفا (رهن المالك على شرط واقف لم يتحقق بعد ، أو تعليق الرهن ذاته على شرط تملك الراهن للعقار المرهون) ، وبعضها يكون باطلا بطلانا نسبيا (الغلط فى التعاقد) ، وبعضها يكون باطلا بطلانا مطلقا (الحكم الخاص الذى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٧ ص ١٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ص ١٢١ .

(٣) منصور مصطفى منصور ص ٤٥ .

(٤) سليمان مرقس ص ٥٩ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أورده المشرع على بطلان رهن المال المستقبل م ١٠٣٣/٢ ، وهو نفس الحكم فى القانون الفرنسى) .

ولهذا لايبدو لنا صحيحا القول بأن رهن ملك الغير حسب القواعد العامة هو دائما باطل بطلانا مطلقاً ، أو أنه تصرف موقوف (١) فى جميع الأحوال ، أو أنه باطل بطلانا نسبيا ،أو أنه صحيح بحسب الأصل (٢)، فهذه الآراء يعيبها فى الواقع إعتبارها رهن ملك الغير تصرفا من نوع واحد فى جميع الحالات .

إلا أنه تنبغى مراعاه أن تكييف رهن ملك الغير حسب القواعد العامة ليست له أهمية عملية من حيث التشريع الوضعى ، لأن المشرع وضع أحكاماً خاصة لهذا الرهن لم يستقها من القواعد العامة ، وقصدبها بصفة خاصة تحقيق العدالة من ناحية وتوحيد حكم رهن ملك الغير من ناحية أخرى بغض النظر عن أحكامة المختلفة فى القواعد العامة .

ولهذا ينبغى أن تتجه الدراسة إلى معرفة حكم رهن ملك الغير فى التشريع .

وبمقتضى نص المادة ١٠٣٣/١ فرهن ملك الغير تصرف قابل للتصحيح فهو ليس صحيحا ، فالمشرع ينص على أنه « يصبح صحيحا .. » ومعنى هذا أنه لم يكن صحيحا فى الأصل .

وهو ليس باطلا بطلانا مطلقا وإلا لما أمكن تصحيحة فى الأحوال التى ينص عليها المشرع .

وعلى هذا فاذا لم يكن التصرف صحيحا أو باطلا بطلانا مطلقا فلا مناص من إعتباره باطلا بطلانا نسبيا .

وإذا كان التصرف الباطل بطلانا نسبيا يوصف أحيانا بأنه تصرف قابل للإبطال ، ومعنى هذا أنه تصرف قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطالة ، إلا أنه

---

(١) شفيق شحاته ص ٨١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، العقود المسماه ص ٢٥٢ ومابعدها؛ التأمينات العينيه ص ٤٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يمكن القول بأن التصرف الباطل بطلانا نسبيا قد يعنى أحيانا أنه قابل للتصحيح ، ومعنى هـذا أن التصرف لايعتبر قائما ولاينتج أثاره مالم يتم تصحيحة .

ورهن ملك الغير يقبل التصحيح فى حالتين : الأولى ، إذا أقر المالك الحقيقى الرهن وقد إشترط المشرع أن يتم الاقرار فى ورقة رسمية ، وهذا الشرط يتمشى مع إشتراط الرسمية فى إنعقاد الرهن حماية للمالك .

والحالة الثانية إذاإنتقلت إلى الراهن ملكية العقار المرهون .ولايصح الرهن إلا من وقت إنتقال الملكية إلىالراهن ،وعلى هذا إذاكان المالك السابق قدرهن العقار بعـد الرهن الصادر من غير المالك وقبل إنتقال الملكية إليـه ، فلا يضار المرتهن من المالك السابق من هذا الرهن الذى تم تصحيحه .

هذه هى الأحكام التى نص عليها المشرع فى رهن ملك الغير ، وهو لم ينص على حق المرتهن فى إجازة العقد ، ويلاحظ أن إجازة المرتهن لا تصحح العقد لأنه لا يزال بعد الإجازة رهناً لملك الغير .

ولم ينص المشرع أيضاً على حق المرتهن فى إبطال العقد ، والحق أنه لا حاجة لطلب إبطال العقد لأنه غـير منتج لآثاره حتى يتم تصحيحه ، والمرتهن إذا أراد أن يسقط أجل الدين على أساس أن الراهن لم يقـدم ما وعد بتقديمه من تأمينات فهو فى غير حاجة إلى إبطال الرهن حتى يصل إلى هذه النتيجة ، بل يكفى أن يقرر أن الرهن لم ينشأ لأن الراهن غير مالك ، دون حاجة إلى إبطال الرهن .

والخلاصة أن رهن ملك الغـير حسب القواعد العامة قـد يكون صحيحاً أو موقوفا أو باطلا بطلاناً مطلقاً أو نسبياً حسب الأحوال ، وأن حكم رهن ملك الغير فى التشريع الوضعى واحد فى جميع الحالات فهو تصرف قابل للتصحيح وهذه صورة من صور البطلان النسبى .

٢٢ - الراهن الصادر منه مالك ظاهر :

المالك الظاهر هو الشخص الذى يظهر على أنه المالك وهو غير ذلك حقيقة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فالمالك الظاهر إذن هو غير مالك ، والرهن الصادر منه هو رهن ملك الغير . ومع ذلك فاستثناء على قاعدة بطلان رهن ملك الغير ، وحماية للأوضاع الظاهرة، والثقة فى التعامل يتجه القانون إلى إعتبار رهن المالك الظاهر صحيحاً . ومن أمثلة المالك الظاهر ، المالك بسند صورى ، والاسم المستعار ، والوارث الظاهر على التفصيل الآتى :

١ – المالك بسند صورى :

أجاز المشرع الصورية فى العقود ، ومقتضى الصورية أن يخفى المتعاقدان حقيقة التصرف الواقع بينهما ، بتصرف آخر غير حقيقى يعلنانه للناس .

ومتى جاز هذا كان من حق الغير التمسك بالتصرف الصورى على أنه هو التصرف الحقيقى طالما كانوا حسنى النية . فإذا باع شخص إلى آخر عقاراً بعقد بيع صورى يخفى عقداً حقيقياً ، وهو ما يسمى إصطلاحاً « ورقة الضد » ، تظل بمقتضاه الملكية للبائع ، فإن المشترى بالعقد الصورى يعتبر مع ذلك فى نظر الغير حسن النية هو المالك لهذا العقار .

فإذا رهن المشترى العقار لشخص لا يعلم أنه غير مالك حقيقة نشأ الرهن صحيحاً . وهذا تطبيق لنص المادة ٢٤٤/١ التى تقرر أنه « إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسنى النيه، أن يتمسكوا بالعقد الصورى».

وقد ذهب المشرع فى حماية الأوضاع الظاهرة ليس فقط إلى إعلان صحة رهن المالك بسند صورى ، بل أكثر من هذا إلى تفضيل هذا الرهن على رهن آخر صادر من المالك الحقيقى لنفس العقار ، وهذا ما عبر عنه المشرع فى المادة ٢٤٤/٢ بقوله « إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » .

وقد أعلن المشرع بهذا عن إتجاهه إلى حماية الوضع الظاهر إلى مدى بعيد ، مما يسمح بالقول بصحة الرهن الصادر من مالك ظاهر فى حالات أخرى لم يرد بشأنها نص كما سيجىء .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ب - الاسم المستعار :

قد يكتسب شخص ملكية شيء بسند صحيح ، دون أن يكون هو حقيقة المالك لهذا الشيء ، ولا يعدو أن يكون إسماً مستعاراً للمالك الحقيقي ، وتبدو هذه الصورة قريبة من صورة المالك بسند صوري غير أن الفرق يظهر في أن المالك الحقيقي في حالة الإسم المستعار لا يكون غالباً شخصاً قانونياً معترفاً به ، ولهذا لا يتصور أن يوجد بينه وبين المالك الظاهر عقداً يخفي عقداً حقيقياً ، فالعقود لا تنشأ إلا بين أشخاص .

وقد حدث فعلا في فرنسا أن بعض الجمعيات الدينية غير المصرح لها بمزاولة نشاطها إستترت تحت إسم شركات مدنية ، وظهرت هذه الشركات بمظهر المالك لكل العقارات الخاصة بهذه الجمعيات ، وقام ممثلوها بترتيب رهون على العقارات المذكورة .

والرهن بهذا الوصف صادر من مالك غير حقيقي ، من إسم مستعار للجمعيات الغير مصرح بوجودها . ومع ذلك فقد قضى القضاء الفرنسي حماية للمرتهن حسن النية ، وحماية للإئتمان العقاري بصحة هذه الرهون (١). ويبدو لنا أن مثل هذا الحكم يمكن الأخذ به إذا عرضت حالات مشابهة للقضاء المصري .

ج - الوارث الظاهر :

الوارث الظاهر أو الموصى له الظاهر هو من يظهر في نظر الناس أنه الوارث الحقيقي أو الموصى له الحقيقي وهو ليس كذلك . والمشرع المصري لم يتناول هذه الحالة بالنص ، ويرى البعض أن نظرية الوارث الظاهر مجهولة من القانون المصري ، وأن تصرفات الوارث الظاهر لهذا لا يمكن أن تضر بالوارث الحقيقي (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ ص ٤٦٢ .

(٢) عز الدين عبد الله ، حماية خاصة بالدائن المرتهن في القانون المصري ، ص ٣٠٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فهناك إتجاه آخر فى الفقه يرى صحة الرهن الصادر من الوارث الظاهر إذا كان المرتهن حسن النية لا يعلم أن الراهن غير وارث حقيقة ولا يستطيع أن يعلم ذلك ، ويستأنس هذا الرأى باتجاه الفقه والقضاء فى فرنسا فى هذا الشأن ، وباتجاه المشرع المصرى إلى حماية الأوضاع الظاهرة تطبيقاً لقاعدة أن الغلط الشائع يولد الحق « ERROR COMMUNIS FACIT JUS » ، وهى قاعدة لها ما يبررها من حماية الثقة فى التعامل ، وحماية الغير حسن النية .

وقد أعلن المشرع هذا الاتجاه فى النص السابق دراسته عن جواز تمسك الغير حسن النية بالتصرف الصورى ، وكذلك نص المادة ٧ [illegible] فيه نظرية النيابة الظاهرة ، ونص المادة ٣٣٣ الذى أعلن فيه صحة [illegible] الظاهر .

ويبدو لنا هذا الاتجاه جديرا بالتأييد (١) .

٢٣ - الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى :

المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى يعتبر كأن لم يكن مالكاً أبداً ، وبالتالى فكل التصرفات التى صدرت عنه من قبل تصبح كأن لم تكن . هذا هو مقتضى الأثر الرجعى لزوال الملكية إذا أطلق حكمه . فإذا صدر رهن من مالك ثم زالت عنه ملكيته بعد هذا ، ترتب على زوالها زوال الرهن بالتالى ، وهذا هو الحل فى القانون الفرنسى ، لا يغير منه حتى أن يكون المرتهن حسن النية وقت إبرام العقد (٢) .

ومع ذلك فإن القانون المصرى قد وضع حكماً مخالفاً للحكم السابق بمقتضاه كما تنص المادة ١٠٣٤ « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » .

---

(١) عبد الباسط جميعى ، نظرية الأوضاع الظاهره ، على الآله الكاتبة ، رسالة من القاهرة ١٩٥٥ ، ص ١٤٢ ، مشار إليه فى شمس الدين لوكيل ص ١٣٠ ، ويبدو أن أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل هو أول من أيد صحة رهن الوارث الظاهر فى مصر .

أنظر أيضا منصور مصطفى منصور ص ٦٢ ؛ أحمد سلامه ص ١٣٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤١٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والفرض فى هـذه القاعدة يقوم على ثلاثة شروط : ١ — أن يصدر الرهن من مالك ٢ — أن يكون المرتهن حسن النية وقت إبرام الرهن ٣ — أن تزول ملكية الراهن بعد هذا بأثر رجعى .

١ — أن يصدر الرهن من مالك :

حتى يبقى الرهن قائماً ينبغى أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وقت العقد ، وبهذا يتميز هذا الفرض عن رهن ملك الغير الذى يصدر من غير مالك وقت إبرامه . وينبغى أن تكون الملكية ثابتة للراهن بسند حقيقى ، وبهذا يتميز هـذا الفرض عن رهن المالك بسند صورى أو رهن المالك الظاهر بصفة عامة (١) ، فملكية الراهن وإن كانت زائلة ، إلا أنها ليست صورية (٢) .

وينبغى أن يكون سند ملكية الراهن قائماً وقت الرهن ، ولا يعتبر كذلك السند الباطل بطلاناً مطلقاً أو السند المزور (٣) .

٢ — أن يكون المرتهن حسن النية وقت العقد :

---

(١) وإن كان البعض يرى أن المالك إذا زالت ملكيته فهو مالك ظاهر. فمن رأى الدكتور شفيق شحاته « أن تصحيح العقد الصادر من الشخص الذى يملك بمقتضى سند مهدد بالزوال هو تطبيق من تطبيقات نظرية المالك الظاهر . فمتى كان المرتهن حسن النية ، تمتع بالحماية التى تنص عليها المادة ١٠٣٤ ، لأنه يكون قد تعامل مع شخص يوحى السند الذى بيده بأنه يملك التصرف » ص ٨٦ . ويبدو لنا أن حق الراهن فى الرهن لا ينتج عن مجرد إيحاء من السند الذى بيده ، بل ينتج قانونا من هذا السند ، وهو سند حقيقى وغير صورى .

(٢) يرى البعض أن المادة ١٠٣٤ تنطبق أيضا على المالك بسند باطل بطلانا مطلقاً ، ومثل هذا الشخص لا يمكن إعتباره مالكا حقيقيا ، فهو فى أحسن الفروض مالك ظاهر . ولهذا لا يجوز لدخاله تحت حكم المادة ١٠٣٤ إلا إذا إعتبرنا هذا النص تطبيقا لفكرة المالك الظاهر وهو ما يقول به أنصار هذا الرأى فعلا . عبد الباسط جميعى ، المرجع السابق ص ٣٥٠ مشار إليه فى شمس الدين الوكيل . المرجع السابق ص ١٣٣ هامش ١ . وقد سبق لنا رفض إعتبار المالك بسند مهدد بالزوال من تطبيقات المالك الظاهر .

(٣) أنظر الصور المتعددة التى كان ينص عليها القانون المختلط مشاراً اليها فى سليمان مرقس ، فقرة ٥٥ ، هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومقتضى هذا الشرط أن يعتقد المرتهن بحسن نيه أن سند ملكية الراهن غير مهدد بالزوال . وحسن نيه المرتهن هو الإعتبار الأول الذى راعاه المشرع عندما قرر بقاء الرهن رغم زوال ملكية الراهن . فقد قصد بذلك حماية الثقة المشروعة التى أعطاها دائن مرتهن حسن النية لسند ملكية الراهن . فاذا إنتفى حسن النية ، إنتفت الحكمة من هذا الحماية.

وتتوافر حسن النية للمرتهن إذا كان لايعلم وقت العقد بما يهدد سند ملكية الراهن ، وإذا كان لايستطيع أن يعلم بهذا لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد .

فإذا إرتهن شخص من مشتر لعقار لم يدفع ثمنه بعد ، ثم فسخ البيع بعد هذا لعدم الوفاء بثمنه ، فان المرتهن لايعتبر حسن النية ، لأن الشخص العادى كان يتأكد من أن المشترى الراهن قد وفى ثمن العقار الذى يرهنه .

وتقرير حسن نية المرتهن مسأله تخضع لتقدير القاضى ، ومع ذلك فان المشرع قد وضع فى قانون تنظيم الشهر العقارى ، فى المادتين ١٥، ١٧ قرينة قانونية لاتقبل إثبات العكس ينتفى معها حسن نية المرتهن بعد فترة زمنية محددة .

فالمادة ١٥ تقرر فى فقرتها الأولى أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى » .

وتقرر المادة ١٧ أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية إبتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولايكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما » .

وعلى هذا إذا كان هناك مايهدد ملكية الراهن ، ورفعت دعوى بهذا وتم

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

التأشير بها فى هامش سجل السند الذى تملك به ، فان المرتهن الذى يتلقى الرهن بعد هذا التاريخ يعتبر سيء النية ، لأنه كان يستطيع أن يعلم بما يهدد ملكية الراهن بالزوال إذا اطلع على سجل سند ملكيته .

فمجال البحث إذن فى حسن نية المرتهن يكون فى الفترة السابقة على التأشير بالدعوى التى تهدد ملكية الراهن، وهنا فقط يباشر القاضى سلطته التقديرية ، أما بعد هذا الوقت فقد أقام المشرع قرينة قاطعة على علم المرتهن بما يهدد ملكية الراهن ، وبالتالى على سوء نيته .

والوقت الذى يراعى فيه حسن نية المرتهن هو وقت إنعقاد العقد ، فاذا كان المرتهن حسن النية فى هذا الوقت ، ثم علم بعد هذا بما يهدد ملكية الراهن فلا يؤثر هذا فى حسن نيته .

إلا أن حق المرتهن لاينفذ فى مواجهة الغير قبل شهره . ويعتبر من الغير من يرفع دعوى يهدد بها ملكية الراهن . ولذلك حتى يكون الرهن نافذاً فى حق رافع الدعوى ينبغى أن يتم شهره قبل تسجيل الدعوى المذكورة أو التأشير بها على النحو السابق ذكره .

٣ — زوال ملكية الراهن بأثر رجعى :

أسباب زوال ملكية الراهن متعددة ، فقد يكون السند الذى اكتسب به حقه قابلا للابطال لعيب من عيوب الإرادة ويحكم بابطاله ، أو أن يمتنع المالك بالوفاء بالتزامات مترتبة عليه بهذا السند فيحكم بفسخه ، أو أن يحكم بفسخ الوصية لتخطيها القدر الجائز الايصاء به قانوناً . أو أن تكون الملكية قد آلت للمالك بمقتضى عقد هبة ويحكم بالرجوع فى الهبة لسبب من الأسباب المبينه فى القانون (م ٥٠١) .

إذا تحقق الفرض السابق بشروطه الثلاثة : أن يصدر الرهن من مالك ، وأن يكون المرتهن حسن النية وقت العقد ، وأن تزول ملكية الرهن بعد هذا بأثر رجعى ، فإنه بمقتضى المادة ١٠٣٤ يبقى الرهن قائما لمصلحة الدائن المرتهن . فما هو تبرير هذا الحكم ؟

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذهبت المذكرة الإيضاحية إلى أنه « يمكن القول إن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية » . وهذا الرأى لا يمكن قبوله لأن النيابة لا تقر رضد مصلحة الأصيل وإضراراً به .

والمذكرة الإيضاحية تشعر بأن هذا الرأى غير مقنع ولهذا فهى تقدم مباشرة رأيا آخر غيره ، « أو يقال إن الرهن الرسمى . كما يكسب بالعقد . يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير مالك فى أحوال معينة إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية »(١). وهذا الرأى بدورة منتقد لأن الرهن الرسمى ينشأ بمقتضى عقد ، ويصعب قبول مصدر آخر له غير العقد .

وقد ذهب رأى آخر إلى أن الأصح أن يقال أن الراهن ليس هو المالك ، ولكن حق الرهن ينشأ مباشرة بالرغم من ذلك على مال المالك الحقيقى ، كما لو كان لا يزال على ملك الراهن ، فالراهن يعتبر مالك ظاهر فى هذا الفرض . فهناك حيلة شرعية تفترض بقاء المال على ملك الراهن (٢) ، وهذا الرأى يذهب إذن إلى أن حكم المادة ١٠٣٤ يخالف القواعد العامة بما لا يمكن تبريره إلا بالرجوع إلى فكرة الحيلة القانونية .

والآراء الثلاثة السابقة يجمعها أنها تقطع بأن المالك بعد زوال ملكيته يصبح وكأنه لم يكن مالكا فى أى وقت مضى ، وهى بهذا تطلق الأثر الرجعى لزوال ملكيه المالك .

ومع ذلك فمن الممكن تفسير بقاء الرهن بعد زوال ملكيه الراهن بالحد من إطلاق الأثر الرجعى لزوالها . فليس بحتم إذا زالت الملكية أن تزول بأثر رجعى وتعتبر كأن لم تكن .

بل أن الأثر الرجعى يبدو منتقداً إذ ينكر فترة زمنية كان الراهن فيها مالكا

---

(١) المذكرة الإيضاحية ، جـ ٧ ص ٢٠ .

(٢) شفيق شحاته ، ص ٨٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حقيقيا للعقار المرهون ، ويصطدم على هذا النحو بمراكز قانونية نشأت وتكونت فى هذه الفترة (١) .

وهذا ماذهب اليه المشرع فعلا فى المادتين السابق ذكرهما من قانون الشهر العقارى، حيث حد من إطلاق الأثر الرجعى لزوال الملكية ، حماية للحقوق العينية التى تم اكتسابها بحسن نية قبل زوال الملكية . فحق المالك الحقيقى لايكون إذن كما تقرر المادة ١٧ « حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما » . وهذه الحماية لاتحمى فقط حق الدائن المرتهن ، بل تشمل كل أصحاب الحقوق العينية الأخرى .

فاذا راعينا الحماية المقرره فى قانون تنظيم الشهر العقارى كفت المادة ١٠٣٤ من القانون المدنى عن أن تكون إستثناء للقواعد العامة ، لتصبح تطبيقا لقاعدة عامة جديدة بمقتضاها يحد المشرع من الأثر الرجعى لزوال الملكية بما لايؤثر فى حقوق الغير حسن النية (٢) .

٢٤ – الرهن الصادر من مالك المبانى القائمة على أرض الغير :

الأصل أن مالك الأرض ، يملك ماعليها من مبانى ومنشآت ، وهذا ما عبر عنه المشرع فى الماده ٩٢٢/١ بقوله « كل ماعلى الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامة على نفقته ويكون مملوكاً له » .

فالمشرع أقام قرينة على أن مالك الأرض ، مالك لما عليها ، ومع ذلك فهذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها ، وهو ماعبر عنه المشرع فى الفقرة الثانية من نفس المادة بقوله « ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد اقام هذه المنشآت على نفقته . كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ١٣٢ ومابعدها .

(٢) وإجراءات التنفيذ تتخذ فى مواجه المالك الحقيقى ،لأن الرهن نافذ فى حقه ،ومركزه قريب من مركز الحائز ، وإن لم يكن حائزا حقيقة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها .

وعلى هذا فمن المتصور أن يكون مالك الأرض غير مالك لما عليها من مبانى ومنشآت ، وأن تكون هذه مملوكة لشخص آخر بإذن مالك الأرض ، وهـذا الشخص الآخر قد يكون صاحب حق إنتفاع على الأرض ، أو مستأجرها ، أو حتى مجرد حائز لايتمتع بأى حق عينى على الأرض ، ولا حق شخصى مستمد من عقد ايجار لها (١).

مثل هذا الشخص يعتبر مالكاً للمبانى والمنشآت ، وملكيته هذه كاملة ، غاية الأمر أنها ملكية مؤقته تزول بإزالة المبانى ، أو بانتقال ملكيتها إلى مالك الأرض بمقتضى أحكام الإلتصاق .

وإنقضاء الملكية على هذا النحو ليس له أثر رجعى . ولهذا فإن مالك المبانى يستطيع رهنها وقت قيام ملكيته ، فهو فى هذا الوقت مالك من كل وجة .وإنقضاء ملكيته بعد هذا لايؤثر على الرهن الصادر منه وهو مالك حقيقة . ومع ذلك فحق المرتهن يخضع لعدة إحتمالات مصدرها أن الملكيه التى يرد عليها الرهن موقوته بزمن معين .

ومن المتصور أن هذا الزمن يطول ويستغرق كل مدة دين الدائن المرتهن ، فاذا حل أجل الوفاء بهذا الدين ولازالت الملكية قائمة للراهن ، أتخذت إجراءات التنفيذ فى مواجهته لبيع المبانى المرهونة ، وفى هذه الحالة تنتقل ملكية المبانى بالمزاد العلنى باعتبارها ملكية مؤقته .

وإذا كان مالك المبانى قد نقل ملكيتها بالبيع قبل حلول أجل الوفاء بالدين ، فان المرتهن يباشر حقه فى مواجهه المشترى الذى يعتبر حائزاً طبقاللقواعدالعامة(٢).

على أن المرتهن يتأثر حقه إذا إنقضى حق الراهن بانقضاء مدته . كأن ينقضى حق الإنتفاع ، أو حق الايجار الذى على أساسه تملك الراهن المبانى على أرض

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٨٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٨٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الغير . وفى هذه الحالة ينقضى حق المرتهن فى تتبع المبانى ، فهذه مصيرها إما الإزالة . وإما اكتساب مالك الأرض لملكيتها بمقتضى أحكام الإلتصاق.

والراهن لا يستطيع أن يمنع إزالة المبانى أو أن يتبعها فى يد مالك الأرض ، لأنه ليس للمرتهن من حقوق أكثر من حقوق مالك المبانى نفسه ، وليس له بصفة خاصة أن يعطل أحكام المبانى القائمة على أرض الغير بعد أن تلحق حقه على هذه المبانى بوصفها هذا .

ومع ذلك فحماية للدائن المرتهن فى هذه الحالة قرر المشرع فى المادة ١٠٣٨ أنه « يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقاً للأحكام الخاصة بالإلتصاق » .

ومقتضى هذا النص أنه إذا هدمت المبانى أو اكتسب مالك الأرض ملكيتها إنقضى حق الدائن المرتهن فى تتبعها ، ومع ذلك يبقى حقه فى الأفضلية مباشرة على وعاء يتحدد نطاقه بمقتضى الاتفاق بين مالك الأرض ومالك المبانى ، أو بمقتضى القانون .

فقد يتفق مالك الأرض مع المستأجر أو المنتفع أو غيرهما على مصير المبانى سواء فى ذلك أن يتم هذا الاتفاق قبل بدء الإيجار أو الإنتفاع أو بعد إنقضائها .

فإذا أتفق على أن تنتقل ملكية المبانى إلى مالك الأرض دون مقابل إنقضى كل حق للدائن المرتهن .

وإذا إتفق على أن يكتسب مالك الأرض ملكية المبانى مقابل تعويض معين ، كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى الأفضلية على هذا التعويض .

وإذا اتفق على هدم المبانى ، كان للدائن المرتهن أن يتقدم فى استيفاء حقه من ثمن الانقاض .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا لم يوجد إتفاق على مصير المبانى ، جاز لصاحبها وهو الراهن أن يطلب هدمها وفى هذا الحالة يباشر الدائن المرتهن حقه على ثمن الأنقاض أيضا .

وإذا لم يطلب مالك المبانى ازالتها ، لم يكن لمالك الأرض أن يطلب هذا ، وعليه أن يعوض مالكها مقابل إكتسابه هو ملكيتها بالإلتصاق ، وهو مخير بين أن يؤدى قيمة المواد وأجره العمل ، أو أن يدفع مبلغا يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م ٩٢٦) وفى هذه الحالة يتقدم الدائن المرتهن فى إستيفاء حقه من هذا التعويض .

وترى المذكرة الإيضاحية أن إستبدال المبانى بقيمة التعويض أو ثمنا لأنقاض « حالة من حالات الحلول العينى (١) ». ومع ذلك فهناك إتجاه فى الفقه يرى التفرقة بين حالتين: الأولى إذا حل أجل الوفاء بالدين قبل إستبدال المبانى بمبلغ التعويض أو ثمن الأنقاض ، كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى التقدم على هذه المبالغ بمقتضى حقه فى الرهن مباشرة .

والحالة الثانية إذا تم إستبدال المبانى القائمة بمبلغ التعويض أو ثمن الأنقاض قبل حلول أجل الدين ، فان هذه المبالغ تحل محل المبانى فى ضمان الوفاء بالدين الذى لم يحل أجله بعد ، ويعتبر هذا تطبيقا للحلول العينى (٢) . وتبدو لنا هذه التفرقة قائمة على أساس مقبول .

٢٥ - رهن العقار المملوك على الشيوع :

الشيوع يذهب فى الأصل ضد طبيعة الحق ذاته باعتباره إستئثار بقيمة معينة ، إلا أن يكون من الممكن التوفيق بين الاستئثار والشيوع ، فيكون الحق إستئثاراً على الشيوع ، وهو مالا يستحيل منطقا .

---

(١) المذكرة الإيضاحية ، ج ٧ ، ص ٢٨ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٤٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولكن إذا أمكن حل المشكلة من الناحية المنطقية، فان حلها من الناحية العملية يبدو صعباً في كثير من الأحيان حيث تتشابك حقوق الشركاء على الشيوع وحقوق الغير الذى تعامل معهم أو مع بعضهم .ولهذا لم يتأخر الفكر من قديم عن استنكار نظام الملكية الشائعة بما ترتبه من خصومات (١) .

ومع هذا فالملكية الشائعة قائمة من الناحية العملية لاسبيل إلى القضاء عليها ، فأسبابها تكاد تكون حتمية فى بعض الأحيان كالميراث مثلا . وإنتشار الملكية الشائعة فى العمل هو الذى يبرر إهتمام المشرع بتنظيم أحكامها فى نصوص متعددة. وتهدف هذه الأحكام فى مجموعها إلى حماية الشركاء على الشيوع من إضرار بعضهم ببعض أثناء قيام حالة الشيوع ، وإلى حمايتهم بعد إنتهاء حالة الشيوع بقسمه المال الشائع،من التصرفات الصادرة قبل القسمة .

إلا أن هذه الأحكام تهدف أيضاً إلى حماية حقوق الغير الذى تلقى حقاً من الشركاء على الشيوع أو من بعضهم ، بالقدر الذى لا يتعارض مع حماية حقوق الشركاء أنفسهم .

ودراسة أحكام الشيوع تقتضى تكييف حق المالك على الشيوع ، إذ على أساس هذا التكييف يمكن تحديد سلطات صاحب الحق فى التصرف أثناء قيام الشيوع ، وينبغى أيضاً تكييف القسمة ، إذ على أساس هذا التكييف يتحدد مصير التصرفات السابق صدورها قبل القسمة .

وقد ذهب المشرع إلى إعتبار حق الشريك على الشيوع حق ملكية ، فالمادة ٨٢٦/١ تقرر أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً» .

ويبدو لنا صحيحاً إتجاه جانب من الفقه إلى إعتبار هذا الحق ملكية مؤقتة تنتهى بقسمة المال الشائع أو بيعه لعدم إمكان قسمته . وهو لهذا السبب حق موصوف ، بمعنى أنه حق مهدد بالزوال والتحول إلى حق آخر ، إذا طلب

---

(١) أرسطو ، السياسة ، ترجمة أحمد لطفى السيد ص ١٣٦ . من الحجج التى يستدل بها الفيلسوف على فساد الشيوعية كنظام سياسى للدولة ، سوء نظام الملكية الشائعة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

واحد من الشركاء إنهاء حالة الشيوع بقسمه المال الشائع ، فيتحول حق كل شريك من ملكية شائعة إلى ملكية مفرزه (١).

ومقتضى هذا التحول هو استبدال ملكية بملكية أخرى تحل محلها . والتصرف الذى يتم بمقتضاه هذا التحول هو القسمة . والقسمة لا تعدو أن تكون بداية لهذا التحول ، وفاصلا بين مرحلتين : الأولى كان نصيب كل شريك حصة شائعة فى مال ، والثانية أصبحت ملكيته فيها واردة على شيء مفرز .

والقسمة بهذا الوصف لا تنكر الفترة السابقة عليها وهى فترة الشيوع ، فهذه الفترة كانت قائمة ليس بمقتضى الواقع فقط ولكن بمقتضى القانون أيضاً الذى يعترف بالملكية الشائعة وينظمها .

القسمة تضع حداً لفترة الشيوع ولكنها لا تقضى عليها بأثر رجعى ، فمن غير المعقول أن تنشأ حالة الشيوع لأسباب قانونية تكون حتمية فى بعض الأحيان (الميراث) ثم تستمر فترة من الزمن قد تطول وتصل إلى عشرات السنين ، ثم إذا وقعت القسمة بعد هذا اعتبرنا فترة الشيوع السابقة كأن لم تكن .

ولهذا يتجه الفقه الحديث إلى رفض فكرة الأثر الرجعى للقسمة (٢) ، وإن كان قد نص عليها المشرع فى المادة ٨٤٣ بقوله « يعتبر المتقاسم مالكاً للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص » . فهذا النص يقوم على مجاز مخالف للواقع وهو أسوأ أنواع الصياغة القانونية .

وكان من الممكن الوصول إلى النتائج التى هدف إليها المشرع دون اللجوء إلى هذا الافتراض ، بل أن بعض الأحكام التى قررها المشرع فعلا تذهب على خلاف فكرة الأثر الرجعى للقسمة .

فإذا قصرنا دراستنا على الرهن الصادر من المالك على الشيوع ، فإن صور

---

(١) منصور مصطفى منصور ، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة ، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية ، يناير عام ١٩٦٤ ، ص ١٠٦ ، ١٨٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ ، والمراجع التى يشير إليها ؛ شمس الدين الوكيل ، التأمينات ، ص ١٠٦ والمراجع التى يشير إليها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذا الرهن متعددة ، فقد يصدر الرهن من كل الشركاء على الشيوع ، وقد يصدر من بعضهم فقط ، وقد يكون رهنا للعقار كله أو حصة شائعة أو مفرزة منه .

الرهن الصادر من جميع الشركاء :

إذا صدر الرهن من جميع الشركاء فهو صحيح صادر من مالك ، وإجماع الشركاء عليه ينفى كل شبهة التعارض بين مصالحهم أو الإضرار ببعضهم . ومصير الرهن على هذا النحو لا يتأثر فى المستقبل بقسمة العقار المرهون أيا كانت نتيجة القسمة .

ولهذا كان العمل يجرى فى فرنسا تأكيداً لنفاذ الرهن الصادر من شريك واحد فقط أو بعض الشركاء أن يحصل الدائن المرتهن على إجماع بقية الشركاء على ضمان هذا الرهن أيا كانت نتيجة القسمة .

ومع ذلك فان محكمة النقض الفرنسية قررت فى حكم لها صادر عام ١٩٠٩ ، بالغت فيه فى إعمال الأثر الرجعى للقسمة ، أنه إذا كانت نتيجة القسمة أن أصبح العقار من نصيب واحد فقط من الشركاء ، فان الرهن لا يبقى نافذاً فى حقه إلا بقدر نصيبه فى العقار الشائع قبل القسمة (١) ، على أساس أن غيره من الشركاء بعد حدوث القسمة وخروج العقار من نصيبه يعتبر كأن لم يكن مالكا أبداً لهذا العقار ، ويعتبر الرهن الصادر منه وكأنه صادر من غير مالك ، ولهذا لا ينفذ فى حق الشريك الذى آل اليه كل العقار بعد القسمة .

وهذا الحكم لا يتفق حتى مع الأثر الرجعى للقسمة فى مجموعة ، لأن هذا الأثر من شقين الأول هو ما إعتمدت عليه محكمة النقض وهو أن كل شريك خرج العقار من نصيبه يعتبر كان لم يكن مالكا أبدا لهذا العقار ، أما الشق الثانى وهو ما أغفلته محكمة النقض فهو أن الشريك الذى آل إليه كل العقار فانه يعتبر مالكا لهذا العقار كله منذ أن تملك فى الشيوع .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، ص ٤٦٠ ؛ أوبرى وروو وبارتان ، ج ٣ ، ص ٣٧٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعلى هذا فالرهن الصادر بإجماع كل الشركاء ، وموافقة هذا الشريك بالذات، يعتبر رهنا صادراً من مالك ، على الأقل لموافقة هذا الشريك عليه وهو بمقتضى الأثر الرجعى للقسمة مالك للعقار كله طوال فترة الشيوع (١) .

وقد ثار الموثقون فى فرنسا على حكم النقض السابق ذكرة ، مما حمل المشرع الفرنسى على إصدار قانون فى عام ١٩١٠ بإضافة فقرة جديدة إلى نص المادة ٢١٢٥ فرنسى تقضى ببقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا أيا كانت نتيجة القسمة أو بيع العقار لعدم إمكان قسمته .

وهذا الحكم لم يخالف القواعد العامة فى تقديرنا ، ولم يأتى بجديد . ومع ذلك ففائدته لاشك فيها لتخليص ، القضاء من أثر إساءة محكمة النقض لفكره الأثر الرجعى للقسمة .

وقد قرر المشرع المصرى نفس الحكم فى المادة ١٠٣٩/١ التى تنص على أنه « يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع . أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » .

وهذا الحكم كما ذكرنا يمكن القول به دون نص ، ولهذا فهو ينطبق على الرهن الحيازى الصادر عن جميع الشركاء ، رغم ماذهب إليه البعض من أن هذا الحكم إستثنائى ومخالف للقواعد العامة للأسباب التى أبدتها محكمة النقض الفرنسية ، ولهذا فهو فى نظرهم لاينطبق على الرهن الحيازى دون نص (٢) .

الرهن الصادر من أحد الشركاء :

قد يصدر الرهن من أحد الشركاء للعقار كله ، أوحصة منه شائعة أومفرزة . فى هذه الحالة قد تثور شبهة التعارض بين مصالح الشركاء ، ويتحقق التعارض فعلا

---

(١) فى هذا المعنى أيضا الدكتور منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ،عام ١٩٦٥، ص ١٥١ .

(٢) شفيق شحاته ، ص ٩٦ ؛ محمد على إمام ص ٤٧٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إذا تمت القسمة ووقع العقار المرهون فى حصة شريك آخر غير الشريك الذى قرر الرهن عليه .

وفى هذه الحالة تتحقق حماية المقاسم على الوجه الأكمل إذا تقرر عدم نفاذ الرهن فى مواجهته . ومعنى هذا أن الدائن المرتهن لا يستطيع تتبع العقار المرهون فى يد الشريك الذى آل إليه العقار بعد القسمة إذا كان شخصا آخر غير الراهن . وهنا يلحق ضرر بالدائن ينبغى العمل على حمايته منه .

ولعل هذه الحماية تتحقق إذا راعى الشركاء أثناء القسمة أن يختص كل منهم بجزء مساو ، أو بنفس الجزء الذى تصرف فيه من قبل ، إذا كان قد تصرف فى جزء مفرز أثناء قيام الشيوع .

ولعل احتمال مساس القسمة بحقوق الدائنين هو الذى حمل المشرع على إعطاء هؤلاء الحق فى التدخل فى القسمة حماية لحقوقهم . والتدخل فى القسمة حق ثابت للدائن المرتهن والدائن العادى أيضا . إلا أن إدخال الدائن المرتهن واجب على المتقاسمين إذا تمت القسمة قضاء . وهو ماقرره المشرع فى المادة ٨٤٢/١ بقوله :

« لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . والمقصود بالعبارة الأخيرة من النص ، الدائنين المرتهنين رهنا رسميا أو حيازيا ، أو غيرهم من أصحاب الحقوق العينية واجبة الشهر .

ومن المحتمل أن يترتب على تدخل الدائنين المرتهنين على هذا النحو إمكان التوفيق بين حقهم فى بقاء الرهن نافذاً ، وحق كل شريك فى أن يتلقى حصته المفرزة خالية من كل رهن لم يرتبه هو من قبل .

ومع ذلك فقد لا يقع ذلك عملا ، ويقع عكسه من تعارض حقوق المتقاسمين مع حقوق الدائنين المرتهنين . فماهى الوسيلة لحماية حقوق الطائفتين معاً ؟

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الطريق إلى حماية المتقاسم واضح وهو أن أن يتلقى حصته المفرزه بعد القسمة خالية من كل رهن لم يرتبه هو من قبل . فالدائن المرتهن يسقط حقه فى تتبع العقار المرهون الذى لم يقع بعد القسمة فى نصيب الراهن .

أما حماية الدائن المرتهن فتكون بتقرير بقاء حقه فى الأفضلية لا على العقار المرهون فقد إنقضى حقه فى تتبع هذا العقار ، ولكن على ماحل محل العقار المرهون من عقار آخر أو أية قيمة مالية أخرى .

هذا هو الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى . أما المشرع الفرنسى فإنه كفل الحماية فقط للمتقاسم بعد القسمة مضحياً بعد هـــذا بكل مصلحة للدائن المرتهن . ويرجع هذا إلى إعتناق القانون الفرنسى فكرة الاثر الرجعى للقسمة على إطلاقها.

وهى فكرة يؤدى منطقها إل إهدار كل حماية للدائن المرتهن . لأنه إذا صدر الرهن من مالك على الشيوع ثم لم يقع فى نصيبه بعد القسمة العقار الذى رتب عليه الرهن ، فانه بمقتضى الأثر الرجعى للقسمة يعتبر كأنه لم يكن مالكا فى أى يوم من الأيام لهذا العقار ، وتعتبر بالتالى كأن لم تكن كل التصرفات التى صدرت منه على هذا العقار أثناء قيام الشيوع ومنها الرهن ،وهكذا يزول حق الدائن المرتهن ليس فقط فى مواجهة المتقاسم الذى آل إليه العقار المرهون ، ولكن أيضا فى مواجهة غيره من دائنى الراهن فلا يستطيع المرتهن أى يتمسك فى مواجهتهم بحقه فى الأفضلية على ماحل محل العقار المرهون فى ذمة الراهن من عقار آخر أو من مبلغ من النقود. وهذا هو ماقضى به القضاء الفرنسى فعلا (١) .

أما المشرع المصرى فقد قرر خلافا لمقتضى فكرة الأثر الرجعى للقسمة ، بقاء حق المرتهن بعد القسمة حتى ولو كان من نتيجتها خروج العقار المرهون من نصيب الراهن . وفى هذه الحالة ينتقل حق المرتهن إلى ما آل إلى الراهن من عقار آخر غير العقار المرهون .

وإختلاف هـذا الحكم مع مقتضى الأثر الرجعى للقسمة يبين بوضوح أن

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٢٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المشرع لم يوفق فى نصه فى المادة ٨٤٣ على فكرة الأثر الرجعى للقسمة، فهو نفسه لم يتبعها فى الأحكام التى وضعها تنظيما لأثر القسمة ، فضلا عن مخالفة هذه الفكرة الواقع كما ذكرنا من قبل .

ولهذا كان لابد من البحث عن تأصيل آخر لأحكام التشريع ، يصلح فى نفس الوقت لاستنباط أحكام أخرى لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للمتقاسمين وللدائنين معاً.

ويبدو لنا جديراً بالذكر فى هذا الشأن التأصيل الذى إنتهى إليه أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور فى بحثه عن « تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة (١) » .

ومن رأى الأستاذ أن القسمة ناقلة وليست كاشفة ، فالمتقاسم يتلقى حقاً مفرزاً لم يكن له من قبل ، إذ لاسبيل إلى إنكار فترة الشيوع التى قامت قبل القسمة وكان حق كل شريك فيها شائعا . وهناك إختلاف فى الطبيعة بين الحق الشائع والحق المفرز .

وإذا كان من أثر القسمة إنتقال حق مفرز إلى المتقاسم ، فليس بحتم أنه ينتقل إليه هذا الحق مثقلا بما كان مرتبا عليه من حقوق من قبل. لأنه توجد فى التشريع تطبيقات لحقوق إنتقلت من السلف إلى الخلف خالية من حق آخر رتبة السلف عليها قبل إنتقالها . مثال هذا الرهن المقرر على المبانى المقامة على أرض الغير فهو لاينفذ فى حق مالك الأرض إذا اكتسب ملكية المبانى بالالتصاق .

وهذا هو الحكم فى كل حالات الملكية المؤقتة . لأن المالك ملكية مؤقتة لايملك أن يرتب لغيره حقاً أكثر مما يملك هو . والمالك على الشيوع يملك ملكية مؤقتة ، وهى ملكية موصوفه بأن كل شريك على الشيوع يستطيع إنهاؤها إذا طلب القسمة .

والدائن المرتهن يعلم بهذا ، ويعلم أنه يتلقى حقه من مالك ملكية مؤقتة ، وأن

---

(١) منصور مصطفى منصور ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يناير سنه ١٩٦٤ ، ص ١٨٢ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حقه لا يمكن الاحتجاج به فى مواجهة متقاسم تلق العقار المرهون دون أن يكون هو الراهن لهذا العقار .

ومع ذلك فاذا كان المالك على الشيوع يفقد ملكيته الشائعه بمقتضى القسمه الا أنه يتلق بدلا منها ملكية مفرزة . وهذه الأخيرة يمكن أن تحل محل الملكية الأولى الشائعة فى تحمل الحقوق التى رتبها المالك عليها .

وعلى هذا النحو فحق الدائن المرتهن ينتقل من الملكية الشائعة إلى الملكية المفرزة التى آلت إلى الراهن . وهذه هى فكرة الحلول العينى . وبهذا تتحقق مصلحة المتقاسم ومصلحة الدائن المرتهن دون الالتجاء إلى فكرة الأثر الرجعى للقسمة التى تخالف الواقع .

وتطبيقاً لهذا التأصيل نواجه الفروض المختلفة لتصرف أحد الشركاء على الشيوع.

١ — رهن الشريك على الشيوع لجزء مفرز :

إذا رهن الشريك جزءاً مفرزاً من العقار لا ينفذ هذا الرهن فى مواجهة الشركاء الآخرين ، لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء ولا يختص الشريك الراهن من دونهم بسلطة التصرف فيه ، فاذا كان المرتهن لا يعلم بحالة الشيوع فله أن يطلب إبطال التصرف للغلط .

أما إذا كان يعلم بحالة الشيوع كان الرهن صحيحا لأنه صادر من مالك على أى حال ، ولكن يظل نفاذه موقوفا على حدوث القسمة .

فاذا كانت نتيجة القسمة وقوع الجزء المرهون فى نصيب الراهن أصبح الرهن نافذا فى مواجهته .

وإذ وقع الجزء المرهون فى نصيب شريك آخر لم ينفذ هذا الرهن فى مواجهته. ومع ذلك إذا إنتقل إلى الراهن بمقتضى القسمة مال آخر فإن هذا المال هو الذى يصبح مثقلا بالرهن بمقتضى فكرة الحلول العينى .

وهذا ما نص عليه المشرع فى القواعد العامة للتصرف فى الملكية الشائعة بنصه

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى المادة ٢/٨٢٦ على أنه « إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة. وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » . وقد طبق المشرع هذه القاعدة بنص خاص فى الرهن هو نص المادة ٢/١٠٣٩ .

وهذا النص يوحد فى الحكم بين رهن الجزء المفرز ورهن الحصة الشائعة فى الفترة اللاحقه على القسمة من حيث تطبيق فكرة الحلول العينى .

ب — رهن الشريك على الشيوع لحصته الشائعة :

كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاماً (م ٨٢٦) وعلى هذا فرهن الشريك لحصته الشائعة يقع صحيحاً ، ومع ذلك فهو يتأثر بحدوث القسمة بعد هذا حسب إحتمالاتها المختلفة .

فاذا وقع فى نصيب الراهن بعد القسمة جزء مفرز مساو للحصة الشائعة المرهونة ، فان حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز بمقتضى أثر الحلول العينى أى حلول الجزء المفرز محل الحصه الشائعة ، وليس بمقتضى أثر القسمة ذاتها ، لأن القسمة تقررت على الملكيه محل الرهن وليس على الرهن نفسه ، فالمرتهن لم يكن متقاسما(١) . وورود القسمة على الملكية وهى فى نفس الوقت محل الرهن أدى إلى تغيير

---

(١) وفى هذا المعنى يقول الدكتور منصور « يجب أن نلاحظ أولا أن حق الرهن ليس شائعاً إذ لا يتعدد أصحابه ، ولكن الحق الشائع هو حق الملكية فأثر القسمه هو أن يستبدل كل شريك من الشركاء بحصته الشائعه ملكية مفرزه ، أما بالنسبة للرهن فالقسمه لا ترد عليه لأنه ليس شائعا بل على محله وهو حق الملكية . وهنا يمكن أن يقال أن انتقال الرهن من الحصه الشائعه إلى الجزء المفرز هو أثر القسمه التى غيرت محله ولكننا نرى أن هذا التفسير ناقص ، فالقسمه لا يتعدى أثرها تغيير المحل أى استبدال ملكية مفرزه بحصه شائعة . وأما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العينى ... » (نظرية الحلول العينى ، ص ٢٣٣) . وأنظر عكس هذا الرأى فى اعتبار إنتقال حق المرتهن على هذا النحو كأثر للقسمة ذاتها المراجع المشار =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المحل بحلول جزء مفرز محل حصة شائعة وهذا هو الحلول العينى (١) .

وإذا وقع فى نصيب الراهن بعد القسمة جزء يزيد على الحصة الشائعة المرهونه أو وقع فى نصيبه العقار الشائع كله ، فان حق الدائن المرتهن يظل وارداً على حصة شائعة من العقار الذى آل للراهن تساوى الحصة التى كانت محلا للرهن، وإن كان البعض يرى أن الرهن ينتقل إلى كل ما آل للراهن ، على أساس أن مازاد عن الحصة المرهونة يصبح امتداداً لها. ولكن هذه الزيادة فى محل الرهن بها منفعة زائدة للمرتهن دون مبرر ، وقد تؤدى إلى الإضرار بمصالح غيره من دائنى الراهن دون حق (٢) .

وإذا وقع فى نصيب الراهن بعد القسمة أعيان أخرى غير التى رهنها أو جزء آخر مفرز من عقار غير العقار الذى رهن منه حصته الشائعة . فان المشرع قرر فى هذه الحالة إنتقال الرهن إلى ماآل للراهن من عقار آخر ، وهذا هو نفس الحكم بالنسبة لرهن الحصة الشائعة أو الجزء المفرز .

فالماده ٢/١٠٣٩ تقرر أنه «إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها، انتقل الرهن بمرتبة إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين» .

والمذكره الإيضاحية ترى بحق أن هذا تطبيق لمبدأ الحلول العينى . (٣) ومع ذلك

=إليها فى بحث الدكتور منصور عن «تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة» ، السابق الإشارة إليه، وهى: حسن كيره، الحقوق العينيه الأصلية رقم ١٢٣، ص ٣٤٣ هـ ١؛ عبد المنعم الصده ، الحقوق العينيه الأصلية ، رقم ١٣١ ص ١٧٦ ؛ شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات و القانون المدنى ط ٢ رقم ٤٥ ص ١١٢ هـ ١ ؛ أحمد سلامه ، التأمينات المدنية ، رقم ٥٠ ص ١٧٣ .

(١) دى باج وديكرز ، ج ٧ ، مجلد ١ ، ص ٤٠٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ فقرة ٤٢٣ ، والمراجع المشار اليها .

(٣) المذكرة الإيضاحية ، ج ٧ ، ص ٣١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حتى ينفذ هذا الحلول فى مواجهة الغير ، فلابد أن يقوم الدائن المرتهن بعد تعيين القدر الذى ينتقل إليه الرهن ، بقيد جديد يبين فيه هذا القدر ، وذلك فى خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، فاذا تأخر عن هذا الميعاد فلا يسقط حقه فى إنتقال الرهن على الأعيان الأخرى ، ولكن تسقط مرتبته التى إكتسبها من قبل ، فاذا قام بقيد جديد تحسب له مرتبة جديدة من تاريخ هذا القيد .

وإذا تم القيد الجديد فى الميعاد السابق ذكره إحتفظ الراهن بمرتبته القديمة ، إلا أن حقه لايزاحم مع ذلك حق الدائن المرتهن من جميع الشركاء على الشيوع ولو كانت مرتبته لاحقة للدائن المرتهن من أحد الشركاء ، وكذلك فان حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء لايضر بما للشركاء الآخرين من إمتياز ضمانا لحقوقهم المترتبة على القسمة. وهذه الحقوق متأخرة فى المرتبة عن حق الدائن المرتهن من أحد الشركاء أثناء الشيوع بطبيعة الحال ، ومع ذلك فهى تتقدم على هذا الحق بنص المادة ٢/١٠٣٩ .

وإذا لم يقع فى نصيب الراهن أى جزء من العقار الذى رهن حصته الشائعة فيه، وكان نصيبه من القسمة فقط مبلغا من النقود ، فان منطق حماية الدائن المرتهن يقتضى تمكينه من مباشرة حقه فى الأفضلية على هذه النقود ، رغم إنقضاء حقه فى تتبع العقار الذى تقرر له رهن على حصة شائعة منه إذا آل هذا العقار إلى شريك أو شركاء آخرين غير الراهن .

وهذا مايأخذ به القانون البلجيكى الصادر عام ١٨٥٤ (١) ، إلا أن القضاء الفرنسى أخذاً بمنطق الأثر الرجعى للقسمة يضحى فى هذا الفرض بكل حق للدائن المرتهن . فيعتبر أن حق الدائن المرتهن قد إنقضى ليس فقط فى مواجهة المتقاسم الذى آل إليه العقار ولكن أيضا فى مواجهة غيره من دائنى الراهن (٢) .

---

(١) دى باج وديكرز ، ص ٤٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٢٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وهذا الحل يجافى العدل ولا يتفق على أى حال مع إتجاه المشرع المصرى الى حماية الدائن المرتهن كلما أمكن ذلك . ولذلك فاننا نرى أن للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى الأفضلية فى هذه الحالة على ماتقرر للراهن من حقوق نقدية بمقضى القسمة.

ج — رهن أحد الشركاء للعقار كله :

الراهن لا يملك فى هذه الحالة العقار كله ، ولهذا فتصرفه يعتبر تخطيا لحدود سلطته فى التصرف . ومع ذلك فلا يعتبر هذا رهنا لملك الغير، لأن الراهن يملك حصة شائعة فى هذا العقار ، غايه الأمر أن الرهن لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين ويظل مصيره متوقفا على نتيجة القسمة .

فاذا آل العقار كله للراهن زال كل عائق عن نفاذ الرهن . وإذا آل للراهن جزء مفرز من هذا العقار تركز على هذا الجزء . وإذا كان نصيب الراهن من القسمة مبلغاً من النقود كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه فى الأفضلية على هذا المبلغ.

ويلاحظ أن الدائن المرتهن إذا كان لا يعلم بأن الراهن غير مالك للعقار كله ملكية مفرزه فله أن يطلب إبطال العقد للغلط بمقضى نص المادة ٢/٨٢٦ ،

خلاصة أحكام رهن العقار المملوك على الشيوع أن الشريك بعد القسمة يحصل على نصيبه المفرز خاليا من كل رهن لم يصدر منه ، وأنه حماية للدائن المرتهن فان حقه ينتقل إلى ماآل للراهن من مال نتيجة القسمة ، ولو كان هذا غير مانشأ عليه الرهن أصلا .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الفصل الثانى

آثار الرهن الرسمى

الرهن عقد له آثار بين أطرافه ، كما أنه حق عينى نافذ فى مواجهة الغير . وسندرس فى المبحث الأول آثار الرهن بين المتعاقدين ، وفى المبحث الثانى آثار الرهن فى مواجهة الغير .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الأول

آثار الرهن بين المتعاقدين

ينشىء عقد الرهن إلتزاماً أساسياً على عاتق الراهن ، هو الإلتزام بترتيب حق الرهن ، ويترتب على تنفيذ هذا الإلتزام — وهو ينفذ فى الحال وبحكم القانون — أن يوجد أكثر من حق عينى على العقار المرهون؛ حق الراهن وهو حق ملكية ، وحق الدائن المرتهن . وآثار عقد الرهن بين المتعاقدين ، هى آثار هذين الحقين معاً .

٢٦ - نشأة حق الرهن :

ينشأ حق الرهن بمقتضى العقد . والعقد ينشىء بحسب الأصل إلتزاماً على الراهن بترتيب حق رهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن . وهذا الالتزام ينتج أثره فى الحال وبحكم القانون تطبيقاً لنص المادة ٢٠٤ من القانون المدنى التى تقرر أن « الالتزام بنقل الملكية أو حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل (١) » . وقواعد التسجيل التى يشير إليها النص لا علاقة لها بالرهن .

وعلى هذا إذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ، وهذا شرط لصحة عقد الرهن، فإن حق الدائن المرتهن ينشأ بمجرد العقد . ولا تتوقف نشأته على أى إجراء لاحق ، كاجراء الشهر مثلا . لأن الشهر لازم لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته .

والمشرع يجرى فى نصوصه على عدم التمييز بين العقد والحق . فالرهن تارة هو العقد المنشىء للحق ، وتارة أخرى هو الحق الناشىء عن العقد . وهذا لا يستقيم إلا مع إعتبار الحق فى الرهن ملازماً للعقد ، وناشئاً عنه مباشرة .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٧٩١

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد عبرت المذكرة الإيضاحية عن هذا المعنى بقولها « أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ فى حق الغير إلا القيد (١) » .

وقد رفض جانب من الفقه هذا الرأى على أساس أن « المصدر الحقيقى للرهن الرسمى ، هو واقعة القيد ، . . . أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العينى بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر أثره ابتداء فى حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون مصدراً للتأمين العينى . . . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده (٢) » .

وهذا الاتجاه ينتقد عدم تمييز المشرع بين العقد والحق بينما التمييز بينهما لازم. وحجة هذا الرأى الأساسية هى أن الرهن لا وجود له بين المتعاقدين فهو ينشأ إبتداء فى مواجهة الغير .

وفى الرد على هذا الرأى يقول الأستاذ السنهورى « أن الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً فيما بين الراهن والمرتهن تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من القانون المدنى الجديد من أنه « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، . . . » . هذا إلى ما يقيد حق الرهن الراهن فى إيجار العين المرهونة وفى قبض أجرتها مقدماً (م ١٠٤٥ — ١٠٤٦ مدنى) . وكذلك الأمر فى رهن الحيازة . . . ولا يجوز القول أن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما تترتب على الرهن كعقد لا كحق ، فان نصوص القانون المدنى صريحة فى أن للرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة للغير . . . وما دام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين،

---

(١) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٤ .

(٢) شفيق شحاته ، فقرة ٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وذلك قبل القيد ، فهذا معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو العقد (١) » .

وخلاصة هذا الرأى أن الرهن يوجد بين المتعاقدين قبل نفاذه فى مواجهة الغير . ومن دلائل وجوده إلتزام الراهن بالضمان فى مواجهة الدائن المرتهن .

وقد رد أصحاب الرأى المنكر لنشأة الحق عن العقد على هذه الحجة بالقول بأن الالتزم بالضمان ينشأ عن العقد لا عن الحق ، وهو إلتزام شخصى شأنه فى ذلك الإلتزام بالضمان الناشىء عن عقد البيع ، وهو ينشأ عل عاتق البائع بمقتضى عقد البيع ، وقبل تسجيله ، وقبل إنتقال الملكية للمشترى ، فمصدره إذن هو العقد وليس الحق العينى (٢) .

ويبدو لنا أن الجدل حول معرفة ما إذا كان الإلتزام بالضمان ناشئا عن عقد الرهن ، أم عن حق الرهن للوصول بعد هذا إلى تحديد وقت نشأة الحق ، هو نقاش فى مسألة فرعية .

أما ما يحتاج البحث فهو معرفة هل يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على العقار وبيعه بالمزاد العلنى قبل القيد أم لا . فإذا أمكنه ذلك فما هو مصدر هذه السلطة؟ هل هو حق الرهن ، أم الحق فى الضمان العام ؟

وللإجابة على هذا نرى أن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار المرهون قبل أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الشهر . وهذا ما نص المشرع عليه صراحة فى المادة ١٠٥١ بقوله « للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات » .

وهذا النص ورد فى الفصل الخاص بآثار الرهن بين المتعاقدين ، ولم يشترط

---

(١) عبد الرزاق السنهورى، التصرف القانونى والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه ص ١٢٨ — ١٢٩ . وفى نفس المعنى ، الوجيز ، فقرة ٧٩١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٧٦ وهو يؤيد الدكتور شفيق شحاته ولكنه لايرى فائدة عمليه للخلاف

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المشرع لمباشرة أى أثر من هذه الآثار إتخاذ إجراءات الشهر . والمذكرة الإيضاحية صريحة فى أن الدائن المرتهن يستطيع إتخاذ إجراءات التنفيذ قبل شهر حقه . وقد عبرت عن هذا بصدد الرهن الحيازى، والمشكلة واحدة بالنسبة للرهنين الرسمى أو الحيازى .

وحسب المذكرة الإيضاحية أنه « قبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العينى . ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً . ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع لأن الرهن لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم (١) » . والتسليم لازم فى الرهن الحيازى لنفاذ الرهن فى حق الغير كالعقد فى الرهن الرسمى .

فالدائن المرتهن يستطيع فى التنفيذ على العقار المرهون بمجرد العقد . دون حاجة إلى قيد ، غاية الأمر أن هذا الحق يتعطل إذا وجدت مزاحمة من دائن آخر ، أو إذا وجد العقار فى يد شخص آخر ، فلا يستطيع الدائن مباشره حقه فى الأفضلية ، أو حقه فى التتبع مادام حقه لم يشهر بعد . إلا أنه من الممكن أيضا ألا يوجد أى عائق يحول بين الدائن وبين التنفيذ .

تبقى بعد هذا مسألة هامة هى معرفة ما إذا كان هذا الحق ينشأ عن الرهن أم ينشأ عن حق الدائن فى الضمان العام . لأن الدائن له حق فى الضمان العام على مدينة يستطيع بمقتضاه التنفيذ على أى مال من أمواله ولهذا قد يكون تنفيذه على العقار المرهون قبل القيد هو مباشرة لهذا الحق فى الضمان العام . وهذا مايقول به فعلا أصحاب الرأى المنكر لنشأه الحق بمقضى العقد .

وفى هذا يقول الدكتور شفيق شحاته « من الغريب أن يقال إن حق الدائن فى التنفيذ على العين المرهونة مستمد من عقد الرهن لا من حق الضمان العام المقرر لكل دائن ولو كان عادياً ، فيكون ذلك هو الأثر المترتب على الحق العينى الذى ينشأ فيما بين المتعاقدين عن عقد الرهن هو نفسه » (٢) .

---

(١) المذكرة الايضاحية ، جـ ٧ ، ص ٢٠٠ .

(٢) شفيق شحاتة ، فقرة ٤٢ ، ص ٤٤ ، هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وخلافا لهذا الرأى ترى المذكرة الإيضاحية أن الدائن «إذا إستعمل هذا السلطة (التنفيذ على العقار) فى مواجهة الراهن لم يكن هذا استعمالا لضمانه العام بل إستعمالا لحق الرهن ...» (١)

وفى تقديرنا أن رأى المذكرة الإيضاحية هو الصحيح ، ويظهر هذا بصفة خاصة فى الحالات التى لايكون فيها للمرتهن أى حق فى الضمان العام فى مواجهة الراهن ، كما لو كان الراهن شخصا آخر غير المدين وهو الكفيل العينى ، وفى شأنه يقرر المشرع فى المادة ١٠٥٠ أنه «لايجوز التنفيذ على ماله إلا مارهن من هذا المال» والكفيل لا يعتبر من الغير بالطبع فى مواجهة المرتهن ولهذا يجوز التنفيذ على العقار الذى رهنه قبل قيد الرهن ، ولايعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلا على ذمة الكفيل العينى ، فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين .

وعلى هذا إذا ثبت أن الدائن المرتهن يستطيع أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل شهر الرهن ، وأن هذا الحق مترتب على حق الرهن وليس على الضمان العام ، كان معنى هـــذا أنه لايلزم لنشأه حق الرهن إجراء القيد ، وأن الحق ينشأ من العقد مباشرة ، أما الشهر فهو لازم فقط لنفاذه فى مواجهة الغير .

بل أننا نميل إلى الأخذ بما قضت به بعض الأحكام الفرنسية ، ومايراه جانب من الفقة فى فرنسا ، من أن الرهن قد ينفذ فى مواجهة الغير دون قيد ، إذا أعلن الغير من المتعاقد معه ، وليكن هو الراهن ، بوجود حق رهن غير مقيد على العقار ، وأقر الغير وليكن هو المشترى من الراهن بأنه لايحتج بعدم نفاذ الرهن فى مواجهته لعدم القيد ، فمثل هذا الاتفاق صحيح ، والرهن ينفذ فى مواجهة الغير دون قيد . ذلك أن موضع الإتفاق هنا مصلحة الغير الخاصة وهذا جائز (٢) .

الخلاصة إذن هى أن حق الرهن العينى ، ينشأ عن عقد الرهن ذاته ، ولاتتأخر

---

(١) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٧٥٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

نشأته إلى وقت القيد . وهذا الحق ينشأ على عقار مملوك للراهن مما يعنى أن هـذا العقار أصبح محلا لحقين ، الأول حق الراهن فى الملـكية ، والثانى حق المرتهن فى الرهن .

٢٧ – العلاقة بين الملكية والرهن :

تمر العلاقة بين ملـكية الراهن ، ورهن الدائن بمرحلتين : الأولى ساكنة لا يكاد يؤثر فيها الرهن على الملـكية شيئا (١) وتبقى حقوق المالك على العقار المرهون كاملة تقريبا لا تتقيد إلا بالقدر اللازم لعدم الإضرار بالرهن مستقبلا إذا أضطر الدائن أن ينتقل إلى المرحلة الثانية ، وهى مرحلة تنفيذ الرهن ، وهو تنفيذ يقع على الملـكية ذاتها ويؤدى إلى زوالها عن طريق بيع العقار المرهون بالمزاد العلنى .

وسنبدأ أولا بدراسة المرحلة الأولى حيث تبقى الملـكية للراهن وتتقيد فقط بما يحمى مصلحة المرتهن المستقبلة فى التنفيذ على العقار عند اللزوم .

٢٨ – بقاء الملكية للراهن :

أهم ما يتميز به الرهن الرسمى هو أن المدين الراهن يحتفظ بحقه فى ملـكية العقار المرهون بكل ما يخوله هذا الحق من سلطات الإستعمال والإستغلال والتصرف (٢). وحق الدائن المرتهن لا يقتطع شيئا من ملـكية الراهن ولا يعتبر تجزئة له .

وقد كان من الصعب على الفـكر القانونى فى بداية تطوره تصور إمكان تقرير حق عينى على شىء مع إحتفاظ المالك فى نفس الوقت بكل سلطاته على نفس الشىء. ولهذا كان التأمين العينى يقتضى نقل الملـكية للدائن ، أو على الأقل فى مرحلة لاحقة نقل الحيازة له . أما أن يبقى المالك محتفظا بكل حقوقه على الشىء وفى نفس

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٢٢٨ .

(٢) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٦ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٨٩٤ ومابعدها؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٧٠ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٨٦٢ ومابعدها ؛ أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩١٨، فقرة ٢ ٢.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الوقت يتقرر للدائن حقا عينيا على نفس الشيء فهذا لا يستقيم إلا فى مرحلة فكرية متقدمة ، وهذا هو نظام الرهن الرسمى بالفعل (١) .

ويرجع إمكان ذلك إلى نظام الشهر من ناحية وإلى الغاية من الرهن من ناحية أخرى . فالدائن المرتهن لايهدف من حصوله على الرهن سوى إمكان بيع العقار بالمزاد العلنى للحصول على حقه من ثمن البيع إذا لم يوفه المدين الراهن بدينه عند حلول الأجل ، ولهذا فلا تعارض بين الغاية من حقه وبين إحتفاظ المالك بسلطاته على العقار كمالك له .

بل ولن يضار الدائن المرتهن حتى ولو رتب المالك للغير حقوقاً على العقار المرهون، لأن المرتهن بشهر حقه يستطيع أن يحتج به فى مواجهة أى شخص آخر إكتسب حقاً على العقار بعد شهر حق الدائن .

وعلى هذا إذا سارت الأمور على الوجة المعتاد فمن المتصور أن يحقق المرتهن كل الغاية من حقة دون أن ينتقص شيئا من سلطات المالك . وأن يباشر الراهن حقه كمالك دون أن يسبب أى ضرر لحق المرتهن .

ومع ذلك فمن المتصور أن يحدث العكس من تعارض بين سلطات المالك الراهن ، وحق الدائن المرتهن . فقد يقوم المالك بإتلاف العقار المرهون أو أن يتركه يتلف ، أو أن يقوم بهدمه إذا كان منزلا مثلا ، أو أن يفصل أجزاءاً منه ويبيعها لشخص حسن النية يتمسك فى مواجهة المرتهن بقاعدة الحيازه فى المنقول سند الحائز .

ومن المتصور أيضا أن يحدث ما يمس بحق الدائن المرتهن دون تدخل من المالك كأن يتلف العقار المرهون لسبب أجنبى .

كل هذه إحتمالات تقتضى وضع تنظيم يحكمها .

والتنظيم الذى وضعه المشرع يصدر عن فكرة مؤداها أن المالك يظل محتفظا بسلطاته على العقار المرهون ، فالدائن المرتهن فى الفترة السلبية السابقة على التنفيذ على العقار لامصلحة له فى تعطيل مباشرة المالك لسلطاته ، إلا أنه من ناحية

---

(١) راجع فقرة ٣ من هذا الكتاب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أخرى لاينبغى أن تؤثر مباشرة الراهن لحقه على حقوق الدائن المرتهن ، ولذلك فهو ضامن لسلامة الرهن ، ضامن للتعرض والإستحقاق .

ويعتبر تعرضا فى بعض الأحيان مايدخل أصلا فى سلطات المالك فى التصرف.

وزيادة على ذلك فالراهن ضامن لهلاك العقار أو تلفه .

وسندرس أولا سلطات المالك ، ثم التزاماته .

٢٩ – سلطة التصرف :

يملك الراهن بصفته مالكا للعقار المرهون سلطة التصرف فيه . وهـذا ماعبر عنه المشرع فى المادة ١٠٤٣ بقولة «يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون،..» وتبرير إحتفاظ الراهن بهذه السلطة هو كما يقول المشرع فى النص أن « أى تصرف يصدر منه لايؤثر فى حق الدائن المرتهن » . وتفسير هـذا أن الدائن المرتهن إذا شهر حقه إستطاع أن يحتج برهنه فى مواجهة أى شخص آخر يتلقى حقاً بعد ذلك على نفس العقار .

وفى بيان سلطة الراهن فى التصرف تقرر المذكرة الإيضاحية « لايفقد الراهن فى الرهن الرسمى ملكية العقار المرهون ولا حق التصرف فيه . فهو يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه . ولكن الملكية تنتقل مثقله بالرهن ، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقاً عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق إرتفاق ، ولكن هذه الحقوق لاتنفذ قبل الدائن المرتهن ، ولهذا أن ينفذ على العقار خاليا من هـذه الحقوق . ويستطيع الراهن أخيراً أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر ، رسميا كان أو حيازيا . . ، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق (١) » .

والأمثلة التى تعطيها المذكرة الإيضاحية لتصرفات يستطيع الراهن أن يقوم بها يظهر منها بوضوح أن سلطة الراهن فى التصرف لاتتعارض مع حق الدائن المرتهن على العقار طالما أنها لاتمس هذا الحق ولاتؤثر فيه.

ولهذا فليس للمرتهن أن يعترض على هذه التصرفات . بل أنه لايملك فى نظر

---

(١) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٣٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

البعض ، وهو مانؤيده ، أن يشترط على الراهن فى عقد الرهن عدم التصرف فى العقار المرهون . فسلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون تدخل فى طبيعة نظام الرهن ذاته ولا يجوز أن تكون موضعاً لإتفاق بين الراهن والمرتهن (١) . فضلا عن أن المصلحة التى يحققها المنع من التصرف للدائن المرتهن وهى تجنيبه إجراءات تتبع العقار فى يد الغير ، لا تتناسب مع الضرر الذى يلحق الراهن من تقييد سلطته فى التصرف فى ملكه .

ولهذا تقرر المذكرة الإيضاحية أن « حرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيدها إتفاق مع الدائن المرتهن ، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف فى العقار المرهون » . (٢) ونفس الحكم تقرره المادة ١١٣٦ من التقنين الألمانى .

ومع ذلك فإن سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون ليست مطلقة كما لو كان العقار خالياً من كل حق آخر يتعلق به . فإذا كان من شأن تصرف الراهن المساس بحق المرتهن إمتنع عليه ذلك وإعتبر تصرفه تعرضاً للدائن المرتهن وإخلالا بالتزامه بالضمان .

وعلى هذا فما يدخل أصلا فى سلطة المالك فى التصرف ، يعتبر أحياناً تعرضاً إذا صدر من مالك قرر رهناً على العقار الذى يملكه .

ومعيار التفرقة بين تصرف جائز وآخر غير جائز ، هو الإنتقاص من ضمان الدائن المرتهن ، ولا يعتبر إنتقاصاً على هذا النحو على خلاف ما قضت به بعض الأحكام الفرنسية (٣) ، التصرف فى جزء من العقار المرهون ، أو التصرف فيه

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٢٧٨ . ويأخذ بالرأى العكسى فى أن شرط المنع من التصرف جائز إذا توافرت شروطه ، شمس الدين الوكيل ، ص ٢٤٩ ، هامش ٢ ؛ محمد على أمام ص ٣١٨ .

(٢) المذكرة الإيضاحية ، ج ٧ ، ص ٣٩ .

(٣) هذه الأحكام قديمة ترجع إلى عام ١٢١٠ ، ١٨١٢ ولكن يؤيدها جانب من الفقه الفرنسى . أنظر ، أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كله إلى عدة أشخاص بعد تجزئته ، لأن مثل هذا التصرف وإن كان سيخطر الدائن المرتهن أن يعدد إجراءات التنفيذ وأن يتتبع العقار فى أكثر من يد ، إلا أن هـذا لا يعنى أن التأمين أصبح منتقصاً (١) .

ولـكن مما يستحق البحث فى شأن تقييد سلطة المالك فى التصرف ، هو تصرفه فى العقار أو فى جزء منه باعتباره منقولا بحسب المآل ، أو تصرفه فى عقارات بالتخصيص مخصصة لخدمة العقار المرهون .

١ — بيع الراهن للعقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل :

تصرف الراهن فى العقار باعتباره منقولا بحسب المآل قـد لا ينطوى على خطر كبير للراهن . من هذا تصرف الراهن فى الثمار وهى متصلة ، أو فى المحصول وهو قائم على الأرض . مثل هذا التصرف يعتبر من أعمال الإدارة وهو من حق الراهن طالما أن الثمار لم تلحق بالعقار بعد ، بتسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) .

أما إذا كان التصرف فى العقار باعتباره منقولا بحسب المآل يتخطى نطاق التصرف فى الثمار ليرد على أصل العقار ، فهو ينطوى على خطر كبير للدائن المرتهن لأن مثل هـذا التصرف إذا تم تنفيذه فعلا — ومثاله أن يبيع الراهن المنزل المرهون أنقاضاً — أن يهدم المنزل المرهون ويستولى المشترى على أنقاضه ، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع الأنقاض فى يد المشترى الذى سيحتج بحيازته وأن الحيازة فى المنقول سند الحائز (٣) .

ولهـذا فان هذا التصرف يعتبر تعرضاً من الراهن يجيز للدائن المرتهن أن يرجع عليه بأحكام الضمان وهو ما سنبينه عندما ندرس هذا الموضوع . ونكتفى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ٩٠٠ ؛ أنسيكلوبيدى داللوز ، جـ ٢ ، ص ٩١٨ ، فقرة ٢١٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ٨٩٩ ؛ فريجا فيل ، المنقولات بحسب المآل رسالة ، باريس ، ١٩٢٧ ، ص ٢٢٤ — ٢٣٧ .

(٣) أنسيكوبيدى داللوز ، جـ ٢ ، ص ٩١٩ ، فقرة ٢١٥

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الآن بدراسة تأثير هذا التصرف على حق الدائن ، والحماية التى يمكن تقريرها له فى مواجهة المتصرف إليه .

فمثل هذه الحماية قد تكون أجدى لمصلحة الدائن المرتهن من رجوعه على الراهن بالضمان ، وهو رجوع قد لا يغنيه شيئاً .

فى سبيل حماية حق الدائن المرتهن فى مواجهة المشترى للمنزل أنقاضاً ، قررت بعض الأحكام الفرنسية أن هذا البيع وإن كان بيعاً لمنقول فى العلاقة بين الراهن والمتصرف إليه ، إلا أنه يعتبر بيعاً لعقار فى العلاقة بين المتصرف إليه والدائن المرتهن . ولهذا فلا ينفذ البيع فى مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا كان قد سجل قبل قيد الرهن . وعلى هذا فالمرتهن يستطيع طالما أن المنزل لم يهدم فعلا ، أن ينفذ عليه باعتباره عقاراً ، وأن يمنع هدمه .

وفى هذا يقرر حكم لدائرة العرائض صادر فى عام ١٨٥٧ « وإلا توقف على محض إرادة المدين الراهن أن يقضى على التأمينات المعطاة للدائن المرتهن ، الذى لن يستطيع التنفيذ على ما خرج عن ملك الراهن بالبيع ، ولا أن يباشر حقه فى التتبع بسبب هذا المجاز الذى جعل العقار منقولا »(١) .

وينتقد البعض هذا القضاء على أساس أن العقد لا تكون طبيعته مزدوجة فيعتبر بيعاً لمنقول بين البائع والمشترى ، وبيعاً لعقار بالنسبة للدائن المرتهن . فهو فى جميع الحالات بيع لمنقول حسب طبيعة محله كما هى محددة بارادة المتعاقدين (٢) .

ولهذا يذهب إتجاه من الفقه إلى إعتبار البيع بيعاً لمنقول ومع ذلك فالملكية لا تنتقل بمجرد العقد ، ولكن بالتدريج وحسب ما يتم هدمه فعلا من أجزاء المنزل .

---

(١) فى التعليق على هذا الحكم وغيره من الأحكام التى صدرت فى نفس المعنى، راجع رسالة فريجا فيل ، المشار اليها ، ص ٢٣٤ — ٢٣٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفى إتجاه آخر أن الملكية تنتقل بمجرد العقد طالما أن محلها شيئاً معيناً بالذات ، ومع ذلك فلا ينفذ هـذا الأثر فى مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا إتخذ المشترى أعمالا ظاهرة كحيازة الشيء محل العقد (١) .

وأيا ما كان الرأى فإن الدائن المرتهن يستطيع طالما أن تحـويل العقار إلى منقول لم يتم فعلا أن يمنع هـذا التحويل وأن يعترض على تنفيذ البيع حتى ولو كان المشترى حسن النية (م ١٠٤٧) .

أما أحكام النقض الفرنسية الحديثة فهى تقتصر على تقرير أن هذا البيع لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن ، الذى يستطيع أن يعترض على تنفيذ البيع ، وأن يمنع المشترى من الدخول فى حيازة العقار وفى هدمه ، وأن يطلب تعيين حارس يضمن عدم الهدم (٢) .

وله أيضـاً أن يحجز على ثمن البيع تحت يد المشترى ليباشر عليه حقه فى الأفضلية (٣) .

أما إذا تم الهدم فعلا وتحول العقار إلى منقول ودخل فى حيازة المشترى فإن حق الدائن المرتهن فى التتبع فى مواجهة المشترى ينقضى ، لأن لهذا الأخير أن يتمسك بحسن نيته وبأن الحيازة فى المنقول سند الحائز(٤) . وهذا هو نفس الحكم فى القانون المصرى (٥) .

وفى جميع الحالات السابقة يستطيع الدائن المرتهن أن يرجع على الراهن

---

(١) سوليس ، تعليق ، سيرى ، ١٩٢٣ ، ٢ ، ١ .

(١) Civ. 2 juin 1934, D.P. 1935. 1. 65, note Fréjaville.

Civ. 31 janv 1870, D. P. 70. 1. 117 .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠١ .

(٤) أنظر الأحكام العديدة ، والمراجع المشار اليها فى أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩١٩ ، فقرة ٢١٩ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠١ .

(٥) أنظر عرض كامل لهذه المسألة من وجهة نظر الفقه المصرى ، شمس الدين الوكيل ، ص ٢٥١ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بضمان التعرض (١) ، لأن تصرف الدائن لا يدخل فى نطاق التصرفات الجائزة بما يسببه من مساس بحق الدائن المرتهن ، لأن هذا التصرف يؤدى إلى القضاء على العقار محل الرهن وإلى زواله وتحويله إلى منقول تنتقل ملكيته إلى شخص آخر، وإلى إنقضاء حق الدائن المرتهن فى التتبع فى مواجهة المتصرف إليه إذا كان حسن النية وإنتقلت إليه حيازة ما تم هدمه من عقار .

ب - بيع العقارات بالتخصيص :

العقارات بالتخصيص منقولات بحسب الطبيعة ، وهى تصبح عقارات حكماً إذا رصدها مالكها لخدمة عقار يملكه . والعقارات بالتخصيص الملحقة بعقار مرهون يشملها الرهن سواء فى هذا تم رصدها لخدمة العقار قبل الرهن أو بعده (م ١٠٣٦) .

إذا تصرف الراهن بالبيع فى هذه العقارات، فسيؤدى هذا إلى ضرر محقق للدائن المرتهن،ذلك أن مثل هذا التصرف سيؤدى إلى فصل العقارات بالتخصيص عن العقار المرهون ، ورجوعها إلى طبيعتها المنقولة ، وإنتقال ملكيتها إلى شخص آخر ، لن يستطيع الراهن أن يتتبع المنقولات فى مواجهته ، إذا تمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز (٢) .

ولهذا فمثل هذا التصرف ينطوى على تعرض من الراهن يلزمه بالضمان فى مواجهة الدائن المرتهن وهو ما سنتعرض له فيما بعد .

أما الآن وكما فعلنا بالنسبة للصورة السابقة من التصرفات (بيع العقار على أنه منقول بحسب المآل) فسنقتصر فقط على بيان حكم هذا التصرف فى ذاته ، وفى مواجهة الدائن المرتهن ، والحماية التى يمكن إعطاءها لهذا الأخير فى مواجهة المتصرف إليه

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ، جـ ٢ ، ص ٩١٩ ، فقرة ٢٢١ ؛ رسالة فريجا فيل ، المشار إليها ، ص ٢٢٤ — ٢٣٧ .

(٢) أوبرى ورو ، جـ ٣ ، فقرة ٢٨٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مما لاشك فيه أن هذا التصرف صحيح فهو صادر من مالك . والراهن يستطيع أن ينهى تخصيص المنقول لخدمة العقار بفصل المنقول عن العقار الملحق به . بل أنه يستطيع أن يعيد العقار بالتخصيص إلى صفته الطبيعية باعتباره منقولا بمجرد بيعه لشخص آخر ، حتى لو ظل المنقول مرصوداً لخدمة العقار بإرادة المالك الجديد ، ففى هذه الحالة ينتفى شرط وحدة المالك وهو من شروط إكتساب المنقول صفة العقار بالتخصيص (١) .

ورغم صحة البيع ، فهو لاينفذ فى حق الدائن المرتهن إذا صدر بعد قيد الرهن. ومقتضى هذا أن الدائن المرتهن يحق له إذا كان العقار بالتخصيص لم يفصل فعلا ، ألا يعتد بتخلف شرط وحدة المالك للعقار والمنقول ، ويعتبر الملكية لازالت باقية للراهن، وأن العقار بالتخصيص لازال محتفظا بصفته العقارية، وبالتالى لايجوز للمشترى أن يفصله عن العقار الأصلى (٢) .

بل وله إذا فصل العقار بالتخصيص فعلا ، أن يسترده من المشترى إذا كان سيء النية ، ولن يستطيع هذا الأخير أن يتمسك بحيازته فى هذه الحالة (٣) .

أما إذا تم فصل العقار بالتخصيص عن العقار الأصلى المرهون ، وإنتقلت حيازته بعد فصله إلى حائز حسن النية . فان حق الدائن المرتهن فى تتبع المنقول ينقضى ، لأن الحائز يستطيع دائما أن يحتج بحيازته للمنقول بحسن النية . وكل مايستطيعه الدائن المرتهن هو أن يحجز تحت يد الحائز ثمن بيع العقار بالتخصيص إذا كان لم يدفعه للراهن بعد (٤) .

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩١٩ ، فقرة ٢٢٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠٢ .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩١٩ ، فقرة ٢٢٧ .

(٤) والدائن المرتهن يباشر على هذا الثمن حقه فى الأفضلية ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٦ وهامش ١٣ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفى جميع الحالات يستطيع الدائن المرتهن أن يرجع على الراهن بأحكام الضمان كما سنرى فيما بعد (١) .

هذه هى خلاصة أحكام سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون ، ومؤداها أن تصرفات الراهن لاتضر فى الأصل بحق الدائن المرتهن ، لأن لهذا الأخير أن يتمسك بحقه فى مواجهة الغير المتصرف إليه . ولهذا كان طبيعيا أن يحتفظ الراهن بسلطة التصرف ، بل ولا يمكن نزولة عن هذه السلطة باتفاق بينه وبين الدائن المرتهن . ومع ذلك ففى بعض الحالات تؤدى تصرفات الراهن إلى الإنتقاص من ضمان الدائن . ويكون ذلك بصفة خاصة إذا كان من شأن التصرف المساس بالكيان المادى للعقار المرهون ، بتحويله كله أو بعضه إلى منقول كبيع العقار على أنه منقول بحسب المآل ، أو بيع العقارات بالتخصيص وفصلها عن العقار وردها إلى طبيعتها المنقولة . مثل هذه التصرفات لايجوز للراهن أن يقوم بها ، وإلا إعتبر متعرضا للمرتهن فى حقه . وفوق سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون ، فهو يحتفظ أيضا بسلطته فى إستغلال العقار .

٣٠ - سلطة الاستغلال :

تنظيم سلطة الراهن فى إستغلال العقار المرهون يقوم على عدة أفكار يمكن عرضها على الوجة الآتى .

أول هذه الأفكار أن الراهن يحتفظ بالسيطرة على العقار المرهون وحيازته ، وبالتالى بسلطة إستغلاله وجنى ثماره ، وحق الدائن المرتهن لايتعلق بهذه الثمار طوال الفترة السابقة على شروعه فى التنفيذ على العقار .

إذا شرع الدائن المرتهن فى التنفيذ وسجل تنبيه نزع الملكية ، ترتب على هذا الحاق الثمار بالعقار وتعلق حق الدائن المرتهن بها من هذا التاريخ . ولهذا فان تاريخ

---

(١) أنظر دراسة شاملة فى هذا الموضوع ، شمس الدين الوكيل ، ص ٢٥٨ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تسجيل تنبيه نزع الملكية له أهمية خاصة فى وضع حـــد لسلطات الراهن فى إستغلال العقار .

كما أن أهم أنواع إستغلال العقار المرهون هو تأجيره وقبض أجرته وتحويلها ، وهذه التصرفات تعتبر من أعمال الإدارة التى يجوز للراهن أن يقوم بها .

ومع ذلك إذا زادت مدة الإيجار عن حد معين هو تسع سنوات ، أو زادت المدة المقبوض عنها الأجرة مقدما أو المحولة عنها الأجرة عن حد معين هو ثلاث سنوات ، فان العمل يكتسب خطورة خاصة لأنه ينتقص من قيمة العقار ذاته عند البيع . ولهذا إعتبره المشرع فى حكم أعمال التصرف التى لا يحتج بها فى مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا كانت قد سجلت قبل قيد الرهن .

على ضوء هذه الأفكار يمكن تحليل أحكام التشريع فى هذا الشأن ، وهى أحكام ترد بصفة خاصة على سلطة الراهن فى تأجير العقار المرهون وفى قبض الأجرة مقدما وتحويلها ، باعتبار أن هذه هى أهم أنواع الإستغلال .

نص المشرع فى المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أنه « يجب تسجيل الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحولات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً . وكذلك الأحكام النهائية المثبته لشىء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذه فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات وفيما زاد على أجره ثلاث سنوات النسبة المخالصات » .

وهذا النص الوارد فى قانون تنظيم الشهر العقارى يضع قاعدة عامة بصدد الإحتجاج بالإيجارات والمخالصات فى مواجهة الغير ، وقد قرر المشرع نفس الحكم بالنسبة للإحتجاج بهذه التصرفات فى مواجهة الدائن المرتهن .

الإيجار :

بعد أن قرر المشرع فى المادة ١٠٤٤ من القانون المدنى أن « للراهن الحق فى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » نص فى المادة ١٠٤٥ على أن « (١) الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبية 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 اذا أمكن اعتبارة داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة .

(٢) واذا كان الإيجار السابق على تسجل التنبية تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن » .

وطبقا لهذه الأحكام إذا كان الإيجار مسجلا قبل قيد الرهن فهو ينفذ فى حق الدائن المرتهن أيا كانت مدته ولو كانت تزيد على تسع سنوات .

أما إذا كان الإيجار غير مسجل قبل قيد الرهن فينبغى حتى ينفذ فى مواجهة الدائن المرتهن أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبه نزع الملكية ، وفى هذه الحاله لا ينفذ لمده تزيد على تسع سنوات . ومده التسع سنوات ينبغى أن تحسب من تاريخ بدأ الإيجار بحيث إذا كانت قد إنقضت مثل هذه المدة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لم يعد الإيجار نافذاً فى مواجهة الدائن المرتهن ، وهذا على خلاف رأى أخذت به بعض الأحكام الفرنسية مؤداه أنه كلما إنقضت مده تسع سنوات (ثمانى عشر سنه فى القانون الفرنسى) بدأت مدة جديدة ، فاذا كان المستأجر قد قضى مدة تسع سنوات قبل تسجيل تنبيه نزع الملكيه تبدأ بالنسبة له مدة جديدة من هذا التاريخ قدرها تسع سنوات أيضا (١) .

وهذا الرأى يخالف ما يقضى به المشرع المصرى فى وضوح من أن الإيجار غير المسجل لا ينفذ لمدة تزيد على تسع سنوات دون إمتداد .

أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فهو

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٨٩٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كالإيجار الصادر بعد تسجيل التنبيه ، أى فى فترة تعلق فيها حق الدائن المرتهن بالأجرة. ولهذا فهو لاينفذ فى حقه إلا إذا أمكن إعتباره من أعمال الإدارة الحسنة، ويعتبر الإيجار كذلك إذا كانت الأجرة مساوية لأجر المثل .

المخالصة بالأجرة :

كما أن للراهن سلطة تأجير العقار المرهون ، فله بالتالى أن يقبض الأجرة وأن يحولها للغير ، وقد يترتب على هذا مساس بحق الدائن المرتهن إذا قبض الراهن الأجرة عن مدة لاحقة لتسجيل تنبيه نزع الملكية حيث يتعلق بها حق الدائن المرتهن .

وقد نظم المشرع قبض لأجرة مقدماً فى المادة ١٠٤٦ حيث قرر أنه « (١) لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

(٢) أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة المدة تزيد على ثلاث سنوات. فإنها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة » .

وعلى هذا إذا كانت المخالصة بالأجرة مقدماً أو الحوالة بها مسجله قبل قيد الرهن نفذت فى حق الدائن أيا كانت مدتها .

أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة غير مسجلة قبل قيد الرهن فهى لا تنفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وفى هذه الحالة لا تنفذ إلا لمدة ثلاث سنوات فقط .

أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فهى كالمخالصة أو الحوالة الصادرة بعد تسجيل التنبيه . وحسب حكم المادة ١٠٤٦ فان هذه المخالصة أو الحوالة لا تنفذ إطلاقاً فى حق الدائن المرتهن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فطبقاً لقانون المرافعات فإن المخالصة أو الحوالة غير ثابتة التاريخ تنفذ لمدة سنة واحدة (٦٢٤ مرافعات) . ويجب لهذا إعمال حكم قانون المرافعات لأنه لا حق فى صدوره للقانون المدنى (١) .

هذه هى خلاصة أحكام سلطة الراهن فى إستغلال العقار المرهون ، ومؤداها أن الراهن يستغل العقار ويجنى ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار بمقتضى تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ونظراً لأن حق الدائن المرتهن يتعلق بالثمار فى هذا الوقت إقتضى ذلك تنظيم سلطة الراهن فى تأجير العقار وفى قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها بما يحمى حقوق الدائن المرتهن التى تتعلق بثمار العقار فى وقت ما .

سلطة الاستعمال :

إذا كان للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون وأن يجنى ثماره ، فله أيضاً أن يستعمله بنفسه ، وسلطة الاستعمال لا تحتاج إلى بيان ، إلا أنه يجب الإشارة فقط إلى أنه إذا كان العقار المرهون منزلا وكان الراهن يسكنه فهو يبقى ساكناً فيه دون أجرة حتى بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ٦١٨ مرافعات) .

٣١ - التزام الراهن بالضمان :

احتفاظ الراهن بسلطات المالك على العقار يقابله التزامه بضمان سلامة الرهن فى مواجهة المرتهن . والمساس بسلامة الرهن قد يأتى من الراهن نفسه أو من سبب أجنبي أو من الغير (٢) .

وفى جميع هذه الأحوال يستطيع المرتهن أن يعترض على الأعمال التى تمس

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٩ ، شمس الدين الوكيل ، ص ٢٤٢ ؛ محمد على أمام ص ٣٢٢ . ويلاحظ أنه يجرى الآن اصدار قانون جديد للمرافعات ، والغالب ألا يتغير مثل هذا الحكم .

(٢) أنظر فى الموضوع ، بحث الدكتور وديع فرج « أثر الرهن الرسمى فى حقوق مالك العقار المرهون » ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة ، العدد الثانى ، ص ١٧٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بسلامة الرهن وأن يطلب وقفها . إلا أنه من ناحية أخرى يستطيع أن يتخذ موقفاً سلبياً وأن يترك للراهن واجب صيانة الرهن ، فاذا قصر الراهن فى القيام بهذا الواجب . وتحقق الضرر فعلا كان للمرتهن أن يرجع عليه بالضمان . فواجب المحافظة على سلامة الرهن يقع على عاتق الراهن دون المرتهن .

والمساس بسلامة الرهن يتحقق إذا هلك العقار المرهون أو تلف . والهلاك والتلف لا يقصد بهما فقط الهلاك أو التلف المادى للعقار ، بل يعنى ذلك كل ما يؤدى إلى خروج كل العقار أو بعضه من ضمان الدائن المرتهن ولو رجع هذا إلى تصرف قانونى . ويظهر هذا المعنى بوضوح من نص المادة ١٠٤٩ التى يعتبر فيها المشرع نزع ملكية العقار للمنفعة العامة من صور هلاك العقار ، مع أن هذا لا يؤدى دائماً إلى هلاك العقار من الناحية المادية .

ولهذا إذا أخذنا إصطلاح هلاك العقار أو تلفه بمعنى كل ما يمس بسلامة الرهن ، فان التزام الراهن بضمان سلامة الرهن يعنى التزامه بضمان الهلاك أو التلف ، ويشمل هذا ضمان التعرض وضمان الاستحقاق (١) .

والمساس بسلامة الرهن قد يصدر من الراهن نفسه . وقد يكون هذا فى صورة تصرفات يملكها الراهن أصلا بوصفة مالكا للعقار، ومع ذلك تعتبر تعرضا منه فى علاقته بالدائن المرتهن .ويكون هذا فى صورة أعمال إيجابية أو سلبية، مادية أو قانونية . كأن يهدم العقار أو يتركه يتهدم . أو كأن يتصرف فى العقار على أنه منقول بحسب المآل ، أو أن يتصرف فى العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار ، وقد تعرضنا لهذا من قبل (٢) .

---

(١) المقصود باصطلاح الهلاك فى صياغة النصوص ، هو هلاك الضمان وليس فقط الهلاك المادى للعقار المرهون .

(٢) يرى أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل أن تصرفات الراهن الجائزة بنصوص القانون ، كتأجير العقار لمدة تزيد على تسع سنوات بعقد مسجل قبل قيد الرهن ، أو تأجيره لمدة تقل عن تسع سنوات بعقد ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (المواد ١٠٤٥، =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد يرجع المساس بسلامة الرهن إلى سبب أجنبي لايد للراهن فيه ، كأن يتهدم العقار أو يتلف لعامل من عوامل الطبيعة .

وقد يأتى المساس بالرهن من الغير ، كما لو شرع الجار فى إقامة بناء لو تم كان فيه إعتداء على حقوق إرتفاق للعقار المرهون (٢) .

إذا وقع شيء من هذا ظهرت فكرة الضمان . وقوامها أن الضمان حق المرتهن ، واجب على الراهن .

ومعنى أن الضمان حق للمرتهن أنه يستطيع أن يقوم باسمه الشخصى بوقف المساس بسلامة الرهن إذا أمكن ذلك . ومع ذلك فليس هذا التزاماً عليه بل هو يستطيع أيضا أن ينتظر حتى إذا حدث الضرر فعلا رجع على الراهن بالضمان . أما أن الضمان واجب على الراهن فمعناه أن على الراهن أن يمتنع عن كل مساس بالرهن يصدر منه شخصيا . وأن يمنع المساس بالرهن من الغير ، وأن يتحمل فى آخر الأمر كل ضرر يقع فعلا ولو كان راجعا إلى سبب أجنبي ، لايد له فيه ، ولا يستطيع حتى أن يدفعه .

أما حق المرتهن فى الإعتراض على كل عمل يؤدى إلى المساس بسلامة الرهن فهو مانص عليه المشرع فى المادتين ١٠٤٧ و١٠٤٨/٣ . ويبدو أن النص الأول خاص بحق المرتهن فى الاعترض على أعمال الراهن نفسه ، والمادة الثانية خاصة باعتراض الراهن على أعمال الغير .

المادة ١٤٠٧ تقرر « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن

= ١٠٤٦) تصبح فى حكم التعرض لحق الدائن المرتهن ، إذا صدرت عن تواطؤ الراهن مع الغير بقصد الاضرار بالدائن المرتهن ، وذلك تطبيقا لأصل عام من أصول القانون ، وهو أن الغش يفسد كل شيء . (شمس الدين الوكيل ، ص ٢٦٢ ومابعدها) .

(١) الراهن مسئول عن هلاك الضمان سواء حدث بفعله الشخصى أو رجع الى سبب أجنبى أو فعل الغير ، ومع ذلك فإن رجوع المرتهن عليه بالضمان تختلف أحكامة بحسب هذه الأسباب ، فهى أشد بطبيعة الحال إذا كان سبب الهلاك هو خطأ الراهن : وسندرس هذه الأحكام فى نفس الفقرة من المتن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » .

أما المادة ١٠٤٨/٣ فهى تقرر أنه « فى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار للهلاك أو التلف أو تجعلة غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر» .

والفرق بين الحالتين أنه إذا وقعت الأعمال الماسة بالرهن من الراهن نفسه ، فلا يجوز للمرتهن أن يعترض عليها إلا إذا كانت تنقص ضمانه إنقاصاً كبيراً .وقد أضيف هذا الشرط فى لجنة المراجعة « وذلك أن إطلاق مجرد النقص فى الضمان قد يعرض المدين إلى التدخـــل المتصل من الدائن المرتهن ، وفى ذلك (١) إرهاق وإعنات له » .

أما إذا كانت الأعمال صادرة من الغير ، فلا يتقيد حق المرتهن فى الاعتراض، بأن تكون هذه الأعمال مما ينقص الضمان إنقاصاً كبيراً (٢).

والحكمة من هذه التفرقة واضحة ، وهى أن الراهن بخلاف الغير مالك للعقار المرهون وله بحسب الأصل سلطة التصرف فيه ، فلا يجوز تقييد هذه السلطة إلا لأسباب قوية .

وطبقا لحق الراهن فى الإعتراض على كل مايمس بالرهن ، فهو يستطيع كما ذكرنا من قبل أن يعترض على تنفيذ بيع العقار باعتباره منقولا بحسب المآل بما يقتضيه هذا التنفيذ من هدم العقار وتحويله إلى منقول ، أو أن يعترض على تنفيذ بيع

---

(١) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٥٠ .

(٢) ويرى أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل ، أن معيار عدم كفاية الضمان هو الذى يجب الاعتداد به فى رقابة القضاء على أعمـال الراهن ، ولايجوز الوقوف عند المعنى الحرفى لعباره انقاص الضمان انقاصا كبيرا التي وردت في المادة ١٠٤٧ (شمس الدين الوكيل ، ص١٢٩ هامش ٣) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار بما يقتضيه هذا التنفيذ من فصل العقارات بالتخصيص وردها إلى طبيعتها المنقولة .

ويكون الاعتراض عن طريق رفع الأمر إلى القضاء وطلب تعيين حارس على العقار المرهون .

وحتى ولو لم يرفع الأمر للقضاء وإكتفى بانذار المتصرف إليه بتعلق حقه بالشيء المتصرف فيه ، يصبح المتصرف إليه سيء النية ، ولايستطيع بعد هذا أن يحتج بحيازته للمنقول إذا إنتقلت اليه هذه الحيازه فعلا بعد هدم العقار وتحويله إلى منقول ، أو بعد فصل العقارات بالتخصيص .

ويستطيع المرتهن أيضا أن يعترض على الأعمال المادية للراهن كشروعة فى هدم العقار ، أو على الأعمال المادية الصادرة من الغير كقيام الغير بهدم العقار ، أو قيام الجار بما يهدد حق إرتفاق للعقار المرهون . ويكون الاعترض عن طريق الالتجاء إلى القضاء (١) .

إلا أن الراهن يستطيع فى جميع الأحوال إذا وجد مايدعو للاستعجال ، أن يقوم بنفسه ودون التجاء للقضاء بالعمل على محافظة الرهن ، كأن يقوم بترميم العقار إذا تهدم لسبب ما ويرجع على الراهن بما ينفقه فى هذا الشأن .

ويلاحظ أن حالة الإستعجال كانت تبرر لأى شخص أن يقوم بأعمال الصيانة طبقا لقواعد الفضالة. إلا أن المرتهن عندما يقوم بهذه الأعمال فهو لا يقوم بها باعتباره فضوليا ، ولكن باعتباره صاحب حق على العقار المرهون . لذلك فهو يرجع على المرتهن بهذه النفقات طبقا لأحكام الرهن ، ويستفيد من ضمانه (٢) .

فى جميع الصور السابقة إفترضنا أن الأعمال الماسة بسلامة الرهن لم تقع بعد ،

---

(١) راجع سلطة الراهن فى التصرف، وتقيد هذه السلطة بحق الدائن المرتهن، فقرة ٢٩٠ .

(٢) الدائن المرتهن ليس أجنبيا على العقار ، بل هو صاحب حق عينى عليه يخوله القيام بالاجراءات العاجلة للمحافظة على العقار ، حتى فى الفترة السابقة على التنفيذ ، والتى يكون فيها العقار فى حيازة المرتهن وتحت سيطرته .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أو أنها وقعت فعلا ولكن يمكن إصلاحها ، وأن الدائن المرتهن قد تقدم فعلا ليمنع وقوع هذه الأعمال ، أو ليتلافى نتائجها .

ولكن قد يحدث أن تقع هذه الأعمال وتحدث ضرراً بالرهن لايمكن إصلاحه ، أو قد يكون من الممكن تلافى وقوعها ، أو تلافى النتائج المترتبة على وقوعها ، ومع ذلك فلا يتقدم الدائن المرتهن للقيام بذلك ، لأن المحافظة على الضمان حق له ولكن ليس بواجب عليه ، وانما الواجب يقع على عاتق الراهن وحده . فالدائن المرتهن غير مطالب مثلا بالاعتراض على فصل العقارات بالتخصيص من العقار المرهون ، ولكن الراهن هو المطالب بعدم التصرف فى العقارات بالتخصيص بما يؤدى إلى فصلها .

وعلى هذا إذا تحقق الضرر بهلاك العقار أو تلفه ، فان المشرع حماية للدائن المرتهن قرر أن ينتقل حقه فى الرهن إلى ما حل محل العقار من مبلغ تعويض ، أو تأمين أو غير ذلك . وله أيضاً أن يرجع على الراهن بالضمان وهو رجوع تختلف أحكامه باختلاف ما إذا كان الهلاك أو التلف راجع إلى فعل الراهن أو إلى سبب أجنبي .

١ — انتقال حق الدائن المرتهن :

إذا هلك العقار المرهون أو تلف وترتب على ذلك نشأة حق آخر عوضاً عنه ، إنتقل حق الدائن المرتهن بمرتبته إلى ما حل محل العقار .

وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٤٩ بقوله « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

وكما ذكرنا من قبل فليس المقصود بالهلاك أو التلف هنا هو الهلاك أوالتلف الماديين فقط ، بل يقصد بهذا كل ما يؤدى إلى خروج العقار من ذمة الراهن مع

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غدم إمكان المرتهن تتبعه بعد ذلك (١) .

ومن الأمثلة التى تنطبق عليها هـذه القاعدة هو ما نص عليه المشرع أن يهلك العقار أو يتلف ويستحق بسبب ذلك مبلغ تعويض ، إذا نتج الهلاك أو التلف عن خطأ (٢) ، أو يستحق مبلغ تأمين إذا كان العقار مؤمناً عليه ضد الهلاك أو التلف (٣) ، أو تنزع ملكية العقار للمنفعة العامة ويستحق مقابل هذا ثمن نزع الملكية (٤) .

وغير الأمثلة التى أعطاها النص تنطبق القاعدة إذا باع الراهن العقار على أنه منقول بحسب المآل وتم تنفيذ البيع فعلا فان حق الدائن المرتهن يتعلق بثمن البيع ، ونفس الحكم يصدق أيضاً إذا باع الراهن العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار المرهون وتم تنفيذ البيع فعلا .

---

(١) يلاحظ أن الأصل فى القانون الفرنسى هو عدم انتقال الحق فى الرهن إلى القيمة المالية التى حلت محل العقار المرهون ، مالم يوجد نص خاص على ذلك ، ويعتبر مثل هذا النص من قبيل الاستثناء . ومع ذلك فان النصوص التى تقرر انتقال حق الدائن المرتهن قد تعددت مما يسمح بالقول بأن الاستثناء صار أصلا فى هذا الشأن . أنظر . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٦٦ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقره ٣٧١ .

(٢) لا أهمية للشخص المسئول عن الخطأ ، فقد يكون هو المستأجر للعقار أو الجار أو المقاول المعمارى أو المهندس الذى قام بتشييد البناء ، أو أى شخص من الغير . وفى القانون الفرنسى يقتصر انتقال الحق فى الرهن على حالة الحريق الناتج بخطأ المستأجر أو الجار دون غيرهم. أنظر ، بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٣٧١ .

(٣) أنتقال حق الدائن المرتهن إلى مبلغ التأمين ، يحكمه نص فى القانون الفرنسى ، هو نص المادة ٣٧ من القانون الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٣٠ . أنظر فى اعتبار انتقال الحق فى هذه الحالة أثرا للحلول العينى أو للانابه المراجع التالية : فى تأييد فكرة الانابه القانونيه ، أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦١ ، هامش ١١ مكرر ؛ وفى تأييد فكرة الحلول العينى ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٧٢ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٣٦٥ ؛ كولان وكابتان ، ج ١ ، فقرة ١٩٢١ .

(٣) بودان وفوران ، ج ١٣ ، فقرة ٣٦٩ ،

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإنتقال حق الدائن المرتهن على هذا النحو هو كما ترى المذكرة الإيضاحية وجانب من الفقه ، تطبيق (١) لنظرية الحلول العينى .

ومع ذلك فهناك إتجاه آخر من الفقه يرى أن هذا الانتقال أثر لحق الرهن ذاته الذى يباشره صاحبه على القيمة النقدية للعقار المرهون أيا كانت الطريقة التى تتم بها الترجمة عن القيمة النقدية للعقار : ثمن البيع بالمزاد العلنى ، تعويض عن هلاكه أو تلفه ، تأمين ، أو ثمن نزع ملكيته للمنفعة العامة . . . الخ (٢).

وهناك رأى آخر وهو ما نفضله يفرق بين ما إذا كان الحق المترتب على هلاك العقار أو تلفه نشأ بعد استحقاق الدين وفى هذه الحالة تكون مباشرة الدائن للأفضلية على هذا الحق بمقتضى الرهن ذاته . أما إذا نشأ الحق المترتب على الهلاك أو التلف قبل أن يستحق الدين المضمون ، فنى هذه الحالة يظل الحق الجديد مخصصاً لضمان الوفاء بالدين حين يحل أجل الوفاء به ، وهذا هو الحلول العينى (٣) .

ولكننا نضيف إلى هذا الرأى أن هلاك العقار أو تلفه قد يؤدى إلى استحقاق الدين ولو لم يكن مستحقاً فى الأصل ، ويتحقق هذا بصفة خاصه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً إلى خطأ الراهن ، واختار الدائن أن يستوفى حقه فوراً . فى هذه الحالة ننتقل من الفرض الثانى إلى الفرض الأول .

ب — رجوع المرتهن على الراهن :

رجوع المرتهن على الراهن بضمان الهلاك أو التلف يتحقق فى أكثر من صورة ، فهو يتحقق إذا هلك العقار أو تلف دون أن يحل محله أى حق آخر ، أو حل محله حقه آخر ولكنه لم يكن يكفى للضمان ، أو كان كافياً للضمان ومع ذلك كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن واختار المرتهن أن يرجع عليه .

---

(١) المذكرة الإيضاحية ، ج ٧ ، ص ٥٤ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٢٨٤ ومابعدها .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ٨٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولهذا تنبغى التفرقة بين ما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن أو بسبب أجنبي وهى تفرقة يقوم عليها حكم المادة ١٠٤٨ التى تمرر :

« (١) إذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً .

(٢) فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفى الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن الحق إلا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين » ،

وطبقاً لهذا النص إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن كأن يرجع ذلك إلى هدمه للعقار أو بيعه على أنه منقول بحسب المآل ، أو بيع العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار ، فان الدائن يكون بالخيار بين أن يستوفى الدين فوراً أوأن يقتضى تأميناً كافياً يحل محل العقار (١) .

وقد يكون تأميناً كافياً الحق الذى يحل محل العقار ، كالثمن الذى يستحقه الراهن قبل المشترى للعقار على أنه منقول بحسب المآل أو المشترى للعقارات بالتخصيص .

ومع ذلك فالدائن المرتهن لا يجبر على قبول هذا التأمين الجديد فهو يستطيع دائماً أن يطلب الوفاء بالدين فوراً . وهو إذ يستوفى حقه فى الحال ، يستطيع أن يباشر حقه فى الأفضلية على التأمين الجديد . أى أنه فى هذه الحالة يستطيع أن يستفيد من التأمين الجديد الذى إنتقل إليه حقه بحكم القانون ، ومن الرخصة التى أعطاها له المشرع فى طلب استيفاء الدين فوراً (٢) . وزيادة على ذلك فلن يخصم

---

(١) رأينا من قبل (فقرة ٢٩) أن للدائن أن يعترض على تصرفات الراهن من هذا النوع ، ونرى الآن حق المرتهن فى الرجوع على الراهن إذا تمت التصرفات بالفعل .

(٢) رغم أنه لا يوجد نص صريح على حق الدائن فى الجمع بين سقوط الأجل والاستفادة =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من حقه شيئاً مقابل الفوائد عن المدة التى سقط عنها أجل الدين إذا لم يكن للدين فوائد أصلا .

ولكن إذا لم يكن هناك حق جديد يحل محل العقار بحكم القانون فى ضمان الدين، وطلب الدائن أعطاءه تأمينا كافيا للوفاء بالدين ففى هذه الحالة لايستطيع أن يطلب فى نفس الوقت الوفاء بالدين فوراً .

أما إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي لايد للراهن فيه، ويدخل فى السبب الأجنبي فعل الغير ، كان الخيار للراهن بين أن يوفى الدين فى الحال أو أن يقدم تأمينا كافيا . وقد يعتبر كذلك الحق الذى يحل محل العقار بحكم القانون كمبلغ التعويض أو التأمين أو ثمن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة (١) .

فاذا إختار الراهن أن يوفى الدين فى الحال ، ولم يكن للدين فوائد ، ومعنى هذا أن الفوائد كانت محسوبة فى أصل الدين فانه يخصم من قيمة الدين مبلغا يساوى الفوائد محسوبة بالسعر القانونى عن المدة الباقية .

والمشرع إذا كان قد راعى فى هذه الأحكام الراهن الذى لم يتسبب فى هلاك العقار أو تلفه ، إلا أنه لم يعفه من الضمان إطلاقاً . خلاصة الأحكام السابقة أنه طوال الفترة السابقة على إتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، فان حق الراهن فى الملكية لايتعارض فى الأصل مع حق الدائن فى الرهن . فوجود حق الدائن المرتهن لايمنع المالك من التصرف فى العقار وإستغلاله ، وكذلك فان تصرفات المالك لاتؤثر فى حق الدائن المرتهن إذ لايحتج بها فى مواجهته . ومع ذلك فهناك بعض التصرفات قد تؤثر فى حق الدائن المرتهن وهذه بصفة خاصة التى تمس وجود العقار ذاته ، ولهذا لايجوز للراهن أن يقوم بها وإلا اعتبر متعرضا . وكذلك

= من القيمة المالية التى حلت محل العقار المرهون . ومع ذلك فتطبيق نص المادتين ١٠٤٨، ١٠٤٩ يؤدى الى هذا الحكم ؛ فطالما كان هلاك العقار المرهون بخطأ الراهن ، حق للدائن أن يطلب استيفاء دينه فى الحال ، وهو فى هذه الحالة لايحرم من حقه فى الأفضلية على المال الذى حل محل العقار تطبيقا لنص المادة ١٠٤٩ .

(١) وكفاية الضمان الجديد مسألة تخضع لتقدير القاضى عند النزاع .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فان الراهن يلتزم بضمان سلامة الرهن ويسأل عن هلاك العقار أو تلفة ولو رجع ذلك إلى سبب أجنبي ، وننتقل بعد هذا إلى المرحلة الثانية وهى مرحلة التنفيذ على العقار .

٣٢ - التنفيذ على العقار :

إذا حل أجل الوفاء بالدين ، ولم يقم المدين بالوفاء إختياراً ، كان للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون لبيعه بالمزاد العلنى واستيفاء حقه من ثمن البيع .

وفى سبيل هذا فان الدائن لايحتاج إلى إستصدار حكم من القضاء ، لأن عقد الرهن الرسمى هو فى نفس الوقت سند تنفيذى يمكن بمقتضاه التنفيذ على العقار مباشرة . والتنفيذ على العقار يتم طبقا للاجراءات والقواعد التى يحددها قانون المرافعات (م ١٠٥١) وتدخل دراستها فى هذا الفرع من فروع القانون .

وسنقتصر هنا على دراسة بعض المسائل الموضوعية التى تتعلق بحق الدائن فى الرهن ، وهى ، وحدة إجراءات التنفيذ على العقار سواء بالنسبة الدائن المرتهن أو غيره من الدائنين العاديين ، وتقيد حق الدائن المرتهن فى الضمان العام.

١ - وحدة اجراءات التنفيذ بالنسبة للدائن المرتهن وغيره من الدائنين العاديين :

لايتميز الدائن المرتهن على غيره من الدائنين العاديين فى الإجراءات التى يتخذها فى التنفيذ على العقار المرهون . وقد عمل القانون على تأكيد هذا بنصه على بطلان الإتفاق على أن يتملك الدائن المرتهن العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين أو على أن يبيع العقار المرهون دون مراعاة الاجراءات التى حددهـــا القانون للتنفيذ على العقار .

وكان الأمر على خلاف ذلك فى القانون الرومانى حيث كانت حيازة الشىء تنتقل إلى الدائن المرتهن وكانت هذه هى الغاية من الرهن ، ولم يكن مسموحاً للدائن المرتهن أن يبيع الشىء المرهون مالم يوجد إتفاق على إعطاءه هذا الحق .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وفى عهد أو لبيان أصبح هذا الاتفاق مفترضا وأصبح للدائن أن يبيع الشيء بالطريقة التى يختارها سواء كان بالمزاد أو بالممارسة (١) .

وفى ظل القانون الفرنسى القديم حدث تطور لايعرف أحد تاريخه على وجه الدقة أصبح بمقتضاه على الدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ويبيعه بالمزاد العلنى كما يفعل أى دائن عادى دون تمييز بينهما . ولم يعد من حق الدائن المرتهن أن يتملك العقار المرهون أو أن يستولى على حيازته كما كان الشأن فى القانون الرومانى (٢) .

وقد إنتقل الوضع الذى إستقر فى القانون الفرنسى القديم إلى قانون نابليون وهو نفس الوضع فى القانون المصرى حيث تنص المادة ١٠٥٢ « (١) يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أياكان ، أو فى أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . (٢) ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » .

والحكمة من بطلان شرط تملك الدائن للعقار المرهون ، أو بيعه دون مراعاة إجراءات التنفيذ التى يحددها القانون ، هى حماية المدين الراهن من شروط قد يفرضها الدائن عليه وقد لاتكون فى مصلحته أو فى مصلحة الدائنين الآخرين . فقد تكون قيمة العقار أكثر من قيمة الدين المتفق عليه ، وقد يؤدى بيع العقار دون مراعاة الاجراءات التى حددها القانون بما فيها من علانية ، إلى الحصول على ثمن أقل من قيمته .

فاذا وجد إتفاق من هذا النوع فانه يقع باطلا بطلانا مطلقا . والبطلان يلحق

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذا الشرط وحده دون العقد (١) . والبطلان يلحق هذا الشرط سواء تم الإتفاق عليه وقت العقد أو بعد إبرامه ، طالما كان هذا قبل حلول أجل الدين .

« أما إذا حل الدين فقد إنعدمت شبهه استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن وأصبح هذا على بينة من الأمر ، فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين ، أو على أن يباع العقار بالمبارسه لا بالمزاد العلنى ، وقد يكون فى هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد (٢) » .

ب – القيود على حق الدائن المرتهن فى الضمان العام :

حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على العقار المرهون يستند إلى حقه فى الرهن، وهذا الحق ينشأ بمجرد العقد ولا يتأخر إلى تاريخ القيد ، لأن القيد لازم لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، أما فى مواجهة الراهن فالرهن نافذ بمجرد العقد ودون حاجة إلى قيد .

وكان الأصل أن حق الدائن فى الرهن لا يقيد من حقه فى الضمان العام على أموال مدينة ، فيجوز له أن ينفذ على أى مال آخر للمدين غير العقار المرهون شأنه فى هذا شأن أى دائن عادى ، لأن الدائن المرتهن له صفه الدائن العادى بالنسبة لغير العقار المرهون من أموال المدين .

ومع ذلك فقد قيد المشرع فى قانون المرافعات سلطة الدائن المرتهن فى التنفيذ على أموال المدين الأخرى. فهو لا يجوز له ذلك إلا إذا كان ثمن العقار المرهون لا يكفى للوفاء بالدين . (٣) فتنص الماده ٤٨٩ من قانون المرافعات على أنه : « لا يجوز

---

(١) وذلك تطبيقا لنظرية انتقاص العقد (م ١٤٣ مدنى) وهى لا تنطبق إذا كان الشرط الباطل هو الباعث الدافع للتعاقد ، فى هذه الحالة يبطل العقد كله .

(٢) المذكرة الإيضاحية ، ج ٧ ، ص ٦٢ .

(٣) وهذا الحكم مأخوذ فى القانون الرومانى : Code, L 9, 8, 28 وهو مقرر كذلك فى القانون المدنى الفرنسى (المادتين ٢٢٠٩ ، ٢٢١١) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على مال المدين لم يخصص لوفاء حقه الا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية » .

وطبقا لهذا النص يجوز استصدار أمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية بالتنفيذ على مال آخر لم يخصص للوفاء بالدين حتى قبل التنفيذ فعلا على العقار المرهون وتبين أن ثمنه لا يكفى للوفاء بالدين . وتقدير عدم كفاية ثمن العقار المرهون للوفاء تخضع لسلطة القاضى التقديرية .

وقد إنتقد البعض هذا الحكم على أساس أنه يضع الدائن المرتهن فى مركز أقل من مركز الدائن العادى فيما يتعلق بالضمان العام لمدينه (١) . ومع ذلك فهذا النقد مبالغ فيه لأنه يمكن دائما الإلتجاء إلى قاضى الأمور الوقتية الحصول على إذن بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى . وإشتراط الحصول على هذا الإذن فيه حماية للدائنين العاديين من منافسة دائن مرتهن له تأمين يكفى الوفاء بدينه .

ويلاحظ أن هذا الحكم يبرز بوضوح ما أكدناه من قبل من أن حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على العقار المرهون — وهو حق يثبت له بمجرد العقد دون حاجة إلى قيد — يستند إلى حقه فى الرهن لا إلى حقه فى الضمان العام ، بدليل أن حقه فى الضمان العام مقيد على النحو الذى ذكرناه . وعلى هذا فليس صحيحا أن الحق فى التنفيذ مصدره الضمان العام ، بل مصدره الرهن الذى يقيد الضمان العام (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٠٦ .

(٢) أنظر فى هذه المسألة فقرة ٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثانى

آثار الرهن بالنسبة للغير

حق الرهن ينشأ بمجرد العقد ، ولكنه لاينفذ فى مواجهة الغير الا بالقيد . والمقصود بالغير هو كل صاحب حق يضار من وجود الرهن الرسمى (١) . وعلى هذا يعتبر من الغير كل دائن مرتهن آخر أو صاحب أى حق عينى تبعى مقيد على العقار سواء كان دائنا مرتهنا رهنا رسميا أو حيازيا ، أو صاحب حق إختصاص أو حق إمتياز عقارى . وكذلك يعتبر من الغير كل صاحب حق عينى أصلى على العقار كالمالك . وكذلك يعتبر من الغير الدائن العادى ولو أنه غير صاحب حق على العقار إلا أنه يضار من وجود الدائن المرتهن لأنه سيتقدم عليه وقت التنفيذ .

ومظهر نفاذ الرهن فى حق الغير هو حق الدائن فى الأفضلية وحقه فى التتبع .

أما الحق فى الأفضلية فيعنى حق الدائن فى التقدم فى إستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون على الدائنين العاديين والدائنين التالين فى المرتبة .

أما الحق فى التتبع فيعنى حق الدائن فى التنفيذ على العقار المرهون فى أى يد يكون ، ولو إنتقلت ملكيته إلى شخص آخر غير الراهن .

وسندرس أولا الحق فى الأفضلية ثم الحق فى التتبع .

---

(١) منصور مصطفى منصور ص ٩٨ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٧٥٨ ؛ بودان وفوران ، ج ١٤ ، فقرة ٨٦٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المطلب الأول

الأفضلية

الأفضلية هى الغاية من الرهن ، وهى تعنى أن يستوفى الدائن المرتهن حقه مفضلا على غيره من الدائنين الذين لا يتمتعون بنفس مركزه سواء كانوا دائنين عاديين أم دائنين مرتهنين متأخرين فى المرتبة . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٣٠ من أن للدائن المرتهن بمقتضى الرهن « . . . أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه . . . » .

والمادة ١٠٥٦ تقرر « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد » .

ودراسة هذا الموضوع تقتضى دراسة الواقعة المنشئة للأفضلية ، وموضوعها ، ومحلها ، ودرجتها ، والتنازل عنها .

٣٣ - الواقعة المنشئة للأفضلية (القيد)[1] :

ينشأ حق الدائن فى التقدم بقيد الرهن وتحسب مرتبته من وقت القيد . فالعبرة إذن بوقت القيد وليس بوقت نشأة الدين . والوضع الغالب أن ينشأ الدين قبل القيد ، وقد يمضى وقت طويل يفصل بين نشأة الدين وبين قيد الرهن ، فلا يحتج بالرهن إلا من تاريخ قيده . وقد يترتب على هذا أن يفضل دين متأخر فى نشأته متقدم فى قيده على دين أقدم منه فى النشأة وأحدث فى القيد (٢) .

---

(١) راجع فى اجراءات القيد وبياناته ، منصور مصطفى منصور ، ص ٩٩ ومابعدها ، وكذلك المؤلفات الأخرى ، أما نحن فسنكتفى بدراسة الآثار الموضوعيه للقيد من حيث نفاذ حق الدائن المرتهن .

(٢) غنى عن الذكر أن الدائن الذى قيد حقه فى الرهن، عليه بعد ذلك أن يتخذ =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومرتبة الرهن تحسب من تاريخ القيد حتى ولو كان الدين لم ينشأ بعد وقت القيد ، بأن كان ديناً مستقبلا أو ديناً إحتمالياً أو معلقاً على شرط . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٥٧ بقوله « تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولوكان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط ، أو كان دينا مستقبلا أو إحتمالياً » .

فاذا كان الدين معلقاً على شرط ، فقد يكون الشرط واقفاً أو فاسخاً . فاذا كان الشرط واقفاً ، فالدين لا يوجد قبل تحققه ، فإذا بيع العقار قبل تحقق الشرط ، فإن الدائنين الآخرين يقتسمون الثمن كل حسب مرتبته ، على أن يقدموا للدائن بدين معلق على شرط واقف ضماناً بأن يردوا له ما يستحقه من هذا الثمن حسب مرتبة دينه إذا تحقق الشرط (١) .

وهذا هو نفس الحكم إذا كان الدين إحتمالياً أو مستقبلا ،أما إذا كان الشرط فاسخا فان الدين موجود ومع ذلك فهو مهدد بالزوال . ولهذا فهو يتقدم فى التوزيع حسب مرتبته ، على أن يقدم صاحبه ضماناً لسائر الدائنين بأن يرد إليهم ما حصل عليه ، إذا تحقق الشرط وزال الدين (٢) .

٣٤ - تعطيل أثر القيد :

والدائن المرتهن له مصلحة فى إجراء القيد بمجرد إنعقاد الرهن ، لأن تأخيره فى هذا قد يؤدى إلى إكتساب شخص آخر حقاً على العقار وقيامه بشهره . فلا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه فى مواجهته .

= اجراءات التنفيذ على العقار ،أو أن يتدخل فى اجراءات اتخذها دائن آخر ، فالدين مطلوب غير محول ،وعلى الدائن أن يسعى إلى استيفاء حقه ، وبصفة خاصة فان الحق فى التقدم لا يعمل من تلقاء نفسه بل لابد أن يباشره الدائن ويطالب به . أنظر ،أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٠ ،فقرة ٢٤٢ .

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٥ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ،ج ١٢ ، فقرة ٩٧٦ .

(٢) مازو ، ج ٣ ، ص ٣٨٧ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٥ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقره ٩٧٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وزيادة على ذلك فان الدائن إذا تأخر فى إجراء القيد فى بعض الحالات ؛ فلن يستفيد من إجراء القيد بعد هذا . وهذه الحالات هى :

١ - افلاس المدين التاجر :

نص المشرع فى المادة ١٠٥٣/١ « لا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هـذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الافلاس » .

الأصل أن إفلاس المدين التاجر لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن ، فهو لايدخل فى جماعة الدائنين ، ولا يخضع لقسمة الغرماء ، بل يستوفى حقه مفضلا على الدائنين العاديين ، وعلى الدائنين المرتهنين التالين له فى المرتبة .

ومع ذلك فيجب حتى يحتج بحق الدائن المرتهن أن يتم شهره قبل صدور الحكم بشهر إفلاس التاجر . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٢٣١ تجارى ، أن « حقوق الإمتياز والرهن المكتسبة من المفلس على الوجه المرعى قانوناً يجوز تسجيلها (قيدها) إلى يوم صدور الحكم بإشهار إفلاسه (١) » .

وعلى هذا إذا قيدا لرهن بعد الحكم بشهر إفلاس التاجر فلا يحتج به فى مواجهة جماعة الدائنين ، ولو كان عقد الرهن قد إنعقد فى تاريخ سابق على شهر الإفلاس ، وعلى فترة الريبة والتوقف عن الدفع .

أما القيود التى تتم قبل الحكم بشهر الإفلاس فتنبغى التفرقة بشأنها بين عدة حالات .

فإذا تم عقد الرهن ذاته بعد الوقوف عن الدفع أو فى العشرة أيام السابقة على الوقوف على الدفع وهى فترة الريبة ، وقع باطلا وبالتالى لا أثر لقيده (م ٢٢٧ تجارى) .

---

(١) هذا النص ينطبق على الرهن الرسمى والرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، راجع شمس الدين الوكيل ، ص ٢١٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما إذا تم عقد الرهن قبل الوقوف عن الدفع وقبل فترة الريبة ، وتم قيده قبل هذا ، كان الرهن صحيحاً نافذاً .

وإذا تم عقد الرهن قبل الوقوف عن الدفع وقبل فترة الريبة ، ولكن قيده تأخر إلى وقت الوقوف عن الدفع أو إلى العشرة أيام السابقة على الوقوف عن الدفع لمدة تزيد على خمسة عشر يوماً ، جاز للقاضى إبطال القيد فى هذه الحالة ، أى الحكم بعدم نفاذ أثره . والحكمة من الإبطال فى هذه الحالة هى إحتمال التواطؤ بين الدائن المرتهن والمدين التاجر ، بأن يتأخر الدائن عن شهر حقه حتى لا يعطى للغير علماً بحقيقة مركز التاجر مما يشجع الغير على التعامل معه ، فاذا توقف التاجر عن الدفع ، قام الدائن المرتهن بشهر حقه . وقد جعل البطلان جوازياً للقاضى ، لأن هذا التواطؤ لا يتحقق فى جميع الأحوال مما يقتضى ترك الأمر لتقدير القاضى (١).

ب - تسجيل تنبيه نزع الملكية :

بمقتضى نص المادة ٦١٦ مرافعات فان قيد الرهن الذى يتم بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يحتج به فى مواجهه الدائن الحاجز ولو كان دائناً عادياً . وهذا هو نفس الحكم فيما يتعلق بقيد الإختصاص وقيد الإمتياز .

وبمقتضى النص المذكور لا يحتج أيضاً بالرهن الذى يقيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية على الدائنين المقيدة حقوقهم قبل ذلك . ويلاحظ أن هذا الحكم يرجع إلى أسبقية الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه على الرهن الذى يقيد بعده ، وليس إلى تأخر قيد الرهن بعد تسجيل التنبيه ، ولهذا فان نص المادة ٦١٦ لا يضع حكماً خاصاً فى الأفضلية بين الدائنين المقيدة حقوقهم .

وهو يضع حكماً خاصاً فقط فى العلاقة بين الدائن المرتهن الذى يقيد حقه بعد تسجيل التنبيه ، وبين الدائن العادى الذى يقوم بالحجز . فى هذه الحالة لا يفضل

---

(١) محسن شفيق ، القانون التجارى المصرى ، ج ٢ ، ١٩٥١ ، فقرة ٢٨١ ومابعدها.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الدائن المرتهن على الدائن الحاجز طالما أن الرهن لم يقيد إلا بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية.

ومع ذلك فالدائن المرتهن يتقدم على الدائن العادى الذى لم يسجل تنبيهه إلا بعد أن قيد الدائن حقه . فإذا وجد أكثر من دائن عادى أحدهما سجل تنبية نزع الملكية قبل قيد الرهن والآخر بعد قيده . فإن توزيع الثمن يتم على أساس أن الدائن المرتهن يتساوى مع الدائن العادى الذى سجل التنبيه أولا ، ويتقدم على الدائن العادى الذى سجل التنبيه متأخراً (١) . وفى نفس الوقت فان الدائن العادى الأول يتساوى مع الدائن العادى الثانى (٢) .

فاذا كانت قيمة دين كل دائن ١٠٠٠ جنيه ، وبيع العقار بـ ١٠٠٠ جنيه ، فان التوزيع يتم أولا بين الدائن العادى الأول وبين الدائن المرتهن فيقتسما المبلغ ويحصل كل منهما على ٥٠٠ جنيه ، ولا يدخل الدائن العادى الثانى فى التوزيع لأن الدائن المرتهن يتقدم عليه . ثم يحدث توزيع آخر بين كل من الدائنين العاديين فيحصل كل منهما على نصف الـ ٥٠٠ جنيه .

وعلى هذا يكون الدائن المرتهن قد حصل على نصيب مساو للدائن العادى الأول ، وكذلك يكون الدائن العادى الأول قد حصل على نصيب مساو للدائن العادى الثانى .

---

(١) ويستفاد هذا من الفقرة الثانية للمادة ٦١٦ مرافعات التى تقرر « ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المشار إليه إذا قام ذوو الشأن قبل اليوم المحدد للبيع بايداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصاريف التى للحاجزين والدائنين المشار إليهم . . . وتكون هذه المبالغ مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . . » .

وعلى ذلك فإن عدم نفاذ الرهن الذى تم قيده بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ليس المقصود به تعطيل أثر الرهن بصفة نهائية وفى مواجهة جميع الدائنين العاديين ، ولكن الغرض منه فقط هو حماية الدائن العادى الذى سجل تنبيه نزع الملكية قبل قيد الرهن ، دون غيره من الدائنين العاديين الذين يظل الرهن نافذا فى مواجهتهم .

راجع ، أحمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ ، الطبعة الخامسة ، ١٩٦٧ ، فقرة ٢٩٣ ومابعدها .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٦٠ مكرر ص ٢٦١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبخلاف الحالتين السابق ذكرهما — إشهار إفلاس المدين التاجر، وتسجيل تنبيه نزع الملكية — هناك حالتان غيرهما يدور به أنهما الخلاف هما : موت المدين ، أو إعساره .

أما عن موت المدين فإن حكمه فى القانون الفرنسى هو جواز القيد ، إلا إذا قبل الورثة التركة تحت شرط الجرد ، ففى هذا دليل على إعسار التركة ، ولهذا سوى القانون الفرنسى بين هذه الحالة وبين إفلاس المدين التاجر ، وإعتبر قبول التركة تحت شرط الجرد نوعاً من الإفلاس اللاحق على الوفاة ، وبالتالى نصت المادة ٢١٤٦ فرنسى على عدم الإعتداد بالقيد الذى يتم بعد وفاة المدين الذى قبلت تركته تحت شرط الجرد (١) .

وقد رأى جانب من الفقه فى مصر الأخذ بنفس الحكم فى جميع الأحوال فبمجرد وفاة المدين يجب أن تتحقق المساواة بين جميع الدائنين ، ولا يجوز لواحد منهم أن يتقدم عليهم بحق يشهره بعد الوفاة (٢) .

ومع ذلك فهذا الرأى لا محل له فى القانون المصرى حيث يوجد نص صريح لا يجيز فحسب شهر الرهن بعد وفاة المدين بل يوجب ذلك أيضاً ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣/٨٩٥ « وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد التأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص » .

أما إذا صدر حكم بشهر إعسار المدين غير التاجر ، أو سجلت صحيفة دعوى شهر الإعسار ، فان كل رهن ينشأ بعد ذلك يقع باطلا ولا ينتج قيده أى أثر طبقاً لنص المادة ٢٥٧ مدنى .

أما إذا نشأ الرهن صحيحاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فهل يجوز شهره بعد تسجيلها ؟

---

(١) بلانيول وبيير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٥٥ ومابعدها .

(٢) محمد على أمام ، ص ٢٩٦ ؛ سليمان مرقس ، فقرة ١٠٤ ، ص ١٦٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى رأى أنه لا يجوز ذلك طبقاً لنص المادة ٢/٢٥٦ التى تقرر « أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين تكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى إختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل » . والرهن كالإختصاص يؤدى إلى أفضلية دائن على غيره من الدائنين ، وهذاماقصد المشرع إلى منعة بعد فترة معينة تبدأ بتسجيل صحيفة دعوى الإعسار (١) . ومع ذلك فهذا النص ينصرف إلى توقيع الإختصاص وليس إلى شهره ، بحيث إذا تقرر إختصاص على عقار للمدين قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، جاز شهره بعد ذلك . وكذلك الرهن إذا تم قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، جاز قيده بعد ذلك(٢) .

الخلاصة أنه فقط فى حالتى إفلاس المدين التاجر ، وتسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون ، يقف أثر قيد الرهن وهو الواقعة المنشئة للأفضلية . ومع ذلك فهذا الوقف خاص بالقيد الجديد ، ولا ينصرف إلى تجديد قيد قديم وهو جائز فى كل وقت ، وكذلك الشأن بالنسبة لقيد الفوائد السابق إستحقاقها ، فهذه لا يجوز قيدها قبل إستحقاقها ، وإذا استحقت جاز قيدها فى أى وقت حتى بعد شهر إفلاس المدين التاجر أو تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، ويعتبر قيدها بمثابة تجديد لأن أصل إستحقاقها مذكور فى القيد الأصلى (٣) .

---

(١) محمد على أمام ، ص ٢٩٥ ؛ سليمان مرقس ، فقرة ١٠٣ ، ص ١٦٦ .

(٢) أنظر فى نفس المعنى لأسباب أخرى ، شمس الدين الوكيل ، ص ٢٢٠ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٠٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٥١ ومابعدها .

وجدير بالذكر أن تجديد القيد لازم كل عشر سنوات ، حسب نص المادة ٤٣ من قانون الشهر العقارى التى تنص على أنه « يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ اجرائه . وكل تجديد لايكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه » .

أنظر نقض مدنى ، جلسة ١٩٤٢/٦/١١ ، مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض ، ج ١ ، ص ٣٩١ فقرة ٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣٥ - موضوع الأفضلية :

موضوع الأفضلية أو الحقوق التى يستوفيها الدائن بطريق الأفضلية هى أصل الدين والفوائد والمصروفات .

وأصل الدين الذى يستوفيه الدائن بطريق الأفضلية، هو الثابت فى القيد فإذا كان هناك فرق بين أصل الدين الثابت فى عقد الرهن ، وبين ماتم إثباته فى القيد، تقدم الدائن فى أقل القيمتين . لأنه إذا زاد الدين المقيد عن الدين المضمون بالرهن كانت هذه الزيادة غير قائمة على أساس لأن القيد يعتمد على سند الرهن فى وجوده ومداه ، وإذا زاد الدين الوارد بسند الرهن على الدين الثابت بالقيد، كانت هذه الزيادة غير نافذة فى حق الغير فلا يتقدم بها الدائن على غيره من الدائنين .

أما الفوائد التى تشملها الأفضلية ، فهى تلك التى إستحقت وقت القيد وتم قيدها مع الدين الأصلى ، يضاف اليها الفوائد عن السنتين السابقتين على تسجيل تنبية نزع الملكية إلى تاريخ رسو المزاد . فإذا زادت المدة بين قيد الرهن وتسجيل تنبية نزع الملكية عن سنتين ، فلا يتقدم الدائن بحقة الا عن سنتين فقط سابقتين على تسجيل التنبيه ، أما ماإستحق عن مدة تسبق السنتين من فوائد فلابد من إتخاذ قيد خاص بالنسبة له وتحسب مرتبته من تاريخ هذا القيد .

وقد إتخذ القانون بهذا الحكم حلا وسطا . فلا هو قرر أن الفوائد تضم إلى أصل الدين وتشملها الأفضلية أيا كانت مدتها دون قيد خاص بها ، مما قد يؤدى إلى عدم مطالبة الدائن بالفوائد وتراكمها مما يضر بمصلحة المدين والدائنين الآخرين له ،ولا هو قرر أنه لابد من إجراء قيد خاص بكل الفوائد التى تستحق وبعد استحقاقها مما يؤدى إلى كثرة الإجراءات وزيادة المصروفات وهى زيادة يتحملها المدين كما سنرى (١) .

ولهذا فيكفى أن يتخذ الدائن قيداً كل سنتين عن الفوائد التى تستحق وتحسب مرتبتها من وقت قيدها .

---

(١) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٩٤٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما الفوائد التى تستحق عن السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية فيستوفيها الدائن دون قيد خاص مفضلا على غيره من الدائنين حسب مرتبة قيد الدين الأصلى (١). وكذلك الفوائد التى تستحق بعد تسجيل التنبيه إلى تاريخ رسو المزاد، لأن الاجراءات قد تطول وللدائن الحق أن يستوفى الفوائد عن مدة الإجراءات حسب مرتبة رهنه. ولا يعتبر هذا إرهاقا للمدين لأنه عن المدة التى تلى تسجيل التنبية تلحق الثمار بالعقار، ويمكن أن تغطى الثمار مايستحق من فوائد (٢).

وتسجيل تنبية نزع الملكية الذى تحسب على أساسه المدة السابقة، هو مايقوم به أى دائن ولايشترط أن يقوم به المدين المرتهن ذاته (٣).

وقد نص المشرع على كل هذه الأحكام فى المادة ٢/١٠٥٨ بقوله « وإذا ذكر سعر الفائدة فى العقد فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبية نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت والتى تحسب مرتبتها من وقت إجرائها. وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل ».

ويستفاد من هذا النص أن الفوائد التى يستحقها الدائن وتدخل فيما يتقدم به حسب مرتبته هى الفوائد إلى تاريخ رسو المزاد. أما بعد رسو المزاد وحتى القيام بتوزيع الثمن على الدائنين، فلا يكون الدائن مستحقاً أية فوائد عن هذه المدة قبل

---

(١) المدة فى القانون الفرنسى هى ثلاث سنوات حسب نص المادة ٢١٥١ من القانون المدنى، راجع أنسيكلوبيدى داللوز، ص ٩٢١، فقرة ٢٦٤.

(٢) منصور مصطفى منصور، ص ١٢٠.

(٣) وحتى تدخل الفوائد مع أصل الدين فى التوزيع، لابد أن يكون سعرها مذكورا فى عقد الدين وكذلك فى قيد الرهن. راجع، بلانيول وريبير وبيكيه، ج ١٣، فقرة ٩٨٢؛ بودان وفوارن، ج ١٤، فقرة ٩٥٢؛ أوبرى ورو، فقرة ٢٨٥.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المدين ، وهو قد يستحق فوائد عن هذه المدة قبل الراسى عليه المزاد إذا كان هذا ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو قبل خزانة المحكمة إذا كانت هذه ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، فلا تشملها الأفضلية (٢٣٠ مدنى) (١) .

أما المصروفات التى يستوفيها الدائن بطريق الأفضلية حسب مرتبة رهنه فهى نفقات العقد وقيد الرهن وتجديد القيد . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٥٨/١ « يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنيا فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها » .

والحكمة من هذا النص أن المدين هو الذى يتحمل فى الأصل هذه المصروفات (١٠٣١/٢ ، ١٠٥٥ مدنى) ، فاذا أنفقها الدائن دون إتفاق خاص على أنه هو الذى يتحملها ، كان له أن يستوفيها من المدين بضمان الرهن ذاته وفى نفس مرتبته دون حاجة إلى نص خاص (٢) .

الخلاصة أن موضوع الأفضلية هو أصل الدين وفوائده والمصروفات على التفصيل السابق ذكره .

٣٦ - محل الأفضلية :

محل الأفضلية هو ما يباشر عليه الدائن حقه فى التقدم ، وهو بصفة أصلية ثمن العقار المرهون بعد بيعه بالمزاد العلنى .

ولكن حق الدائن فى التقدم لا يرد على ثمن العقار المرهون فقط ولكن يرد على ملحقاته أيضا ، وأهمها العقارات بالتخصيص ، وحقوق الإرتفاق ، والتحسينات والإنشاءات ، وكذلك ثمار العقار التى تلحق به بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية إذا كانت الاجراءات تتخذ فى مواجهة المدين الراهن (١٠٣٧) . أو من تاريخ إنذار الحائز بالدفع أو التخلية ، إذا كانت الإجراءات تتخذ فى مواجهة الحائز (١٠٧٩) .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٠٠ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٠ .

(٢) أوبرى ورو ، جـ ٣ ، فقرة ٢٨٥ ، هامش ٢٨ — ٣٣ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ٩٨٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا كان الغالب أن حق الدائن فى التقدم يرد على ثمن العقار المرهون ، بعد بيعه بالمزاد العلنى فهذا هو الإجراء الطبيعى الذى يتخذه الدائن عند عدم الوفاء بحقه ، إلا أن العقار قد يهلك أو يتلف لأى سبب من الأسباب ، ويحل محله مال آخر . فى هذه الحالة يتقدم الدائن بحقه على ماحل محل العقار المرهون .

وقد نص المشرع على هذا فى المادة ١٠٥٦ التى تقرر «يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم . » من هذا مانص عليه المشرع أيضا فى المادة ١٠٤٩ «الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » . من هذا أيضا تعويضات الحرب التى تستحق للمالك عن هلاك العقار أثناء الحرب (١) ، أو الثمن الذى يترتب على بيع العقار على أنه منقول بحسب المآل ، أو على بيع العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار . من هذا أيضا ثمن مايؤول إلى الراهن بعد القسمة إذا وقع الرهن على جزء مفرز أو حصة شائعة من مال شائع ، ثم آل إلى الراهن مال آخر غير مانشأ عليه الرهن أصلا على التفصيل السابق ذكرة عند دراسة هذا الموضوع ، ومن المتصور أن تعرض فى العمل تطبيقات أخرى لمال يحل محل العقار المرهون (٢) .

وجدير بالذكر أنه لاتوجد فى القانون الفرنسى قاعدة تقرر بصفة عامة إنتقال حق الدائن المرتهن إلى ماحل محل العقار المرهون فى حالة هلاكة أو تلفة ، ولكن توجد تطبيقات خاصة أهمها ماجاء فى قانون صادر فى ١٩٣٠ بشأن إنتقال حق الدائن المرتهن إلى مبلغ التأمين عند هلاك الشىء محل الرهن أو غيره من التأمينات العينية لأى سبب (م ٣٧ من القانون المذكور) (٣) . والقضاء الفرنسى لايستنبط

---

(١) وقد صدرت قوانين فى فرنسا فى هذا المعنى عقب الحرب العالمية الأولى ، والحرب العالمية الثانية ، أنظر ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩١٧ ، فقرة ١٨٩ ومابعدها .

(٢) مثال هـذا التعويض الذى يتقرر نتيجة لاستحقاق العقار المرهون . راجع ، بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٣٦٩ . ويشترط فى فرنسا بحسب أمر صادر عام ١٩٤٥ أن يكون الاستحقاق نتيجة بطلان سند الراهن بسبب راجع إلى ظروف الحرب .

(٣) ولكن هـذه التطبيقات متعددة ، فخلاف مبلغ التأمين ، وتعويضات الحرب ،=

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من هذه النصوص الخاصة قاعدة عامة كما هو الوضع فى القانون المصرى (١) .

٣٧ - درجة الأفضلية :

درجه الأفضلية هى المرتبة التى يحتلها الدائن المرتهن . فقد يوجد أكثر من رهن مقيد على العقار ، وقد توجد تأمينات أخرى عينية مقيدة على نفس العقار ، ولهذا وجب إعطاء كل حق من الحقوق المقيدة على العقار درجة أو مرتبة يتقدم بها على غيره من الدائنين .

ويلاحظ فى البداية أن الدائن المقيد حقه على العقار يتقدم الدائن العادى فى جميع الأحوال حتى ولو كان الدائن صاحب الحق المقيد متأخراً فى الدرجة عن الدائنين الآخرين المقيدة حقوقهم وكان حقه قد نشأ بعد نشأة حق الدائن العادى.

ويلاحظ من ناحية أخرى أن صاحب الحق فى الإمتياز العام وهو حق لايلزم قيده للإحتجاج به على الغير يتقدم على جميع أصحاب الحقوق المقيدة على العقار حتى ولو نشأ الحق فى الإمتياز العام بعد نشأة الحقوق المقيدة، وكذلك امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

أما الحقوق واجبة الشهر فهى حقوق الرهن والإختصاص وحقوق الإمتياز الخاصة العقارية . ودرجة صاحب الحق فيها تتحدد حسب وقت القيد. ومن المتصور أن يتقدم حق على آخر رغم قيدهما فى يوم واحد إذا قيد أحدهما فى وقت سابق أيا كان الفاصل الزمنى بينهما .

وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه فى المادة ١٠٥٦ على أن الدائنين يستوفون حقوقهم « ... بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد » . وقد عملت المواد ١٦ ، ١٩ ، ٢٠ من اللائحة التنفيذية لقانون

= والتعويض عن الاستحقاق، وهى أمثلة سبق ذكرها، فان حق الدائن المرتهن ينتقل أيضا إلى ثمن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، مرسوم بقانون فى ٨ أغسطس ١٩٣٥ ، راجع بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٣٦٨ ، وينتقل كذلك إلى التعويض عن حريق العين المرهونة بفعل المستأجر أو الجار (المادتين ١٧٣٣ ، ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى) .

(١) وذلك بالرغم من تعدد التطبيقات مما يجعل وجود القاعدة العامة العكسية ، أمرا جديرا باعادة النظر . أنظر ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٩٦٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تنظيم الشهر العقارى على تنظيم عملية القيد بما يحدد على وجه الدقة ساعة القيد ، وبالتالى حساب مرتبة كل دائن مرتهن أو صاحب حق مقيد (١) .

ويلاحظ أنه إذا كانت القاعدة أن درجة الأفضلية تتحدد بوقت القيد فهناك إستثناء على هذا درسناه بصدد إنتقال حق الدائن المرتهن لجزء مفرز أو حصة شائعة من العقار المملوك على الشيوع إلى ما آل إلى الراهن بمقتضى القسمة من أعيان أخرى غير التى رهنها . فان حق الدائن المرتهن ينتقل إلى هذه الأعيان حسب مرتبته ومع ذلك فهو يتأخر على حق الرهن التالى له فى المرتبة الصادر من جميع الشركاء على نفس الأعيان ، وكذلك على إمتياز المتقاسمين . (م ١٠٣٩/٢) (٢) .

ويلاحظ أيضا أنه أحيانا يدق تحديد درجه الأفضلية ، فمن المتصور أن توجد ثلاثة حقوق مقيدة الأول يفضل الثانى ولكن يتأخر عن الثالث .

ويحدث هذا بصفة خاصة عند محو القيد (٣) ثم إزالة المحو (٤) ، إذ تترتب

---

(١) أما فى فرنسا ففى ظل قانون نابليون (م ٢١٤٧) كانت القيود التى تتم فى يوم واحد تحسب فى نفس الدرجة لافرق بين قيد يتم فى الصباح وآخر يتم فى المساء . وتبرير ذلك أن الموظف المختص بالقيد قد يتواطأ مع أحد الدائنين إضراراً بالباقين فيقدم بعضهم على بعض دون حق وهو مايصعب ضبطه طالما أن القيد يتم فى نفس اليوم . راجع أوبرى ورو ، ج٣ فقرة ٢٩١ ؛ كولان وكابتان ج ٢ ، فقرة ١٧٨٧ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٨٧٠ .

ومع ذلك فقد صدر قانون حديث فى فرنسا عام ١٩٥٥ قرر أنه فى حالة إجراء القيد فى يوم واحد تحسب الأفضلية بالنظر إلى تاريخ نشأه الرهن . أنظر فى تفصيل ذلك ، مازو ، ج ٣ ص ٣٩١ .

(٢) راجع فقرة ٢٥ من هذا الكتاب .

(٣) تنص المادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « لايجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن بتقرير رسمى فيه . . . » .

وإذا انقضى الدين فان الرهن ينقضى بصفة تبعية وعلى الدائن الموافقه على محو القيد والا جاز استصدار حكم من القضاء باجراء المحو . وفى غير حالات انقضاء الدين يجوز للدائن بمحض إرادته أن يوافق على محو القيد ولكن يشترط أن تتم موافقته فى ورقة رسمية .

ومحو القيد يسمى بالشطب فى تعبير آخر .

(٤) قد يصدر حكم بالغاء المحو إما نتيجة للطعن بالبطلان فى إقرار الدائن بالمحو ، أو=

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على إزالة المحو أن تعود للقيد مرتبته القديمة ومع ذلك فهو لا يضر بالحقوق التى شهرت ما بين محو القيد وإلغاء المحو . وهـذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٤٦ شهر عقارى من أنه « إذا ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعى بالنسبة للقيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والإلغاء » .

وعلى هذا إذا قيـد رهن فى عام ١٩٦٠ ، وقيد رهن ثان فى عام ١٩٦١ ، ثم محى الرهن الأول عام ١٩٦٢ ثم قيد رهن ثالث فى عام ١٩٦٣ ، فألغى المحو فى عام ١٩٦٤ . فيترتب على إلغاء المحو أن تعود للرهن الأول مرتبته فى ١٩٦٠ ويتقدم على الرهن الثانى المقيد فى ١٩٦١ ، ولـكنه يتأخر على الرهن الثالث المقيد ١٩٦٣ وهو وقت لم يكن فيه للرهن الأول وجود . ويؤدى هذا الترتيب إلى بعض المفارقات فى التوزيع (١) .

٣٨ – التنازل عن مرتبة الرهن :

قرر المشرع فى المادة ١٠٥٩ أن « للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة » .

هذا النص يفترض وجود أكثر من حق مقيد على العقار بعضها يلى بعض فى المرتبة ، وأن صاحب حق متقدم يتنازل لصاحب حق متأخر عليه عن مرتبته.

ويلاحظ أن التنازل هنا يرد على القيد ، وليس على الحق فى الرهن ذاته . ولهذا ينبغى أن يكون المتنازل له صاحب حق مقيد على نفس العقار .

= الطعن بالنقض أو إعادة النظر فى الحـكم النهائى الذى قرر المحو. وفى هـذه الحالة يعاد القيد مرة أخرى بالشروط الواردة فى المتن .

(١) راجع فى تطبيق هذا النص ، منصور مصطفى منصور ، ص ١١٤ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والتنازل لا ينبغى أن يضر بمصلحة الدائنين الآخرين أصحاب الحقوق الأخرى المقيدة على العقار (١) .

ولهذا يكون التنازل عن المرتبة فى حدود دين الدائن المتنازل فقط ، فاذا وجد رهن ا ، ب ، جـ على عقار واحد ، وتنازل صاحب الرهن ا عن مرتبته إلى صاحب الرهن جـ ، فينبغى ألا يضر هذا بمصلحة صاحب الرهن ب . فاذا كانت قيمة الدين المضمون بالرهن ا هى ١٠٠٠ جنيه ، وقيمة الدين المضمون بالرهن جـ هى ١٥٠٠ جنيه ، فإن صاحب الرهن جـ لا يستفيد من هذا التنازل إلا فى حدود قيمة دين صاحب الرهن ا فقط وهى ١٠٠٠ جنيه .

كذلك فإن صاحب الرهن ب يستطيع أن يتمسك فى مواجهة المتنازل له وهو صاحب الرهن جـ بجميع أوجه الدفع التى يمكن التمسك بها فى مواجهة ا كبطلان دين ا أو بطلان الرهن الضامن للدين ، أو بطلان قيد الرهن ، أو إنقضاء حق ا وما يترتب عليه من إنقضاء الرهن ولكن بشرط أن يكون الانقضاء الذى يتمسك به صاحب الرهن ب قد حدث قبل التنازل عن المرتبة ، أما إذا حدث بعدها فلا يجوز التمسك به بعد ذلك ، لأن القيد بعد التنازل عن مرتبته يصبح خاصاً بدين جـ ولا يتأثر إلا بإنقضاء حقة هو .

وفى جميع الأحوال يجوز التمسك بأوجه الدفع الخاصة بدين المتنازل له ، حتى ولو لم يكن هناك وجه للتمسك بمثلها فى مواجهة المتنازل . فإذا كان دين المتنازل له باطلا أو كان رهنه باطلا ، أو كان حقه قد إنقضى فلا يفيده التنازل له عن مرتبة دائن آخر شيئاً (٢) .

ويجب للاحتجاج بالتنازل عن مرتبة الرهن التأشير بهذا فى هامش القيد المتنازل عن مرتبته (م ١٠٥٣/٢) .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٠٨ ومابعدها .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المطلب الثانى
حق التتبع

٢٩ - المقصود بالتتبع :

حق الدائن المرتهن فى تتبع العقار المرهون يعنى حقه فى إتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا العقار فى أى يد يكون . فلا يشترط أن يبقى العقار فى ملكية الراهن حتى يتمكن الدائن المرتهن من التنفيذ عليه . بل أن الراهن قد يتصرف فى العقار المرهون فينقل ملكيته إلى شخص آخر دون أن يؤثر هذا فى حق الدائن المرتهن .

وعلى هذا فحق الدائن المرتهن فى التتبع مرتبط بحق الراهن فى التصرف فى العقار المرهون . ولا يتصور قيام أحد الحقين بدون الآخر ، وإلا إنتقصنا من حق الراهن فى الملكيه ، أو من حق المرتهن فى الرهن .

وتقرير حق رهن على عقار لاينتقض من ملكية الراهن ، ولا يمنعه بصفة خاصة من حقه فى التصرف فى العقار المرهون (م ١٠٤٣) ومع ذلك فأى تصرف يصدر منه لايؤثر فى حق الدائن المرتهن .

والتصرف فى العقار المرهون كان يؤثر فى حق الدائن المرتهن لو إمتنع عليه كما هو الشأن بالنسبة للدائن العادى أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال خرج من ذمة المدين قبل التنفيذ . أما وأن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون حتى بعد خروجه من ذمة المدين الراهن فهذا يفسر على السواء ، حق الراهن فى التصرف ، وحق المرتهن فى التتبع ، ويبين مابين الحقين من إرتباط (١) .

وعلى هذا نصت المادة ١٠٦٠ من القانون المدنى « (١) يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ... (٢) ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من إنتقلت إليه بأى سبب من الأسباب

---

(١) بلانيول وبيبر وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٨٩٦ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٦ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن . »

والحق فى التتبع مظهر من مظاهر نفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، مترتب على كون الرهن حقاً عينيا . فمن آثار الحقوق العينية جميعاً حق صاحبها فى تتبع محلها لمباشرة مضمونها .

والرهن حق عينى تبعى (١) . وسلطة التتبع أكثر ووضوحاً فى الحقوق العينية التبعية عنه فى الحقوق العينية الأصلية . ولعل السبب فى ذلك أن صاحب الحق العينى التبعى لا يحتفظ بسلطة التصرف فى الشىء محل الحق ، بل تبقى هذه السلطة لشخص آخر هو المالك ، وتصرفات هذا الشخص هى التى تحقق الحالات العملية التى يلجأ فيها صاحب الحق العينى التبعى إلى تتبع الشىء فى يد المتصرف إليه .

أما فى الحقوق العينية الأصلية فلا يوجد هذا الازدواج فى السلطة ، أى لا يوجد شخص آخر بجانب صاحب الحق العينى الأصلى يحق له أن يتصرف فى الشىء محل الحق تصرفاً يمس هذا الحق فى حدود مضمونه (٢) . ومن هنا تظهر الصعوبة فى الكشف عن أمثلة عملية يباشر فيها صاحب الحق العينى الأصلى سلطته فى التتبع .

وفى نطاق الحقوق العينية التبعية ، وبالنسبة للرهن الرسمى بصفة خاصة ، فإن التتبع يعتبر من أهم آثاره ، إلا أنه لا يعبر عن جوهره . **فجوهر الرهن هو الحق فى الأفضلية والتقدم . حق الدائن المرتهن فى أن يفضل غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار المرهون .**

وهو قد يباشر هذا الحق دون حاجة إلى تتبع العقار المرهون على الإطلاق ،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٢٨ ، بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٦٩١ .

(٢) ويقال تعبيرا عن نفس الفكرة أن الحقوق العينية التبعية لا تؤدى إلى تجزئة حق الملكية ، فهى لا ترد على الشىء ، بقدر ما ترد على حق الملكية ذاته راجع أوبرى ورو ، ج ٢ ، فقرة ١٦٥ ، هامش ٤ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٣٢٨ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٨٦٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ويكون هذا فى الحالات الكثيرة التى لايتصرف فيها الراهن فى العقار ويظل محتفظا بملكيته إلى وقت التنفيذ عليه . فى هذه الحالة ينفذ الدائن المرتهن على العقار المرهون كأثر مباشر للرهن فيما بين المتعاقدين ، وليس تتبعا للعقار فى مواجهة الحائز . أى أن الدائن قد يحقق كل غايته من الرهن ويتقدم على غيره من الدائنين دون أن يلجأ إلى تتبع العقار فى مواجهة الغير (١) .

إلا أن الأفضلية وهى جوهر الحق تظل مهددة إذا لم يساندها الحق فى التتبع . فبدون هذا الحق الأخير تنعدم كل قيمة للأفضلية بمجرد تصرف الراهن فى العقار المرهون لشخص آخر لايستطيع الدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته . ولهذا فالوضع الصحيح للتتبع أنه حق مساعد يلجأ إليه الدائن المرتهن إذا تصرف الراهن فى العقار المرهون (٢) .

٤٠ - صاحب الحق فى التتبع :

١ — هو الدائن المرتهن الذى قيد حقه قبل شهر التصرف فى العقار المرهون . فالتتبع لايعدو أن يكون تزاحما بين صاحب حق عينى تبعى هو الدائن المرتهن ، وصاحب حق عينى أصلى هو المتصرف إليه (٣) . وكل حق من هذين الحقين لايحتج به فى مواجهة الغير إلا بشهره عن طريق القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية ، والتسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية .

والعبرة بالأسبقية فى الشهر لا بالأسبقية فى تاريخ السند المنشىء للحق . فإذا أبرم عقد الرهن مثلا قبل ابرام التصرف فى العقار المرهون ، ولكن شهر الرهن تأخر عن شهر هذا التصرف فإن الرهن لاينفذ فى مواجهة المتصرف إليه ، ولايستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار تحت يده .

بل أن تأخير شهر الرهن على هذا النحو يقضى على كل أثر للرهن لافى مواجهة

---

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٤ ، فقرة ٣١٩ وما بعدها .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٢٠ .

(٣) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٢١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المتصرف إليه فقط ، ولكن فى مواجهة الدائنين العاديين للراهن أيضا . فبمجرد التصرف فى العقار وشهر هذا التصرف ، يمتنع على الدائن المرتهن الذى تأخر فى شهر حقه ، إتخاذ إجراءات الشهر بعد هذا . فالفرض أن العقار خرج نهائيا من ذمه الراهن وأصبح محلا لحق المتصرف إليه ، وهو شخص أجنبي عن الدين، ولذلك لايحتج فى مواجهته بالرهن لأنه تلقى ملكية العقار خالياً من كل حق مشهر عليه ، ولايجوز للدائن الذى إكتسب حق رهن غير مقيد على العقار ، أن يتقدم بطلب شهره بعد إنتقال ملكيته إلى شخص آخر .

ففى صورة التزاحم بين صاحب حق رهن وبين المتصرف إليه فى العقار المرهون، فإن تأخير شهر الرهن تترتب عليه نتائج خطيرة لاتقف فقط عند تأخير درجة الأفضلية ، كما هو الشأن فى حالة التزاحم بين أصاحب الحقوق العينيه التبعية ، ولكنه يؤدى إلى زوال الحق فى الأفضليه ذاته (١) .

والمستفيد من ضياع حق الدائن المتأخر فى الأفضلية ، ليس هو المتصرف إليه وحده ، بل الدائنين العاديين للمدين الراهن . لأن الدائن المرتهن يعود فيصبح كالدائنين العاديين فلا يجوز له أن يدعى حقاً فى الأفضلية على أى مال آخر فى ذمة المدين الراهن ، أو حتى حقاً فى الأفضلية على ثمن العقار محل التصرف ، ومحل الرهن فى نفس الوقت. فتأخره فى شهر حقه حتى تمام شهر التصرف فى العقار محل الحق يمنعه بعد هذا من إتخاذ إجراءات الشهر أصلا ، ويسد عليه الطريق فى نفاذ حقه فى مواجهة الغير . ويعتبر من الغير المتصرف إليه ، وكذلك الدائن العادى للمدين الراهن (٢) .

ويلاحظ أن هذه النتائج الخطيرة التى تترتب على تأخر صاحب الحق العينى التبعى

---

(١) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٠٣٩ .

(٢) ويلاحظ أن الدائن المرتهن يعتبر هو نفسه فى حكم الغير فى مواجهة المتصرف إليه ، ولذلك يجوز له أن يشهر حقه فى الرهن طالما أن المتصرف إليه لم يشهر بعد الحق العينى الذى انتقل إليه ، ولوكان التصرف قد تم قبل انعقاد الرهن . أنظر بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٣٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى شهر حقه ، لاتحدث فى حالة تأخر صاحب الحق العينى الأصلى فى شهر حقه فى تزاحمه مع صاحب الحق العينى التبعى . كل ماهنالك أن صاحب الحق العينى الأصلى الذى تأخر فى شهر حقه ، يتلقى هذا الحق مثقلا بحق عينى آخر لصاحب رهن أو غيره من الحقوق العينية التبعية (١) .

وقد تعرض صورة دقيقه للتزاحم بين الدائن المرتهن وبين المتصرف إليه فى العقار المرهون ، إذا شهر كل منهما حقه فى نفس اليوم . والمشرع المصرى لم يعرض لهذه الصورة بالحل ، ولكنه عرض فقط لصورة التزاحم بين دائنين مرتهنين فيما بينهم فقرر أن العبرة بالأسبقية فى القيد ، ولو تم القيد فى يوم واحد (١٠٥٦ مدنى) .

أما القانون الفرنسى فقد أخذ بحل آخر فقرر أن العبرة فى هذه الحالة بالأسبقية فى تاريخ السند المنشىء للحق (٢) .

ويلاحظ أن الحل الذى أخذ به المشرع المصرى لايمكن الإستفادة منه فى الصورة التى أمامنا . لأن التزاحم فيها لايقع بين أصحاب حقوق من نوع واحد ، خاضعة لنفس الإجراءات حتى يمكن معرفة الأسبق فيها فى إجراءاته، فالتزاحم يقع بين المتصرف إليه وهو صاحب حق عينى أصلى شهر حقه عن طريق تسجيله ، وبين دائن مرتهن شهر حقه عن طريق قيده، ولا توجد قائمة شهر واحدة تجمع بين هذين الحقين حتى يمكن معرفة أيهما أسبق فى الدرجه .

ومن ناحية أخرى فإنه ليس بلازم أن يكون الحل فى حسم التنازع بين دائن مرتهن ومتصرف إليه، هو نفس الحل بين أكثر من دائن مرتهن. والقانون الفرنسى لم يأخذ بنفس الحل فى الحالتين . فهو فى حالة التزاحم بين أكثر من دائن مرتهن أجروا القيد فى يوم واحد قرر كما رأينا أن العبرة بالأسبقية فى تاريخ السند المنشى للرهن .

أما فى حالة التزاحم بين الدائن المرتهن الذى شهر حقه فى نفس اليوم الذى تم فيه

---

(١) فى مثل هذه الصورة يباشر الدائن حقه فى التتبع ، ويعتبر المتصرف اليه حائزا فى مواجهته .

(٢) راجع فقرة ٣٧ من هذا الكتاب .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

شهر نقل ملكية العقار المرهون فان العبرة بالأسبقية فى تاريخ السند المنشئ للحق ، فاذا نشأ كل من الحقين فى نفس اليوم أعتبر الرهن أسبق فى الشهر عن التصرف ، ونفذ الرهن فى مواجهة المتصرف إليه (١) .

ويبدو لنا من المقبول الأخذ بحل مشابه فى القانون المصرى .

٢ — والدائن المرتهن لا يحق له تتبع العقار المرهون ، والتنفيذ عليه فى مواجهة المتصرف إليه الا بعد حلول أجل الدين . فقبل حلول الأجل لا يجوز مطالبة المدين الراهن أو التنفيذ فى مواجهته ، وكذلك لا يجوز التنفيذ فى مواجهة شخص آخر أجنبي عن الدين (٢) .

والدين يحل بحلول أجله ، أو للأسباب الأخرى لسقوط الأجل وهى إفلاس المدين أو إعساره ، أو فى حالة إضعاف التأمينات لدرجة كبيرة ، أو عدم تقديم ما وعد بتقديمه من تأمينات (٢٧٣ مدنى) .

٣ — والدائن الذى يثبت له الحق فى التتبع هو الدائن المرتهن أيا كانت درجته . حتى ولو كان متأخراً فى المرتبة وبالتالى لا يستفيد عملا من بيع العقار. وهذا هو الحكم أيضاً فى التنفيذ على العقار فى مواجهة المدين . بل أنه فى هذه الحالة الأخيرة يستطيع أن يقوم به أى دائن ولو كان دائناً عادياً .

وكان الأمر على خلاف ذلك فى القانون الرومانى فقد كان الدائن المتقدم فى المرتبة هو الذى يستطيع أن يتخذ إجراءات بيع العقار .

وقد نص القانون الفرنسى صراحة (م ٢١٦٩) على أن كل دائن مرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار فى مواجهة الحائز . ويعلق البعض على هذا بأنه يبدو أن هذا الحق « مجرد عن سببه » ولا يتصور بشأنه التعسف (٣) .

---

(١) مازو ، ج ٣ ، ص ٣٩١ ومابعدها .

(٢) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٥٠ ؛ بلانيول وريبيروبيكيه، ج ١٣ ،فقرة ١٠٨١؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٤٤ .

(٣) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٠٠ ؛ كولان وكاپتان ؛ ج ٢ ؛ فقرة ١٧٩٦ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٨٨٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهذا ما نص عليه المشرع المصرى أيضاً من أنه « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار » (م ١٠٦٠/١) . ولم يقيد هذا الحق بأن يكون الدائن متقدماً فى مرتبة رهنه .

٤١ - الحائز :

وهو من يباشر الدائن المرتهن فى مواجهته حقه فى التتبع . وإصطلاح الحائز هنا مستعمل فى معنى خاص يختلف عن المعنى المألوف لهذا الإصطلاح . فمن انتقلت إليه الملكية هو صاحب حق عينى على العقار ولذلك لا يعتبر حائزاً فى القواعد العامة ، والمقصود باصطلاح الحائز هنا الدلالة على أن هذا الشخص أجنبي عن الدين .

١ — فيشترط لاعتبار من تباشر فى مواجهته إجراءات التنفيذ حائزاً ألا يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين . فلا يعتبر حائزاً المدين الراهن لأن الدائن وهو ينفذ على العقار فى مواجهته إنما يستفيد من حقه فى الرهن فى أثره المباشر ما بين المتعاقدين . ولا يعتبر حائزاً الضامن أو الكفيل الشخصى إذا إنتقلت إليه ملكية عقار مرهون ضماناً لنفس الدين (١) .

٢ — وينبغى أن يكون هذا الشخص قد تلقى ملكية العقار المرهون أو أى حق عينى آخر قابل للرهن ، وهى الحقوق التى يمكن بيعها بالمزاد العلنى كحق الإنتفاع مثلا . لأن الغاية من التتبع هى بيع الحق موضوع التصرف فى مواجهة المتصرف إليه ، فإذا كانت هذه الحقوق لا تقبل البيع بالمزاد العلنى كحقوق الإرتفاق والإستعمال والسكنى فلا معنى لتتبعها ولا يعتبر من اكتسبها حائزاً .

ومع ذلك فالدائن المرتهن يحتج بحقه فى مواجهة أصحابها ، ويكون مظهر هذا الإحتجاج لا تتبع هذه الحقوق ، ولكن التنفيذ على العقار فى مواجهة المدين

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٠٧٣ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٢١ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٩٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الراهن مع تجاهل وجود هذه الحقوق (١) ، أما إذا كان الحق الذى ترتب للغير من الحقوق العينية التبعية كالرهن فنكون بصدد مباشرة الحق فى التقدم وليس الحق فى التتبع .

وإذا كان الغير قد إكتسب حقاً شخصياً فى مواجهة الراهن يتعلق بالعقار المرهون كالمستأجر مثلا ، فهو لا يعتبر حائزاً (٢) .

٣ — وينبغى أن يكون الغير قد قيد حقه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ؛ لأنه بمقتضى المادة ٦١٦ من قانون المرافعات لا ينفذ أى تصرف على العقار يقع بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة لدائن حقه مقيد قبل التسجيل . ومقتضى هذا أن الدائن المرتهن يتخذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة الراهن مباشرة (٣) .

٤ — أن يكون الغير قد شهر حقه بعد قيد الرهن ، فإذا لم يكن قد شهر حقه أصلا فلا يعتبر حائزاً ، فالمشترى بعقد غير مسجل لا يعتبر حائزاً ، والتنفيذ على العقار يتخذ فى مواجهة البائع . أما إذا كان الغير قد شهر حقه قبل قيد الرهن ففى هذه الحالة لا يحتج بالرهن فى مواجهته ولا يمكن تتبع العقار تحت يده كما ذكرنا من قبل . فحتى يعتبر الغير حائزاً فينبغى أن يكون قد شهر حقه بعد شهر حق الرهن (٤) .

وإذا كان السبب الذى إكتسب به الغير حقه لا يجب بشأنه الشهر كالتقادم مثلا ، فينبغى أن يكون التقادم قد تم بعد قيد الرهن (٥) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٠٧٥ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٤٣ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٩٥ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٨٨٧ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٥ .

(٣) أحمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ ، فقرة ٢٩٣ ومابعدها .

(٤) راجع م ٩ من قانون الشهر العقارى فى ضرورة التسجيل لنفاذ الحقوق العينية الأصلية فى مواجهة الغير . راجع شمس الدين الوكيل ، ص ٣١٧ .

(٥) منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٣١٨ ؛ محمد على أمام ، ص ٣٤٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٤٢ - الحائز مسئول مسئولية عينية عن الدين، مقارنته بمركز الكفيل العينى والوارث :

الحائز غير مسئول شخصياً عن الدين ، فهو أجنبى عنه لا تربطه بالدائن أية علاقة شخصية . ومع ذلك فكونه أجنبياً تماماً عن الدين لا يستقيم مع إنتقال عقار مرهون فى هذا الدين إلى ذمته ، مع نفاذ هذا الرهن فى مواجهته . ولهذا كان لابد من التسليم بأن إنتقال ملكية العقار المرهون إلى الحائز ينشىء صلة ما بين الحائز والدين .

هذه الصلة ليست مسئوليته الشخصية على وجه التأكيد ، فالحائز لا زال أجنبياً عن صاحب الدين لا تربطه به علاقة شخصية ، وهو كذلك غير مسئول عن الدين فى أمواله الخاصة. فمسئوليته قاصرة على قيمة العقار المرهون. ومسئوليته على هذا النحو مسئولية عينية PROPTER REM تنقضى باستنفاد قيمة العقار المرهون (١) .

ويعتبر فى مركز قريب من مركز الحائز ، الكفيل العينى . فهو أيضاً غير مسئول مسئولية شخصية فى كل أمواله عن الدين المضمون ، ومسئوليته عينية قاصرة على العقار المرهون ولهذا فهو كالحائز « لا يجوز التنفيذ على ماله إلا مارهن من هذا المال » (م ١٠٥٠ مدنى) .

وكذلك يجوز له إتخاذ إجراءات التخلية المقررة للحائز . فينص المشرع فى المادة ١٠٥١ فقرة ثانية « وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار » . وهى الأحكام التى سندرسها فيما بعد .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٠٧٣ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٢١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ومع ذلك فاقتراب الكفيل العينى من الحائز لا يجعله فى مركزه تماماً ، فمسئوليته العينية هو الذى أنشأها برضائه ، أما مسئوليه الحائز فقد نشأت بقوة القانون كأثر مترتب على إنتقال ملكية العقار المرهون إل ذمته .

وعلى هذا فالكفيل العينى وإن كانت مسئوليته عينية ومحدودة ، إلا أنه ليس أجنبياً عن الدين فهو ضامن له بإرادته . وكذلك فالكفيل العينى ليس أجنبياً عن الدائن المرتهن ، فهو طرف فى عقد الكفالة الذى يربطهما معاً .

ولهذا فالدائن المرتهن عندما ينفذ على العقار المرهون فى مواجهة الكفيل العينى لا يتتبع العقار فى مواجهة الغير ، ولكنه يستفيد من عقد الرهن فى أثره المباشر ما بين المتعاقدين . فالكفيل العينى يعتبر راهناً وليس من الغير كالحائز(١) .

أما الوارث فوضعه لا يثير خلافاً فى القانون الفرنسى . وفى هذا القانون تنبغى التفرقة بين الوارث العادى ، وبين الوارث تحت شرط الجرد . فالأول تنتقل إليه كل ديون التركة ويسأل عنها فى كل أمواله ، فمسئوليته إذن شخصية لا تقف عند ما آل إليه من حقوق فى التركة .

ولهذا إذا تلقى الوارث ملكية عقار مرهون فهو يسأل عن الدين حتى إذا تخطى قيمة العقار المرهون ، ومركزه فى هذا هو نفس مركز مورثه المدين الراهن . ولهذا لا يعتبر الوارث فى هذه الحالة حائزاً لأنه مسئول مسئولية شخصية عن الدين .

أما إذا كان الوارث قد تلقى التركة تحت شرط الجرد ، ومعنى ذلك أنه غير مسئول عن ديونها إلا فى حدود حقوقها ، فلا تكون مسئوليته عن ديون التركة شخصية بل عينية . ولهذا إذا تلقى بالميراث عقاراً مرهوناً ، فمركزه يشبه مركز الحائز فى أنه أجنبى عن الدين تلقى عقاراً مرهوناً فيه ، وظلت مسئوليته محدودة

---

(١) ورغم هذا الفرق الواضح بين الكفيل العينى والحائز ، فان جانبا من الفقه الفرنسى ، يعتبر الكفيل العينى فى حكم الحائز ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٠٧٣ ؛ أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٤ ، فقرة ٣١٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لا تتخطى ما تلقاه . والفقه الفرنسى يعتبره لهذا السبب حائزاً (١) .

أما فى القانون المصرى فالقاعدة التى تحكم إنتقال التركة إلى الورثة هى القاعدة الشرعية ، لا تركة إلا بعد سداد الدين . فإذا أخذت هذه القاعدة بمعنى أن الوارث لا يتلقى أى حق فى التركة إلا بعد تصفية ديونها تماماً فلن تعرض إطلاقاً صورة للوارث قريبة للحائز ، لأن الوارث لن يتلقى أبداً أى مال تعلق به حق للغير ، فالفرض أن حقوق الغير جميعاقد صفيت قبل إنتقال أموال التركة إلى الوارث (٢).

أما إذا أخذت القاعدة الشرعية بمعنى أن الوارث يتلقى أموال التركة وديونها بمجرد الوفاء ، وأنه لا يسأل عن ديونها إلا فى حدود حقوقها ، فتكون مسئوليته عن الديون عينية محددة (٣) .

وهذا الحل يجعل مركز الوارث فى القانون المصرى كمركز الوارث تحت شرط الجرد فى القانون الفرنسى . ويجعل من المقبول الأخذ بنفس الحكم المأخوذ به فى القانون الفرنسى من إعتبار الوارث حائزاً فى هذه الحالة . ويلاحظ أن الرأى الثانى فى تكييف مركز الوارث فى القانون المصرى يؤيده جانب قوى من الفقه(٤)

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٠٧٣ ؛ بودان وفواران ج ١٤ ، فقره ١٠٢١ .

(٢) وقد واجهت المذكرة الإيضاحية هذا الفرض بقولها « أن المبدأ القاضى بألا تركه إلا بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكيه العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن ، فلا محل إذن لأن يكون حائزا لعقار مرهون » (المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٩٤) .

(٣) وقد واجهت المذكرة الإيضاحية هذا الفرض أيضا بقولها « وإذا صفيت التركه وفقاً للاجراءات التى ينظمها المشروع ، ووقع فى نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين طبقا للقواعد التى سبق ذكرها فى تقسيم الديون المؤجلة على الورثة ، فإن الوارث يكون فى هذه الحالة مسئولا شخصيا عن الدين ، فلا يجوز اعتباره حائزا للعقار المرهون » (ج ٧ ص ٩٥).

ونحن لا نوافق المذكرة الإيضاحية فى اعتبار مسئولية الوارث فى هذه الحالة شخصيه ، بل هى لا تكون حسب أحكام الميراث إلا مسئولية عينيه محدوده بقيمة ما آل إلى الوارث من التركة.

(٤) اسماعيل غانم فى رسالته عن الذمه الماليه ، رقم ٣٢ ، ص ٥٦ ومابعدها.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن لا يرتب عليه نتائجة المنطقية من إعتبار الوارث حائزاً (١) .

٤٣ - اجراءات التتبع :

وهى تتلخص فى إتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المقررة فى قانون المرافعات فى مواجهة الحائز . ومع ذلك فيسبق التنفيذ فى مواجهة الحائز ،التنبية على المدين بنزع الملكية . والحكمة من ذلك أن المدين هو المسئول الأصلى عن الدين . فيجب التنبيه عليه قبل الشروع فى بيع العقار بالمزاد العلنى ، فقد يقوم المدين بالوفاء فيغنى هذا عن الاستمرار فى إجراءات التنفيذ .

ويلى التنبيه على المدين ، إنذار الحائز . والإنذار كما يقرر المشرع يكون بالدفع أو التخلية . ومع ذلك فالحائز يملك ماهو أكثر من الدفع أو التخلية ،فهو يملك تطهير العقار . ولهذا فالمقصود بالإنذار أن يحدد الحائز موقفه فيختار ماأعطاه المشرع الحق فى إختياره من دفع الدين أو تطهير العقار أو التخلى عنه (٢) .

ولايشترط أن يسبق التنبيه على المدين ، إنذار الحائز ، بل يجوز القيام بهما فى نفس الوقت . وهذا مانص عليه المشرع فى المادة ١٠٧٢ بقولة « إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار . ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد » .

ويجب أن يقترن إنذار الحائز بتبليغ التنبيه إليه ، وإلا كان الإنذار باطلا (م ٦٢٦ مرافعات) .

وحماية للغير فيجب تسجيل التنبيه ، وكذلك تسجيل الإنذار . ويترتب على

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٨ ، شمس الدين الوكيل ، ص ٣١٩ والسبب فى ذلك أن الحائز فى نظر هذا الاتجاه الأخر يعتبر مسئولا عن الدين . ولكن إذا لوحظ أن مسئوليته عينيه ومحدوده ، وليست مسئوليه شخصيه وجب اعتباره فى حكم الحائز فى تقديرنا .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٥ ، فقرة ٣٣٧ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تسجيل التنبيه عدم نفاذ التصرفات التى تصدر بعد التسجيل . إلا أنه فى حالة وجود حائز للعقار يجب تسجيل انذار الحائز فى خلال ستين يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه على المدين ، وإلاسقط تسجيل التنبيه .(م ٦٢٨ مرافعات) .

وعلى هذا إذا تم إنذار الحائز ، والتنبيه على المدين ، ثم سجل التنبيه . وكذلك سجل الإنذار فى خلال ستين يوماً من تسجيل التنبيه ، كان للدائن أن يتخذ بعد ذلك إجراءات بيع العقار بالمزاد العلنى ، وهى الإجراءات المقررة فى قانون المرافعات للتنفيذ على العقار ولانتعرض لها هنا تفصيلا (١) .

ويلاحظ أخيراً أن الآثار التى تترتب على تسجيل التنبية من الحاق الثمار بالعقار ، وتقييد سلطة الراهن فى تأجير العقار وقبض الأجرة ، تترتب فى حق الحائز بمجرد إنذارة وقبل تسجيل الإنذار .

وهذا مانصت عليه المادة ١٠٧٩ من أنه « على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية . فاذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات . فلا ترد الثمار إلا من وقت أن يوجة إليه إنذار جديد » (٢) .

ولكن على أى الأحوال فتسجيل الإنذار واجب خلال ستين يوما من تسجيل التنبيه كما ذكرنا ، وإلاسقط التنبيه وسقط بالتالى الإنذار ، فتسجيل الإنذار واجب إذن خلال مدة معينة الا أن أثره فى حق الحائز يتحقق قبل التسجيل (٣).

٤٤ – رفوع الحائز لوقف اجراءات التتبع :

الغاية من التتبع هى بيع العقار المرهون وفاء لدين الدائن المضمون بالراهن.

---

(١) راجع أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ ، فقرة ٣٠٩ ومابعدها .

(٢) والمادة ٦٢٧ من قانون المرافعات تقرر نفس الحكم ، أحمد أبو الوفا ، ص ٦٦٥.

(٣) وجدير بالذكر أنه « لايجوز الانذار قبل التنبيه ، وفى هذا تقنين للقضاء المصرى فى هذه المسألة ، وعلة هذا الحكم أن المدين هو الذى يجب اتخاذ الاجراءات ضده أولا ، أما الحائز فهو تابع للمدين وتتخذ الاجراءات ضده بعد المدين أو معه » (المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ١٢٧) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فإذا كان هناك سبب للإعتراض على الدين أو على الرهن كان للحائز أو يتمسك به .

وقد عرض المشرع لصورة واحدة من صور الدفع وهى تتعلق بالدين إذا كان قد صدر به حكم من القضاء . وفرق فى هذه الصورة بين فرضين :

الأول أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته قبل صدور الحكم بالدين على المدين . فى هذه الحالة يعتبر الحائز من الغير بالنسبة للدائن وكان لابد من إختصامه فى الدعوى . فإذا لم يكن قد أختصم فى الدعوى أو تدخل فيها ، فلا يكون الحكم حجة عليه ، ولو أصبح حجة على المدين . فيبقى له أن يتمسك بجميع الدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها ولو إمتنع هذا على المدين نفسه .

أما إذا كان الحائز لم يسجل سند ملكيته قبل صدور الحكم على المدين . فيكون الحكم حجة عليه ، ولا يبقى له الا التمسك بالدفوع التى يستطيع المدين نفسه أن يتمسك بها بعد صدور الحكم ، كالدفع بانقضاء الدين لسبب لاحق على صدور الحكم (١) . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٧٣ :

« (١) يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفاً فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، اذا كان الحكم بالدين لاحقاً لتسجيل سند الحائز . (٢) ويجوز للحائز فى جميع الأحوال أن يتمسك بالدفوع التى لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها » .

ويلاحظ أن هذا النص لا يعرض إلا للحالة التى يثبت فيها الدين بحكم من القضاء ، ولكن قد يكون الدين ثابتا فى سند رسمى يمكن التنفيذ بمقتضاه دون حاجة إلى إستصدار حكم . فى هذه الحالة يستطيع الحائز أن يتمسك بالدفوع التى يحق للمدين نفسه أن يتمسك بها من بطلان السند لأى سبب من الأسباب ، أو إنقضاء الدين الثابت فيه .

وكذلك لم يتعرض النص لحالة ما إذا كان الدفع يتعلق بالرهن ذاته وليس بالدين

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٣٠ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٢٨ وما بعدها

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المضمون به . وللحائز أن يتمسك بكل دفع يتعلق بالرهن كبطلان عقد الرهن لسبب يتعلق بالموضوع أو الشكل ، أو عدم نفاذ الرهن لعدم القيد ، أو لعدم تجديد القيد بعد إنقضاء مدته ، أو لمحو القيد (١) .

فإذا إمتنع على الحائز أى دفع من هذه الدفوع (٢) ، كان للدائن أن يستمر فى إتخاذ الإجراءات حتى يتم بيع العقار بالمزاد العلنى .

ومع ذلك فالمشرع راعى جانب الحائز بعض الشىء ولم يتركه فى موقف المستسلم لبيع العقار بالمزاد العلنى ، بل أعطاه الحق فى الإختيار بين ثلاثة مواقف هى قضاء الديون ، أو تطهير العقار ، أو التخلى عنه .

فإذا لم يلجأ الحائز الى شىء من هذا فمعنى ذلك أنه إتخذ موقفاً سلبيا ، هو الإستسلام لبيع لعقار بالمزاد العلنى .

وسنعرض لكل هذه المواقف فيما يلى .

§ ١ — قضاء الديون

٤٥ — تعريف :

قضاء الديون يعنى قيام الحائز بوفاء الدائنين المرتهنين حقوقهم قبل المدين. وقد يقضى الحائز الديون إختياراً، وقد يضطر إلى قضائها جبراً . وهو قد يقضيها جميعاً، وقد يقضى بعضها فقط . وقد يترتب على قضاء الديون تطهير العقار من كل رهن، وقد لا يحدث هذا وتبقى الرهون جميعا، ويصبح الحائز نفسه مرتهنا العقار المملوك له

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٤ ، فقرة ٢٨٧ ؛ وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٢٩ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨٠٢ ؛ جوسران ، ج ٢ فقرة ١٨٩٤ .

(٢) ليس للحائز الدفع بالتجريد فى القانون المصرى على عكس القانون الفرنسى الذى يعطى للحائز مايعطيه للكفيل الشخصى من الحق فى الدفع بتجريد المدين راجع ، م ١١٧٠ مدنى فرنسى ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ — ١٢ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٣٠ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٦٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مع غيره من المرتهنين . وقد يترتب على قضاء الديون حق الحائز فى الرجوع بما وفاه ، وقد لا ينشأ له هذا الحق إذا كان هو نفسه ملزما بدفع مبالغ بسبب تملكه للعقار المرهون ، قام بدفعها للدائنين المرتهنين للعقار .

والصورة العادية لقضاء الديون ، أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار بطريق الشراء ، ولم يقم بعد بوفاء الثمن للبائع ، وهو المدين الراهن . فيقوم حينئذ بوفاء حقوق الدائنين من هذا الثمن ، ويترتب على هذا براءة ذمته فى مواجهة البائع ، وفى نفس الوقت يخلص له العقار خاليا من كل رهن . وفى هذا تحقيق لمصلحة الدائن المرتهن الذى يستوفى حقه ، ومصلحة البائع وهو المدين الراهن فى إنقضاء دينه قبل الدائن المرتهن ، ومصلحة الحائز نفسه كما ذكرنا (١) .

ومع ذلك فهذه ليست الصورة الوحيدة ، فقد يحدث أن يكون ماتبقى فى ذمة الحائز من دين الثمن لا يكفى لوفاء الدائنين جميعا . فى هذه الحالة يستطيع الحائز إذا هو أوفى الدائنين المتقدمين فى المرتبة أن يحل محلهم ، ويصبح مرتهنا للعقار المملوك له . ولا يترتب على قضاء الديون هنا تطهير العقار من الرهون المقررة عليه بطبيعة الحال ، بل تبقى الرهون الأخرى التالية فى المرتبة مقررة على العقار . ومع ذلك إذا كانت قيمة الديون التى حل فيها الحائز محل الدائنين المتقدمين فى المرتبة تساوى قيمة العقار تقريبا ، بحيث إذا بيع بالمزاد العلنى فان الدائنين المتأخرين لا يحصلون على شىء من التوزيع ، انتفت مصلحة هؤلاء فى إتخاذ إجراءات البيع وإن بقى لهم الحق فى هذا قانونا (٢) .

ومع ذلك فموقف الحائز لا يخلو من الخطر فى هذه الحالة ، لأنه قد يهمل تجديد قيد الرهن المتقدم الذى حل فيه محل الدائن الذى أوفاه حقه ، مما يترتب عليه فقده مرتبته المتقدمة ، وتقدم الدائنين التالين عليه فى المرتبة ومطالبتهم له بحقوقهم مع قدرتهم على بيع العقار بالمزاد العلنى .

---

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٨ ، فقرة ٣٨٧ .

(٢) بودن وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٧٢ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المضمون به . وللحائز أن يتمسك بكل دفع يتعلق بالرهن كبطلان عقد الرهن لسبب يتعلق بالموضوع أو الشكل ، أو عدم نفاذ الرهن لعدم القيد ، أو لعدم تجديد القيد بعد إنقضاء مدته ، أو لمحو القيد (١) .

فإذا إمتنع على الحائز أى دفع من هذه الدفوع (٢) ، كان للدائن أن يستمر فى إتخاذ الإجراءات حتى يتم بيع العقار بالمزاد العلنى .

ومع ذلك فالمشرع راعى جانب الحائز بعض الشىء ولم يتركه فى موقف المستسلم لبيع العقار بالمزاد العلنى ، بل أعطاه الحق فى الإختيار بين ثلاثة مواقف هى قضاء الديون ، أو تطهير العقار ، أو التخلى عنه .

فإذا لم يلجأ الحائز الى شىء من هذا فمعنى ذلك أنه إتخذ موقفاً سلبيا ، هو الإستسلام لبيع لعقار بالمزاد العلنى .

وسنعرض لكل هذه المواقف فيما يلى .

§ ١ — قضاء الديون

٤٥ — تعريف :

قضاء الديون يعنى قيام الحائز بوفاء الدائنين المرتهنين حقوقهم قبل المدين. وقد يقضى الحائز الديون إختياراً، وقد يضطر إلى قضائها جبراً . وهو قد يقضيها جميعاً، وقد يقضى بعضها فقط . وقد يترتب على قضاء الديون تطهير العقار من كل رهن، وقد لا يحدث هذا وتبقى الرهون جميعا، ويصبح الحائز نفسه مرتهنا العقار المملوك له

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٤ ، فقرة ٢٨٧ ؛ وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٢٩ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨٠٢ ؛ جوسران ، ج ٢ فقرة ١٨٩٤ .

(٢) ليس للحائز الدفع بالتجريد فى القانون المصرى على عكس القانون الفرنسى الذى يعطى للحائز مايعطيه للكفيل الشخصى من الحق فى الدفع بتجريد المدين راجع ، م ١١٧٠ مدنى فرنسى ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ — ١٢ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٣٠ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٦٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مع غيره من المرتهنين . وقد يترتب على قضاء الديون حق الحائز فى الرجوع بما وفاه ، وقد لا ينشأ له هذا الحق إذا كان هو نفسه ملزما بدفع مبالغ بسبب تملكه للعقار المرهون ، قام بدفعها للدائنين المرتهنين للعقار .

والصورة العادية لقضاء الديون ، أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار بطريق الشراء ، ولم يقم بعد بوفاء الثمن للبائع ، وهو المدين الراهن . فيقوم حينئذ بوفاء حقوق الدائنين من هذا الثمن ، ويترتب على هذا براءة ذمته فى مواجهة البائع ، وفى نفس الوقت يخلص له العقار خاليا من كل رهن . وفى هذا تحقيق لمصلحة الدائن المرتهن الذى يستوفى حقه ، ومصلحة البائع وهو المدين الراهن فى إنقضاء دينه قبل الدائن المرتهن ، ومصلحة الحائز نفسه كما ذكرنا (١) .

ومع ذلك فهذه ليست الصورة الوحيدة ، فقد يحدث أن يكون ماتبقى فى ذمة الحائز من دين الثمن لا يكفى لوفاء الدائنين جميعا . فى هذه الحالة يستطيع الحائز إذا هو أوفى الدائنين المتقدمين فى المرتبة أن يحل محلهم ، ويصبح مرتهنا للعقار المملوك له . ولا يترتب على قضاء الديون هنا تطهير العقار من الرهون المقررة عليه بطبيعة الحال ، بل تبقى الرهون الأخرى التالية فى المرتبة مقررة على العقار . ومع ذلك إذا كانت قيمة الديون التى حل فيها الحائز محل الدائنين المتقدمين فى المرتبة تساوى قيمة العقار تقريبا ، بحيث إذا بيع بالمزاد العلنى فان الدائنين المتأخرين لا يحصلون على شىء من التوزيع ، انتفت مصلحة هؤلاء فى إتخاذ إجراءات البيع وإن بقى لهم الحق فى هذا قانونا (٢) .

ومع ذلك فموقف الحائز لا يخلو من الخطر فى هذه الحالة ، لأنه قد يهمل تجديد قيد الرهن المتقدم الذى حل فيه محل الدائن الذى أوفاه حقه ، مما يترتب عليه فقده مرتبته المتقدمة ، وتقدم الدائنين التالين عليه فى المرتبة ومطالبتهم له بحقوقهم مع قدرتهم على بيع العقار بالمزاد العلنى .

---

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٨ ، فقرة ٣٨٧ .

(٢) بودن وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٧٢ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولهذا نص المشرع فى المادة ١٠٦٢ على أنه « يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز » .

وحتى إذا لم يهمل الحائز فى تجديد قيد الرهن المتقدم الذى حل فيه محل الدائنين الذين أوفاهم حقوقهم ، فموقفه لازال مهدداً بالخطر أيضا من جراء وجود رهون أخرى مقيدة على العقار حتى ولو كانت متأخرة . فقد يحدث لأسباب إقتصادية أن يرتفع ثمن العقار بما يزيد على قيمة الديون المضمونة بالرهن التى حل فيها الحائز محل أصحابها ، مما يدفع الدائنين التالين فى المرتبة إلى إتخاذ إجراءات البيع للعقار ، وتكون لهم مصلحة حقيقية فى هذه الحالة .

ولذلك فإن قيام الحائز بقضاء الديون قضاءاً جزئيا لايخلو من خطر على الحائز طالما أن قيامه بهذا لايؤدى إلى تطهير العقار تماما من الرهون المقيدة عليه . ومع ذلك فمع تحقق هذا الخطر فإن للحائز أن يرجع على المدين وعلى المالك السابق كما سنرى فيما بعد .

بل أن الحائز قد يقوم بقضاء الديون حتى ولو لم يكن يلتزم هو بأى دين بسبب إمتلاكة العقار المرهون ، بأن يكون قد دفع دين الثمن فعلا . ويحدث هذا إذا كانت قيمة الديون بسيطة بالنسبة لقيمة العقار ، وأراد أن يحتفظ بالعقار دون أن يعرضه لإجراءات بيعه بالمزاد العلنى ، أو أن يكون الحائز مطمئنا إلى إستيفاء مايقتضيه من ديون برجوعه على المدين الراهن أو المالك السابق (١) .

بل وقد تكون للحائز مصلحة فى قضاء الديون ، حتى ولو لم يكن يستطيع أن يرجع بما يوفيه على شخص آخر ، كأن يكون قد تلقى العقار بدون مقابل ، بطريق الهبة مثلا من المدين الراهن ، وتكون قيمة العقار أكثر من الدين المضمون بالرهن ، فيوفى الحائز هذا الدين ويخلص له العقار من كل رهن عليه ، ولا يرجع على غيره بشىء .

---

(١) كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرد ١٨٠٨ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٠٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٤٦ - وقت قضاء الديون :

لايحق للحائز أن يقضى الديون قبل حلول أجلها . وهو إذا كان صاحب مصلحة فى قضاء الديون حتى يطهر له العقار من كل رهن. إلا أنه لايستطيع أن يجبر دائنا على إستيفاء حقه قبل حلول أجله، فإذا حل الأجل كان للحائز أن يقضى الديون ، دون أن ينتظر إنذار الدائن له بالوفاء . ويبقى حقه قائما مدة طويلة تمتد إلى يوم رسو المزاد .

ومع ذلك فللحائز مصلحة فى التعجيل بقضاء الديون بمجرد إنذاره لأنه يلتزم بدفع المصروفات التى أنفقت فى الاجراءات من وقت إنذاره (١) . وهذا ماتص عليه المشرع فى المادة ١٠٦١ من أنه « يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو ومحلقاته بما فى ذلك ماصرف فى الاجراءات من وقت إنذاره. ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزاد ... »

ويظهر من هذا النص أن الحائز يلتزم بقضاء الديون وملحقاتها(٢) .والمقصود بالملحقات هنا ، مصروفات عقد الرهن والقيد والتجديد ، والفوائد عن المدة التى تدخل فيها فى التوزيع فى مرتبة الرهن نفسها على ماهو منصوص عليه فى المادة ١٠٥٨ . وماسبق دراسته فى موضوع الأفضلية ، أو الحقوق التى يتقدم بها الدائن المرتهن .

٤٧ - رجوع الحائز بما يوفيه من دين :

إذا كان الحائز مدينا بدين الثمن ، وقام بوفاء الدائنين المرتهنين فى حدود مايلتزم هو به بسبب إكتسابه العقار المرهون . فهو لايرجع بعد ذلك بشىء على المدين الراهن . لأنه فى نفس الوقت الذى أوفى فيه دين الراهن قام بوفاء دينه هو أيضا قبله .

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ وهامش ١٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٤٢ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما إذا كان الحائز غير مدين بسبب إمتلاك العقار المرهون ، بأن كان قد دفع الثمن فعلا ، أو كانت الديون التى أوفاها للدائنين تزيد على دين الثمن ، فهو يرجع بما دفعه زيادة على مايلتزم هو به أصلا . وهو يرجع إما بدعوى شخصية ، أو دعوى الحلول محل الدائنين .

١ ـ الدعوى الشخصية :

قد يكون المدين الراهن هو نفسه المالك السابق للعقار المرهون . وهذه هى الصورة الغالبة . ومع ذلك فقد ينقل الراهن ملكية العقار المرهون إلى شخص ، وهذا بدوره ينقلها إلى شخص آخر هو الحائز . وفى هذه الحالة يوجد أكثر من شخص يستطيع الحائز أن يرجع عليه . فهناك المدين الراهن ، وهناك المالك السابق.

وهو يرجع على الراهن بدعوى الإثراء بلا سبب ، ويرجع على المالك السابق بدعوى الضمان . وقد نص المشرع على حق الحائز فى الرجوع على هذا النحو فى المادة ١٠٦١ بقوله « ... ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل مايوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ... »

١ ـــ دعوى الإثراء بلا سبب :

للحائز أن يرجع على الراهن بدعوى الإثراء بلا سبب المقررة فى القواعد العامة . وإثراء الراهن يتحقق فى أن دينه قد إنقضى من غير ماله . وافتقار الحائز يتحقق فى أنه أوفى بماله دين غيره . والحائز يرجع بأقل القيمتين ، الإثراء أو الإفتقار (١) .

٢ ـــ دعوى الضمان :

وللحائز أن يرجع على المالك السابق بدعوى الضمان المقررة فى المادة ٤٤٢ ،

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٨٠٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إذا كان قد إكتسب ملكية العقار بطريق الشراء (١). وتقرر هذه المادة أنه « إذا توفى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » . أما إذا كان الحائز قد تلقى ملكية العقار المرهون بطريق الهبة دون مقابل ، فهو لا يرجع على الواهب بشيء (٢).

ب — دعوى الحلول :

للحائز أن يرجع كذلك بدعوى الحلول محل الدائنين ، وهو ما ينص عليه المشرع فى المادة ٣٢٦ من أنه « إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية : .... (ح) إذا كان الموفى قد اشترى عقار أو دفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم » (٣) .

والأصل أن من حل محل الدائن . كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن (م ٣٢٩ مدنى) (٤). ولكن إستثناء على هذا الحكم الذى يطلق أثر الحلول ، فإن حلول الحائز يكون ناقصاً فى حالتين ، الأولى عندما يرجع على كفيل عينى أو شخصى ، والثانية عندما يرجع على حائز آخر مثله .

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ وهامش ٦٤ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٨٤ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٨١ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٤٧.

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٣٤ .

(٣) راجع فى أحكام دعوى الحلول ، عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، ص ١١٢٦ وما بعدها .

(٤) أنظر فى رجوع الحائز بدعوى الحلول فى القانون الفرنسى ، بلانيول وريبيروبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٨٠ ، بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٨٤ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٤٧ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٤٨ - عدم رجوع الحائز على الكفيل :

الفرض أن الدين المضمون بالرهن ، مضمون أيضا بكفالة شخصية ، أو عينية . فإذا قام الراهن بنقل ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر هو الحائز ، وقام الحائز بدوره بوفاء الدين الدائنين ، وحل محلهم فيه . فإن مقتضى الحلول أن يستفيد الحائز من التأمينات الأخرى الضامنة للدين كالكفالة مثلا ، ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع على الكفيل شخصيا كان أو عينيا .

ومع ذلك فإن المشرع لم يأخذ بهذا الأثر المنطقى المترتب على الحلول وقرر فى المادة ١٠٦١ أن الحائز « ... يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين . »

وهذا الحكم مقرر فى القانون الفرنسى دون نص (١) . وتبرير الفقه له أنه من ناحية لا ينبغى أن يضار الكفيل لمجرد أن الراهن تصرف فى العقار المرهون إلى شخص آخر ، فلو كان الراهن قد إحتفظ بملكية العقار المرهون ، وقام هو بوفاء الدين ، ما كان له أن يرجع على الكفيل بعد هذا ، لأنه هو المدين الأصلى بالدين . فلا يجوز أن يسوء مركز الكفيل من تصرفات يقوم بها الراهن (٢) .

ومن ناحية أخرى فإن الحائز يعتبر مقصراً إذا قام بدفع ثمن بيع العقار إلى الراهن دون أن يتأكد من خلو العقار من كل رهن مقيد عليه ، فإذا فعل ذلك ، ثم إضطر بعد هذا أن يوفى ديون الدائنين ، فلا يسأل الكفيل عن هذا التقصير (٣) .

ويلاحظ أن إمتناع رجوع الحائز على الكفيل يقابله حق الكفيل فى

---

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩٣٢ ، فقرة ٤٥٣ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٢٦ ، بلانيول وريبير وسافتييه ، ج ١ ، فقرة ١٥٤٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٨٣ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢٦ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٤٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الرجوع على الحائز فى الفرض العكسى ، وهو يتحقق إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن المرتهن وحل محله فيه ، وإستفاد من الرهن الضامن له . فيكون له أن ينفذ على العقار المرهون فى مواجهة الحائز له ، ولا يستطيع هـــذا الأخير أن يدفع إجراءات التتبع التى يباشرها الكفيل ، وذلك لعدم وجود الإعتبارات السابق ذكرها .

أى أن دعوى الحلول تعطى الكفيل حق الرجوع على الحائز وتتبع العقار فى مواجهته ، ولكنها لا تعطى الحائز حق الرجوع على الكفيل (١) . وهذا الحكم يستجيب إلى إعتبارات عملية أكثر من إستجابته إلى منطق فكرة الحلول .

٤٩ – رجوع الحائز على حائز آخر :

الفرض أنه يوجد أكثر من حائز للعقار المرهون ، ويتحقق هذا إذا تصرف الراهن فى العقار أو العقارات المرهونة فى دين واحد إلى أكثر من شخص ، فيصبح كل منهم حائزاً لعقار مرهون فى نفس الدين .

وطبقا لمبدأ عدم تجزئة الرهن ، فإن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونه ضامن لكل الدين (٢) . وطبقا لفكرة الحلول فإنه يكون « بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن .» (م ٣٢٩) .

ومعنى هذا أنه إذا قام حائز واحد بوفاء كل الدين ، وحل محل الدائن فيه كان له أن ينفذ على أى جزء من العقار أو العقارات المرهونة فى مواجهة أى من الحائزين لاستيفاء كل ماوفاه (٣) .

---

(١) نقض فرنسى عرائض فى ١٦ مارس ١٩٣٨ ، وتعليق فوارات :
(D. P. 1939. 1. 41.)

(٢) المادة ١٠٤١ من القانون المدنى ، راجع ، شمس الدين الوكيل ، ص٧٧ ومابعدها.

(٣) التطبيق الكامل لفكرة الحلول يجعل الحائز الذى أوفى قبل غيره فى مركز أفضل لأنه سيرجع بكل ما أوفاه على سائر الحائزين ، ثم يؤدى إلى رجوع الحائزين بعضهم على بعض دون نهاية . راجع ، أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩٣٢ ، فقرة ٤٥١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلا أن المشرع أخذ بحكم آخر قرر فيه تجزئه رجوع الحائز على غيره من الحائزين . وهو مانصت عليه المادة ٣٣١ من القانون المدنى « إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ماحازه من عقار » .

وعلى هذا إذا كانت قيمة مايخص أحد الحائزين هى ١/٥ قيمة العقار المرهون، فان الحائز الذى وفى كل الدين لا يستطيع أن يرجع على هذا الحائز إلا بـ ١/٥ قيمة الدين فقط . والحكمة من هذه التجزئه هى وضع حد لرجوع الحائزين بعضهم على بعض إلى مالا نهاية (١) .

الخلاصة أن الحائز إذاأ وفى ديون الدائنين من ماله دون أن يكون ملتزما هو بوفاء دين مترتب على إكتسابه ملكية العقار المرهون ، فإنه يرجع بما وفاه بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول على التفصيل السابق .

٥٠ - قضاء الديون جبراً :

تعرضنا لقضاء الديون حتى الآن على أنه موقف إختيارى يتخذه الحائز ، ويحميه القانون بضمان رجوع الحائز بما وفاه زيادة على مايلتزم هو به بسبب إمتلاكه العقار المرهون . إلا أنه توجد مواقف أخرى يجبر فيها الحائز على قضاء الديون (٢) . ويتحقق هذا فى ثلاث حالات ، نص المشرع على حالتين منها ، وتستفاد الحالة الثالثة من القواعد العامة .

١ — نص المشرع فى المادة ١٠٦٣/١ على أنه « إذا كان فى ذمة الحائز بسبب

---

(١) وهذا الحكم مقرر فى فرنسا باجماع الفقه والقضاء دون نص. راجع ،أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ وهامش ٦٥ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٨٢ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢٦ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٤٨ .

(٢) ويعتبر هذا تطبيقا تشريعيا لفكرة الدعوى المباشرة ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٣٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

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

فينبغى لإنطباق هذا النص أن يكون مافى ذمة الحائز من دين بسبب إمتلاكه العقار المرهون ، كثمن بيع العقار . وينبغى أن يكون هذا الدين مستحق الأداء ، لأنه إذا لم يكن كذلك فلا يستطيع أى دائن أن يجبره على الوفاء بدينه قبل حلول أجله . وينبغى أن يكفى دين الحائز لوفاء حقوق الدائنين جميعا المقيدة على العقار قبل تسجيل سند الحائز ، لأنه إذا كان دين الحائز يكفى فقط لوفاء بعض الديون دون البعض الآخر ، فانه يترتب على إعطاء أحد الدائنين سلطة إجبار الحائز على الوفاء له حرمان دائنين آخرين من إستيفاء حقوقهم ، إذ لايشترط لإجبار الحائز على الوفاء فى هذا الفرض إتفاق الدائنين فيما بينهم على كيفية الإستيفاء من الحائز ، بل يستطيع أى دائن مرتهن أن يتقدم إلى الحائز طالبا منه الوفاء له(١).

بل ولايشترط أن يكون هذا الدائن متقدماً فى المرتبة . فطالما يكفى مافى ذمة الحائز لوفاء الدائنين جميعا ، فلا خوف على دائن متقدم من إستيفاء دائن متأخر عليه ، خاصة وأن الدائن المتقدم يحتفظ برهنه وبمرتبته إلى أن يستوفى دينه كاملا ، أو يتقدم ببيع العقار بالمزاد العلنى . وينص المشرع على أنه يجب أن يكون الحائز قد سجل سند ملكته ، والواقع أن هذا الشرط سبق النص عليه فى تعريف الحائز ، ولم تكن هناك حاجة إلى إعادة النص عليه مرة أخرى (٢) .

٢ — أما الحالة الثانية لقضاء الديون جبراً : « إذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا . أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها . جاز للدائنين إذا إتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع مافى ذمته بقدر ماهو مستحق لهم . ويكون الدفع طبقاً للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفى الاجل المتفق على الدفع فيه » (م ١٠٦٣/٢) .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٣٦ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٣٦ ، هامش ١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى هذه الحالة يجبر الحائز على الوفاء الدائنين ، ولكن ليس فى هذا الجبر إجحاف به ، لأنه سيوفى لهم بنفس الشروط التى التزم بها فى مواجهة دائنه .

بل على العكس ستتحقق مصلحته هو بتطهير العقار من كل رهن ، رغم أن الدائنين لم يستوفوا كل حقوقهم ، وبهذا تتحقق مصلحة الحائز أكثر مما لو عمد هو من جانبه إلى القيام بوفاء إختيارى لبعض الدائنين ، ولو كانوا متقدمين فى المرتبة على أساس حلوله محلهم مما ينفى مصلحة الدائنين المتأخرين فى إتخاذ إجراءات التنفيذ . لأن هذه الطريق لاتخلو من خطر بالنسبة الحائز كما ذكرنا من قبل .

وحتى يتطهر العقار من كل رهن ينبغى أن يجمع الدائنون على طلب وفاء ديونهم فى حدود ما التزم به الحائز . وإجماع الدائنين يعنى إتفاقهم على ما يؤول إلى كل منهم من هذا الوفاء . والحائز لايعينه شيئا من شروط هذا الإتفاق ، فهو يلتزم أزاءهم كمجموع بالوفاء بما فى ذمته فى نفس الأجل وبنفس الشروط التى كان سيوفى بها فى مواجهه دائنة ، الذى هو فى نفس الوقت المدين الراهن للعقار (١) .

وفى الحالة الأولى ، كما فى الحالة الثانية للوفاء الجبرى . يصبح الحائز مسئولا شخصيا عن الدين فى مواجهة الدائنين ، ولا يجوز له أن يتخلى عن العقار ، لأن من شروط التخلية ألايكون الحائز مسئولا عن الدين . (م ١٠٦٣/٣) .

وقضاء الديون جبراً فى الحالتين يؤدى إلى تطهير العقار من كل رهن ، ويحق للحائز أن يطلب محو القيود على العقار . وهذا مانص عليه المشرع فى المادة ١٠٦٣ بقوله « وفى كلتا الحالتين لايجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخلية من العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محوما على العقار من القيود » . وغنى عن الذكر أن العقار يتطهر من كل رهن حتى ولو لم يستوفى الدائنون كل حقوقهم كما أوضحنا من قبل .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٣٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ أنه فى الحالتين لا يكون للحائز أن يرجع بشىء على المدين الراهن ، أو المالك السابق ، لأنه لم يفتقر شيئاً ، وما وفاه كان ملزماً بوفائه بسبب إكتسابه ملكية العقار المرهون(١).

٣ — أما الحالة الثالثة للوفاء الجبرى ، والتى لم ينص عليها المشرع ، ولكنها تستخلص من القواعد العامة ، فتتحقق إذا إشترط المالك السابق على الحائز أن يقوم بوفاء ديون الدائنين المرتهنين للعقار . فى هذه الحالة يستفيد هؤلاء من هذا الاشتراط ويحق لهم مطالبة الحائز بالوفاء لهم ، ويصبح هذا الأخير ملتزماً شخصياً فى أمواله بالوفاء ، وبالتالى لا يحق له أن يتخلى عن العقار المرهون . أما رجوعه على المالك السابق فيحكمه العقد الذى تضمن الإشتراط لمصلحة الدائنين المرتهنين (١) .

فإذا لم يقم الحائز بقضاء الديون إختياراً ، ولم يجبره الدائنون على قضائها عند تحقق شروط القضاء الجبرى ، كان للحائز أن يقوم بتطهير العقار ، وهو الموقف الثانى الذى يستطيع أن يتخذه .

ب - تطهير العقار المرهون

١٥ - المقصود بالتطهير :

تطهير العقار المرهون موقف لا يتعرض له الحائز ، ولكنه هو الذى يعرضه . فهو لا ينتظر حتى تحل آجال الديون فيعرض وفاءها ، أو يطلب الدائنون إستيفائها . ولكنه يستطيع هو بمجرد إكتسابه صفة الحائز ، وقبل أن تحل آجال الديون ، أن يعرض تطهير العقار من كل حق مقيد عليه . فالتطهير سلطة تتميز بعنصر المبادأة من جانب الحائز . فهو وحده الذى يحدد وقت التطهير ، ويحدد

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٣٧ ؛ قارن ، شمس الدين الوكيل ص ٢٣٩ ، هامش ١ .

(٢) أنظر فى الاشتراط لمصلحة الغير ، عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ فقرة ٣٦٥ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

شروطه التى يدعو الدائنين إلى قبولها (١) .

والتطهير يعنى أن يعرض الحائز على الدائنين المرتهنين أن يدفع لهم مبلغاً مساوياً للقيمة الحقيقية للعقار المرهون . وطالما أن الدائنين لن يحصلوا من العقار على أكثر من قيمته الحقيقية عند بيعة بالمزاد العلنى ، فمن مصلحتهم قبول عرض الحائز وتوفير الإجراءات والنفقات .

والحائز الذى يكتسب ملكية عقار مرهون لا يوفى ثمن الشراء إلى البائع ، بل يحتفظ به ليعرضه وفاء لديون الدائنين ، مقابل تطهير العقار من كل رهن .

والعرض الذى يقوم به الحائز ليس هو وفاء ديون الدائنين ، ولكنه القيمة الحقيقيه للعقار ، ولو لم تكن هذه كافية لوفاء جميع الديون . ومعنى هذا أن المبلغ الذى يعرضه الحائز وإن كان يؤول إلى الدائنين ، إلا أن أساس حسابه ليس قيمة ديون هؤلاء ، ولكن قيمة العقار المرهون نفسه (٢) .

والحائز ينبغى أن يكون معقولا فى عرضه ، إذا أراد الإستفادة فعلا من رخصة التطهير . لأنه لا يستطيع فرض شروطه بغير إعتراض من الدائنين . فلأى واحد من هؤلاء أن يرفض عرض الحائز ، ويطلب بيع العقار بالمزاد العلنى ، إذا قدر أن عرض الحائز لا يطابق القيمة الحقيقية للعقار . فالحائز الذى يلجأ إلى التطهير تفادياً لبيع العقار بالمزاد العلنى ، من مصلحته أن يكون متدبراً فى عرضه ، فلا يعرض قيمة أقل من القيمة الحقيقية للعقار .

ومع ذلك إذا كان الدائن المرتهن يستطيع رفض عرض الحائز لتطهير العقار، وطلب بيعه بالمزاد العلنى ، فإنه لا يملك هذا دون خطر عليه . لأن الدائن الذى يرفض التطهير ويطلب بيع العقار ، عليه أن يقدم مبلغاً يكفى لتغطية مصروفات البيع بالمزاد العلنى .

---

(١) نشأ نظام التطهير فى ظل القانون الفرنسى القديم ، وقد أخذت فكرته من الأثر المترتب على البيع الجبرى بالمزاد ، حيث يترتب على حكم المزاد تطهير العقار من الحقوق المقيده عليه . وهو أثر لازال قائما حتى اليوم . أنظر ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٠٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٨٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فإذا لم ينتج عن البيع ثمن يزيد على الثمن الذى عرضه الحائز ، تحمل هـذا الدائن المصروفات التى أنفقت بغير طائل ، وعلى هذا فعلى الدائن أيضاً أن يبدى شيئاً من التدبر والحذر عند رفضه لعرض الحائز (١) .

وعلى هذا فهناك مصلحة للحائز وللدائن،أن يتدبر كل منهما موقفه ، فلايعرض الأول قيمة غير حقيقية للعقار المرهون ، ولا يرفض الثانى قيمة عرضها الحائز وكانت قريبة من القيمة الحقيقية للعقار .

فإذا ماراعى الحائز والدائن الاعتدال كل فى موقفه ، أمكن أن يكون التطهير طريقاً لتقدير قيمة العقار ، يغنى عن بيعه بالمزاد ، ويحفظ للحائز ملكيته التى إكتسبها ، دون إضرار بحقوق الدائنين .

٥٢-مزايا التطهير وعيوبه :

أهم مزايا التطهير العمل على تسهيل تداول العقارات المرهونة . لأن أى شخص يحجم فى الواقع عن شراء عقار مرهون ، طالما أن الرهن يثقل ملكيته ويهددها بالزوال فى أى وقت ، فإذا أمكن للمشترى أن يتخلص من قيد الرهن بتطهير العقار منه فهو لا يتردد فى الشراء . إذ يكفيه أن يحجز ثمن الشراء فلا يدفعه للبائع وهو المدين الراهن ، ويقوم بعرض هذا الثمن على الدائنين مقابل تطهير العقار . وتسهيل تداول العقارات ولو كانت مرهونة ، مطلب ينبغى الحرص على تحقيقه من الناحية الإقتصادية (٢) .

فالتطهير مقرر أصلا حماية للحائز المشترى للعقار المرهون ، ولكنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة الدائنين المرتهنين فى أنهم يحصلون على المقابل الحقيقى للعقار دون إلتجاء إلى إجراءات البيع بالمزاد بما يقترن بها من جهد ونفقة (٣).

---

(١) وفى القانون الفرنسى على الدائن الذى يطلب البيع بالمزاد ، الزيادة بالعشر عن الثمن الذى عرضه الحائز . راجع ، بودان قواران ، حـ ١٤ ، فقرة ١٠٧٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ١١٨٩ .

(٣) مازو ، حـ ٣ ، فقرة ٥٠٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فللتطهير عيوب لا يمكن التقليل من شأنها مصدرها أن التطهير رخصة للحائز يستطيع مباشرتها فى أى وقت . فالحائز يتميز بالقدرة على الحركة والمبادرة وتحديد وقت العملية . ولهذا فهو يختار الوقت المناسب له بطبيعة الحال وقد يكون فى هذا إضرار بالدائنين المرتهنين . فهو يستطيع أن يجبر الدائنين المرتهنين على تطهير العقار من الرهن قبل حلول أجل ديونهم ، بما يفرض عليهم استيفاءا معجلا لحقوقهم .

والدائن المرتهن ليس من مصلحته هذا فهو إذا أقرض مالة مقابل فائدة مجزية ، وضمن حقه برهن على عقار ، من مصلحته أن يظل الدين المضمون قائما منتجا لفوائده . ولهذا فتعتبر مفاجأة سيئة له أن يتصرف الراهن فى العقار المرهون ، ثم يقوم المشترى للعقار بتطهيره من الرهن ولما يمض على نشأة الدين وقت طويل . ويؤدى هذا إلى نوع من المساس بالائتمان العقارى (١) ، ولكن المشرع غلب مصلحة الحائز على مصلحة الدائن المرتهن ، تغليبا منه لمبدأ تداول العقارات على مبدأ الائتمان العقارى (٢) .

ومن ناحية أخرى فإن قدرة الحائز على تحديد وقت التطهير تمكنه من الالتجاء إلى هذه الوسيلة فى وقت تكون فيه أثمان العقارات منخفضة وهو ما يحدث نتيجة للتقلبات الإقتصادية . وبهذا يضع الدائن المرتهن أمام أمر واقع فإما أن يقبل عرض الحائز ، أو يقوم ببيع العقار بالمزاد العلنى ، وهو إجراء لن يؤدى إلى أكثر مما عرض الحائز فى الغالب من الأمر (٣) .

زيادة على هذا فإن الحائز الذى تلق ملكية جزء فقط من العقار أو العقارات المرهونة فانه يعرض لتطهير هذا الجزء قيمته فقط . ويجبر الدائن على قبول وفاء

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٠٥ .

(٢) ومع ذلك فالبعض يرى أن نظام التطهير لا يغلب أحد المبدأين على الأخر ، بل يحقق توازنا عادلا بينهما . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٨٩ .

(٣) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٧٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

جزئى لحقه خلافاً للقواعد العامة وخلافاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن (١) .

ورغم أن نظام التطهير لايخلو من عيوب ، إلا أن مزاياه غلبت على عيوبه مما دعا المشرع إلى إقرارة .

٥٣ - صاحب الحق فى التطهير :

هو الحائز كما يقرر المشرع فى المادة ١٠٦٤ « يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند » . والحائز كما سبق بيانه ، هو كل من إكتسب حقا عينيا قابلا للبيع بالمزاد العلنى لأى سبب من الأسباب ، بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . وقد يكون الحائز مشتريا أو متقايضا أو موهوبا له أو موصى له ؛ ولانعود إلى دراسة هذا مرة أخرى (٢) .

ولكن مما يستحق التعليق أن المشرع قد إشترط فى النص السابق ذكرة أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، رغم أن هناك من أسباب كسب الحقوق العينية مالايستوجب التسجيل كالتقادم مثلا . ولهذا يرى البعض أنه بالنسبة للتقادم يكفى أن تكون مدته قد إكتملت بعد قيد حقوق الرهن ، دون أن يشترط بشأنه التسجيل فهو واقعة تستعصى على التسجيل (٣) .

ومع ذلك يرى البعض الآخر — ورأيهم مستمد من نظرة خاصة لطبيعة التقادم — وهى أنه واقعة لاتكسب بذاتها الحق، ولكنها تعطى للمستفيد منها فرصة فى التعبير

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٣٩ .

(٢) راجع فقرة ٤١ من هذا الكتاب .

(٣) وفى هذا تقرر المذكرة الايضاحية أن « الحائز الذى ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولم يسقط الرهن يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئا ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل » (ج ٧ ، ص ١١٨) .

ويأخذ بنفس الرأى، شمس الدين الوكيل ، ٣٤٥ هامش ١ ؛ محمد على أمام ص ٣٦٩ ؛ شفيق شحاته ، ص ٢٥٨ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٤٣٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عن إرادته فى إكتساب الحق ، ويكون ذلك أمام القضاء فى صورة دعوى أو دفع . فاذا صدر حكم من القضاء بتقرير التقادم وجب تسجيل هذا الحكم ، ويتحدد وضع الحائز من تاريخ هذا التسجيل (١) .

والواقع أنه طالما إشترط المشرع تسجيل سند الحائز فينبغى مراعاة هذا الشرط ، ولهذا يمكن الأخذ بالرأى الثانى دون حاجة إلى تعديل النظره إلى التقادم باعتباره لا يكفى بمفرده لإكتساب الحق فهذا ما يصعب قبوله . بل يكفى مع التسليم بأن التقادم وإن كان يكسب الحق بذاته دون حاجة إلى أى تعبير إرادى لاحق ، إلا أنه فى حالة خاصة تتعلق بتحديد معنى الحائز ، فان التقادم لا يعطى المستفيد منه الحق فى تطهير العقار المرهون إلا بعد تسجيل التقادم . وهو كواقعة لا يستعصى على التسجيل عن طريق استصدار حكم به من القضاء وتسجيل هذا الحكم خلافا لما يقوله أصحاب الرأى الأول .

وإذا كان سند الحائز معلقاً على شرط فتنبغى التفرقة بين ما إذا كان معلقاً على شرط واقف أو فاسخ . فنى الحالة الأول لا يعتبر الحائز قد اكتسب حقه فعلا طالما أن الشرط لم يتحقق بعد . ولهذا فهو لا يعتبر حائزاً بالمعنى الصحيح ولا يجوز له التطهير (٢) .

أما إذا كان الشرط فاسخاً فهو يعتبر حائزاً طالما أن الشرط لم يتحقق ، ويجوز له بالتالى أن يلجأ إلى التطهير . ولكن الصعوبة تعرض إذا تحقق الشرط بعد تطهير العقار فعلا ، مما يؤدى إلى زوال ملكية الحائز بأثر رجعى ، وإعتباره كأن لم يكن حائزاً فى وقت ما ، وأن إجراءات التطهير قد صدرت من غير مالك .

ومع ذلك فقد رجح القضاء الفرنسى مبدأ الأثر النهائى للتطهير ، ومقتضى هذا أنه إذا إنقضى الرهن لتطهير العقار ، فلا يعود مرة أخرى لأن المالك الذى

---

(١) سليمان مرقس ، فقرة ١٥٩ ، ص ٢٥٤ ، هامش ١ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٨٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إتخذ إجراءات التطهير لم يكن مالكا فى الواقع . وحكم القضاء الفرنسى يحد من صورية الأثر الرجعى للشرط الفاسخ (١) .

وقد أخذ القانون المصرى بهذا الحكم فى المادة ١٠٨٣ التى تقرر أنه « إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائياً ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار » .

٥٤ - وقت التطهير :

تحديده يخضع لإرادة الحائز . وهذه هى الخصيصه الهامة فى نظام التطهير ، التى تتجلى فيها قدرة الحائز على الحركة والمبادأة . فالحائز يستطيع عرض التطهير بمجرد إكتسابه صفة الحائز ودون أن ينتظر حلول أجل الدين ، أو قيام الدائن بالتنبيه على المدين أو إنذار الحائز ، وهو يحتفظ بالقدرة على عرض التطهير حتى بعد شروع الدائن فى التنفيذ وتقدمه فى إجراءاتها إلى وقت إيداع قائمة شروط البيع (٢) .

وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٦٤/٢ « والحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع » . فإذا تأخر الحائز إلى وقت إيداع قائمة شروط البيع ، فلا يكون له بعد هذا إلا أن يتقدم للمزاد وهو حق له كما سنرى .

٥٥ - إجراءات التطهير :

تبدأ إجراءات التطهير بعرض يتقدم به الحائز إلى الدائنين المرتهنين ، ويتم بطريق الإعلان . ويتناول هذا الإعلان عدة بيانات تتعلق بالحائز نفسه ،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٩٧ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٠٨٤ ؛ مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥١٧ .

(٢) مازو ، ٣ ، فقرة ٥١٩ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٢١٠٦ ومابعدها.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وبالدائنين المرتهنين وقيمة ديونهم ومرتبة كل منها ، والعقار المرهون ، وكيفية إنتقاله إلى الحائز ، والثمن الذى يتقدم به الحائز للدائنين مقابل تطهير العقار (١) . وقد نص المشرع على هذه البيانات فى المادة ١٠٦٥ التى تقرر أنه :

«إذا أراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم فى مواطنهم المختارة المذكورة فى القيد إعلانات تشتمل على البيانات الآتيه : »

« (ا) خلاصه من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقاً ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة . وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن » .

«(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل . »

«(ج) المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعاً ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً . وإذا كانت أجزاء العقار مثقله برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة . »

« (د) قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين . »

١ — فهذا الإعلان ينبغى أن يوجهه الحائز إلى جميع الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم ، ولا أهمية لمرتبة الرهن حتى ولو كان العرض الذى يتقدم به الحائز لايعطى فرصه لبعضهم فى استيفاء أى حق له . ويترتب على إغفال إعلان دائن منهم عدم نفاذ التطهير فى مواجهته وبالتالى يجوز له أن يطلب بيع العقار بالمزاد العلنى ، حتى ولو كان متأخراً فى المرتبة لايفيده بيع العقار (٢) .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٤٨ ومابعدها .

(٢) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٢٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢ — وأول ما يقوم به الحائز فى هذا الإعلان هو أنه يعرف الدائنين المرتهنين بنفسه، فالحائز أجنبى عنهم وعن الدين ، لم يكن موجوداً وقت اكتساب حقوقهم، ولهذا فالحائز يذكر للدائنين أنه قد إكتسب ملكية العقار المقررة حقوقهم عليه ، أو إكتسب حقاً عينياً غير الملكية قابل للرهن ، ويحدد لهم نوع التصرف الذى إكتسب به هذا الحق وتاريخ التصرف ، والمالك السابق الذى نقل له هـذا الحق ، وقد يكون هو المدين الراهن أو حائز سابق للعقار .

وعلى الحائز أن يذكر الدائنين تاريخ تسجيل التصرف الذى إكتسب به حقه، ورقم التسجيل ، حتى يستطيع كل دائن أن يطلع على التسجيل للتأكد من البيانات التى يذكرها الحائز (١) .

٣ — ويجب أن يتضمن الإعلان بياناً بالثمن الذى إكتسب به الحائز ملكية العقار إذا كان قد إكتسب ملكيته بعقد من عقود المعاوضة، والثمن ليس هو النقود فقط، ولكن كل قيمة أو تكليف آخر يعتبر فى نظر المتعاقدين جزءا من الثمن . وإذا كان الحائز لم يوف بكل الثمن إلى البائع ، فعليه أن يذكر الجزء الباقى فى ذمته ، ولهذا البيان أهمية فى تحديد الثمن الذى يعرضه الحائز مقابل تطهير العقار (٢) .

٤ — وهناك بيان آخر ، وهو البيان الأساسى فى العرض ، هو القيمة التى يعرضها الحائز كمقابل للعقار المرهون . وقد رأينا أن الحائز وإن كان يملك تحديد هذه القيمة بإرادته ، إلا أنه مقيد فى الواقع بأن يراعى الاعتدال فى عرضه ، إذا كان جاداً فى تطهير العقار ، وإلا فانه معرض لرفض عرضه من الدائنين وبيع العقار بالمزاد .

وهو مقيد بعد هذا بقيدين ورد النص عليهما فى نص المادة ١٠٦٥ . أولهما

---

(١) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٠٨ .

(٢) والحكم فى القانون الفرنسى أن الحائز إذا كان قد اكتسب ملكية العقار المرهون بطريق الشراء، فلا يحق له أن يعرض ثمنا للعقار أقل من ثمن الشراء . أنظر ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٢٢٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ألا يقل هـذا الثمن عن السعر الذى يتخذ أساساً لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية، ويرى البعض أن هذا الحكم يظل معطلا طالما أن المشرع لم يبين فى قانون المرافعات أساس تحديد الثمن عند نزع الملكية (١) ؛ ومع ذلك فالرأى الذى نفضله هـو ما يقول به البعض الآخر من أن قانون المرافعات فى المادة ٣١ منه حـدد قيمة الدعاوى المتعلقة بالعقارات على أساس الضريبة العقارية ، فقيمة الدعاوى المتعلقة بالأراضى الزراعية هى ستين ضعفاً للضريبة المربوطة عليها ، بينما هى ١٨٠ ضعفاً بالنسبة المبانى (٢) .

ولما كانت المذكرة الإيضاحية قد قررت أن الأساس الذى تشير إليه المادة ١٠٦٥ هو « الضريبة التى تدفع عن العقار » (٣) ، فلا يكون مقصوداً بهذا شىء آخر غير ما قررته المادة ٣١ من قانون المرافعات فى تقدير قيمة الدعاوى (٤) .

أما القيد الثانى على الحائز فى تقدير قيمة العقار فهـو ألا تقل هذه القيمة عن الباقى فى ذمته بسبب إمتلاكه العقار المرهون . وتفسير هذا الحكم هو أن الدائنين المرتهنين يستطيعون طبقاً لأحكام القضاء الجبرى للديون أن يفرضوا على الحائز دفع ما بقى فى ذمته من دين بسبب إمتلاك العقار المرهون (م ١٠٦٣/٢) ، وبالتالى لا يكون عرض الحائز جدياً إذا هو عرض عليهم مبلغاً يقل عن المبلغ الذى يلتزم بدفعه فى مواجهتهم . لهذا يمكن اعتبار هذا الحكم أثراً منطقياً لقواعد الوفاء الجبرى للديون وقد سبق لنا دراستها (٥) .

وإذا كانت حقوق الرهن لا ترد على العقار فى مجموعه ، ولـكن يرد كل منهـا

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٥٠ هامش ١ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٤٤٢ ، هامش ١ .

(٢) محمد على أمام ، ص ٣٧٣ ؛ سليمان مرقس ، ص ٢٦٢ .

(٣) المذكرة الإيضاحية ، ج ٧ ص ١١٩ .

(٤) منصور مصطفى منصور ، ص ١٤٥ .

(٥) أنظر فقرة ٥٠ من هذا الـكتاب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على جزء منه فقط ، وإكتسب الحائز ملكية العقار كله ، فهو يحدد قيمة كل جزء على حدة يعرضها على الدائنين المرتهنين لهذا الجزء ، لأن هؤلاء لا يرد حقهم على العقار كله ، ولا يمكنهم أن يبيعوا بالمزاد العلنى ، إلا الجزء الذى يرد عليه حقهم ، وهو محل التطهير فى علاقة الحائز بهم (١) .

٥ — والبيان الأخير الذى يتضمن الإعلان يتعلق بالدائنين المرتهنين للعقار. فعلى الحائز أن يخبر كل دائن مرتهن بغيره من الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند الحائز ، مع بيان قيمة دين كل منهم ومرتبة رهنه . وعلى أساس هذا الإعلان يستطيع كل منهم أن يحدد مدى فرصته فى الاستفادة من عرض الحائز ، مما يسمح له باتخاذ موقفاً من هذا العرض(٢) .

باستكمال هذه البيانات يكون الحائز قدعرف نفسه للدائنين ،وعرف بعضهم بالبعض الآخر ، وحدد العقار المرهون ، والثمن الذى يقدره له ، وبهذا يستطيع كل دائن مرتهن أن يتخذ موقفاً .

والعرض الذى يقوم به الحائز هو مجرد إعلان ، ولايتخطى هذا إلى قيام الحائز بالدفع فعلا . فالحائز يبدى استعداده بالدفع إذا قبل الدائنون عرضه . وهذا ماتنص عليه المادة ١٠٦٦ « يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً بل ينحصر العرض فى إظهار إستعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أياكان ميعاد استحقاق الديون المقيدة » (٣) . فاجراءات التطهير الأولى تتلخص إذن فى مجرد إعلان . ومصير العرض هو القبول أو الرفض.

٥٥ – قبول العرض :

المقصود بقبول العرض موافقة الدائنين المرتهنين عليه ، فهو موجه إليهم

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٥١ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٠٨ .

(٣) والمقصود بهذا أن يكون الالتزام الذى يعرضه الحائز بسيطا غير موصوف بأجل أو شرط . راجع، بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١١١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والموافقة لاتصدر إلا منهم . ومع ذلك فلم يشترط المشرع موافقة صريحة بل إعتبر سكوتهم عن الرفض مدة معينة بمثابة قبول منهم .

والمدة هى على أكثر تقدير ستين يوماً من تاريخ آخر إعلان رسمى ، فالمدة أصلا ثلاثين يوماً من تاريخ آخر إعلان تضاف إليها مدة مسافة بين الموطن الأصلى والموطن المختار على ألا تزيد مدة المسافة عن ثلاثين يوماً . وسبب إضافة مدة المسافة أن الإعلان يتم فى الموطن المختار للدائن المرتهن وينبغى حتى يعلم به الدائن المرتهن حقيقة ، أن يرسل له من موطنه المختار إلى موطنه الأصلى (١) .

فإذا لم يرفض أحد الدائنين العرض خلال هذه المده أعتبر ذلك قبولا منهم ، ويكون للحائز أن يستكمل بعد هذا إجراءات التطهير الاخرى .

٥٦ - رفض العرض :

معناه عدم موافقة الدائنين المرتهنين أو أحدهم على عرض الحائز . والرفض لايقتصر فقط عدم الموافقة النظرية على العرض ، بل هو فى ذاته إجراء عملى مقتضاه طلب بيع العقار بالمزاد العلنى . فمجرد رفض العرض يؤدى ضرورة إلى بيع العقار بالمزاد العلنى (٢) .

والحق فى الرفض لم يقصره المشرع على الدائنين المرتهنين . بل أعطاه أيضا لكل كفيل لحق مضمون برهن ، لأن من مصلحة الكفيل أيضا أن يباع العقار بأعلى ثمن ممكن حتى يستوفى الدائن المرتهن حقه ولا يرجع على الكفيل (٣) .

وهذا مانص عليه المشرع فى المادة ١٠٦٧ « يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك فى مدى

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٥٢ .

(٢) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٢٩ .

(٣) والقانون الفرنسى لايعطى للكفيل هذا الحق ، راجع بودان وفواوان ، ج ١٤ ، فقرة ١١١٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي يضاف إليها مواعيد المسافة مابين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار ، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى » .

والمشرع لم يستعمل لفظ « رفض العرض » ، ولكنه عبر عن هذا « بطلب البيع » تأكيداً لما فى الرفض من صفه الاجراء الإيجابى .

« ويكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ويوقعة الطالب أو من يوكله فى ذلك توكيلا خاصاً . ويجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد . ولايجوز أن يسترد مااستغرق منه فى المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز، ويكون الطلب باطلا إذا لم تستوف هذه الشروط » (م ١٠٦٨/١) .

فكما أن عرض التطهير يتم بإعلان ، فان رفض العرض يتم بإعلان أيضا يقوم به الدائن المرتهن ، أو الكفيل لدين مضمون برهن ، ويوجهه إلى الحائز وكذلك إلى المالك السابق للعقار .

وسبب توجيهه للحائز واضح بطبيعة الحال لأن الرفض رد على العرض الذى تقدم هو به . أماتوجية الإعلان إلى المالك السابق فتبريره أن هذا الأخير قد يكون مسئولا بدعوى الضمان أمام الحائز وقد يتفادى مسئوليته عن نزع ملكية العقار بسداد ديون الدائنين (١) .

ولايكفى مجرد الإعلان حتى يعتبر العرض مرفوضاً ، بل أن يقترن هـــذا بإيداع مبلغ فى خزانة المحكمة يكفى لتغطية نفقات البيع بالمزاد العلنى . وهذا المطلب يضمن جدية الدافع إلى رفض العرض . لأن من يطلب بيع العقار ويودع مصروفات البيع ، لن يسترد هذه المصروفات إذا لم تسفر إجراءات البيع بالمزاد عن ثمن يزيد على الثمن الذى عرضة الحائز .

---

(١) راجع فقرة ٤٧ من هذا الكتاب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا لم يتم إعلان الرفض فى الميعاد ، أو لم يقترن بإيداع مصروفات البيع بالمزاد ، كان الطلب باطلا ، ومقتضى هذا بطلان رفض العرض الذى تقدم به الحائز . ومعنى هذا أيضا ترتب جميع النتائج التى تترتب على قبول العرض (١) .

وإذا كان يترتب على رفض التطهير ضرورة بيع العقار بالمزاد العلنى فإحكاما لبلوغ هذه النتيجة قرر المشرع أن الدائن المرتهن أو الكفيل الذى يطلب بيع العقار بالمزاد لايستطيع أن يرجع فى طلبه الا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء ، « ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبة إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء » (م ١٠٦٨٣/٢) .

والحكمة من هذا أنه قد يرغب أكثر من دائن أو كفيل فى طلب بيع العقار بالمزاد العلنى ، ولكنهم لا يتقدمون بهذا الطلب إكتفاء بالطلب الذى تقدم به واحد منهم . فلا يجوز لهذا أن ينفرد بالنزول عن طلبه (٢) .

وإذا كان رفض التطهير من جانب الدائن أو الكفلاء يعنى فى نفس الوقت بيع العقار بالمزاد العلنى ، فإن هذا البيع يتم طبقاً لقواعد التنفيذ على العقار المقررة فى قانون المرافعات ، وسنعرض لبيع العقار بالمزاد فيما بعد باعتباره الموقف الأخير الذى يترتب على تتبع العقار . وقد نصت المادة ١٠٦٩/١ على أنه « إذا طلب بيع العقار وجب إتباع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل من طالب أو حائز ، وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر فى إعلانات البيع المبلغ الذى قوم به العقار » ،

ويلاحظ أن المبلغ الذى يتخذ أساساً للبيع بالمزاد فى هذه الحالة قد يكون

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٥٤ .

(٢) ولكن إذا طلب أحد الدائنين أو الكفلاء بيع العقار ، باجراءات باطله متواطئا فى ذلك مع الحائز ، الذى يتمسك بعد ذلك بحدوث التطهير على أساس بطلان اجراءات طلب البيع ، فللدائنين الأخرين الرجوع على هذا الدائن أو الكفيل المتواطىء ، بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية ، راجع ، بودان وفوارن ، ج ١٤ ، فقرة ١١١٨ ، شمس الدين الوكيل ، ص ٣٥٤ هامش ٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أقل من المبلغ الذى قوم به العقار ، وإن كان المشرع قد إشترط أن يذكر المبلغ الذى قوم به العقار فى إعلانات البيع (١) .

وللحائز أن يتقدم للمزايدة وفى هذه الحالة لا يلتزم بعرض ثمن مساو على الأقل للثمن الذى عرض هو تطهير العقار مقابل دفعه (٢) . ولهذا فقد يرسو المزاد عليه بثمن أقل من الثمن الذى سبق له عرضه .

وإذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز فهو يلتزم زيادة على ثمن رسو المزاد ، أن يعوض الحائز عن مصروفات العقد الذى إكتسب به حقه ، وتسجيل هذا العقد ، وما قام به من إعلانات خاصة بالتطهير (٣) .

«ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته ، وفى تسجيل هذا السند ، وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير» (م ١٠٦٩/٢) .

وهذه الزيادة على ثمن رسو المزاد تمثل عبئاً كبيراً على عاتق من يرسو عليه المزاد ، وتجعل أغلب الناس يحجم عن الاشتراك فى المزايدة ، مما يؤدى إلى إضعاف فرصة بيع العقار بثمن يزيد على الثمن الذى عرضه الحائز مقابل التطهير ، وبالتالى إلى تردد الدائنين فى طلب بيع العقار ، وإلى قبولهم عرض الحائز طالما كان معقولا .

---

(١) على عكس ذلك يشترط فى القانون الفرنسى أن يزيد الثمن الذى يتخذ أساساً للمزايدة بقيمة العشر عن الثمن الذى عرضه الحائز ، بحيث إذا لم يتقدم أحد للمزايدة ، فإن البيع يرسو على الدائن الذى رفض العرض . فكأن رفض العرض ، هو فى الواقع عرض جديد من أحد الدائنين بزيادة العشر عن عرض الحائز . راجع مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٣٠ .

(٢) الواقع أن الحائز يتحرر من التزامه الذى عرضه بمجرد رفض العرض ، راجع ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٢٩ .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ١٤٩ . والمسألة موضع خلاف فى القانون الفرنسى ، ولكن الرأى الراجح هو ما أخذ به القانون المصرى . راجع بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥٧ - كيف يتم تطهير العقار فعلا ؟

إذا لم يطلب أحد الدائنين أو الكفلاء بيع العقار بالمزاد خلال مدة الثلاثين يوماً مضافاً إليها مدة المسافة ، أعتبر هذا قبولا منهم لعرض الحائز بالتطهير ، ولكن العقار لا يتطهر بمجرد العرض والقبول ، بل ينبغى أن يعقب هذا قيام الحائز بالدفع فعلا . وهو يدفع المبلغ الذى عرضه للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقهم مقدماً على غيرهم (١) .

ويستطيع الحائز حتى يتجنب أى نزاع بشأن الدائن المتقدم فى المرتبة ، أن يودع المبلغ الذى عرضه خزانة المحكمة ، ويقوم الإيداع مقام الوفاء . وهذا ما تقرره المادة ١٠٧٠ من أنه « إذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد ، إذاهو دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة » .

ويستطيع الحائز بمجرد دفع المبلغ الذى عرضه أن يطلب محو القيود على العقار الذى يملكه ، ويصبح بهذا خالياً من كل رهن .

وهناك مسألة تستحق النظر وهى معرفة الحكم فى حالة ما إذا عرض الحائز التطهير وقبل الدائنون العرض ، ولكن الحائز لم يتقدم بعد هذا بالدفع فعلا . مما لا شك فيه أن العقار لا يتطهر من الرهون المقررة عليه (٢) .

ولكن هل يستطيع الدائنون إلزام الحائز بدفع المبلغ الذى عرضه مقابل تطهير العقار ، حتى إذا كانت حقوقهم لم يحل أجل الوفاء بها بعد ، أو كانت المبالغ المتبقية فى ذمة الحائز بسبب إمتلاك العقار المرهون أقل من المبلغ الذى عرضه ؟

---

(١) مازو ، ج ٣ فقرة ٥٤٠ .

(٢) يظل الحائز حتى قيامه بدفع الثمن الذى عرضه فعلا ، مسئولا مسئوليه عينيه فى حدود قيمة العقار . والتساؤل يثور فقط لمعرفة ما إذا كان الحائز يصبح أيضا بسبب عرضه مسئولا مسئوليه شخصية عن الثمن الذى عرضه . راجع ، مازو ، ٣ ، فقرة ٥٤٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهل يترتب على هذا أن يصبح الحائز مسئولا عن الوفاء فى أمواله الخاصة فى حدود المبلغ الذى عرضه بحيث لا يحق له أن يتخلى عن العقار بعد هذا ؟

لم يعرض المشرع لهذا الوضع بحكم خاص ، ولكن مقتضى إعمال القواعد العامة أن عرض الحائز التطهير وقبول الدائنين هذا العرض ، ينشىء علاقة مباشرة بين الطرفين يكون الحائز بمقتضاها ملزماً بأن يوفى للدائنين ما تقدم به من عرض (١) .

الخلاصة أن التطهير حق للحائز يمكنه من تخليص العقار من كل رهن مقيد فى الوقت المناسب له دون إعتداد بوقت حلول آجال الديون المضمونة بهذا العقار . وإذا لم يلجأ الحائز إلى تطهير العقار فهناك موقف ثالث يستطيع أن يتخذه وهو التخلية .

§ ٣ — تخلية العقار المرهون

٥٨ — المقصود بالتخلية :

تخلية العقار المرهون من النظم المتخلفة عن القانون الرومانى مع تطور كبير فى مضمونها . فمن أهم حقوق الدائن المرتهن فى القانون الرومانى عند حلول الأجل

---

(١) أى أنه بجانب مسئولية الحائز العينيه المحدوده بقيمه العقار المرهون والناشئه عن حق الدائنين فى الرهن ، فانه يصبح مسئولا مسئولية شخصيه نتيجة للرابطة التعاقدية الجديدة التى نشأت بينه وبين الدائنين ، بقبول هؤلاء العرض الذى عرضه . راجع مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٤١ .

ومع ذلك فالبعض يرى أن الحائز لازال ملتزما بصفته حائزا ، ومن ثم يجوز له الاستفاده من كل أوجه الطعن الخاصة بالديون المضمونه بالرهون المقررة على العقار . راجع ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ٣ ، فقرة ١٢٣٩ .

ويبدو لنا أن الحائز يصبح مسئولا مسئوليه شخصية باعتباره مدينا أصليا بالالتزام الذى تعهد به فى عرضه . ولكن يستطيع فى نفس الوقت أن يتخلص من التزامه لأسباب متعلقة بحقوق الدائنين المرتهنين ، على أساس أن هذه الحقوق هى السبب فى التزام الحائز .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعدم الوفاء بالدين ، أن يدخل فى حيازة العقار المرهون ويستولى عليه من مالكه ومقتضى هذا إخراج المالك من حيازته .

وقد تطور الأمر فلم يعد من حق المرتهن أن يستولى على حيازة العقار المرهون ، وإقتصر حقه على طلب بيعه بالمزاد العلنى . ومع ذلك بقيت فكرة تخلى الحائز عن العقار وأصبحت بهذا حقاً للحائز وليس للدائن المرتهن (١) .

والمقصود بها أن يتجنب الحائز إتخاذ الإجراءات فى مواجهته ، حتى لا يظهر إسمه فى إجراءات البيع على أنه شخص تنزع ملكيته لسداد دين من الديون ، مع أنه أجنبى عن هذا الدين مما يسىء إلى سمعته . وكذلك فإن الحائز بمجرد إنذاره عند إتخاذ الإجراءات فى مواجهته يصبح ملزماً برد ثمار العقار من وقت الإنذار وفى هذا مسئولية عليه قد يرغب فى تجنبها (٢) .

وقد ورد النص على التخلية فى المادة ١٠٧١ التى تقرر :

« (١) تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمة الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الإبتدائيه المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

« (٢) ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك » .

وتخلية العقار تمثل عقبة مؤقتة أعطى القانون للحائز أن يضعها فى طريق الإجراءات ، ويترتب على هذه العقبة ، لا وقف الاجراءات ، ولكن تحويل مجراها ، فبعد أن كانت تتخذ فى مواجهة الحائز ، تتخذ فى مواجهة شخص آخر هو الحارس (٣) .

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٤٩٨ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ — ٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٤٤ .

(٣) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٧١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥٩ - صاحب الحق فى التخلية :

الأصل أنها مقررة للحائز ، وهو حسب تعريفة شخص غير مسئول عن الدين، وبالتالى يحق له أن يتفادى إتخاذ إجراءات البيع فى مواجهته . إلا أن الحائز قد يصبح لسبب لاحق مسئولا عن الدين ، كأن يتحقق شرط قضاء الديون جبراً فى حالة من الحالتين المذكورتين فى المادة ١٠٦٣ « وفى كلتا الحالتين لايجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ... » (٢/١٠٦٣) .

وكذلك إذا عرض الحائز تطهير العقار وقبل الدائنون العرض ، فهو يصبح ملزما بدفع المبلغ الذى قوم به العقار ، ولايجوز له أن يلجأ إلى التخلية . أما إذا رفض الدائنون عرض التطهير وشرعوا فى إجراءات البيع ، فان الحائز لايظل ملتزماً بعرضة ومن ثم يجوز له تخلية العقار (١) .

ويجب أن تكون للحائز أهلية التصرف ، لأن فى التخلية معنى الإعتراف بحقوق الدائنين المرتهنين ، والتنازل عن كل دفع يستطيع أن يدفع به إجراءاتهم. وهذا كله من أعمال التصرف (٢) .

والكفيل العينى يستطيع أيضا أن يتخلى عن العقار ، وقد سوى المشرع بينه وبين الحائز فيما يتعلق بالتخلية (٣) ، « وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١١٧٣ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٤٦ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨١٣ ، جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٠٥ .

(٢) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٨٧ وهامش ٤٣ ؛ بلانيول وريبير ، ج ١٣ ، فقرة ١١٤٩ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٧٦ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨١٣ .

ومع ذلك فالبعض ينكر اعتبار التخليه من أعمال التصرف ، لأن الحائز يتخلى عن الحيازه المادية للشيء لاعن ملكية الشيء ، مع الاعتراف فى نفس الوقت بخطورة التخليه مما يجعلها فى حكم أعمال التصرف . راجع ، أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٩ ، فقرة ٤٠٢ .

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٥٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

جاز له أن يتفادى أى أجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار . . (م ١٠٥١/٢) .

والكفيل العينى يقترب من الحائز فى أن كليهما مسئول مسئولية عينية فى حدود الدين المضمون بالرهن . أما الفرق بينهما فهو أن الكفيل العينى متعاقد مع الدائن ، ولهذا فهو غير أجنبى عنه أو عن الدين بخلاف الحائز ، ولهذا ليس للكفيل حق تطهير العقار (١) .

٦٠ – وقت التخلية واجراءاتها :

لم يحدد المشرع وقت التخلية ، ولكن المفروض أنها متعلقة بالإجراءات ، فلا يلجأ إليها الحائز قبل إتخاذ الإجراءات فى مواجهته عن طريق إنذاره . وبمجرد إنذاره يجوز له أن يقوم بتخلية العقار ، ويبقى هذا الحق قائما إلى تاريخ رسو المزاد ، إلا أنه لايحدث عملا أن يتأخر الحائز إلى هذا الوقت ، وإلا إنتفت مصلحته فى التخلية ، إذا كان يصدر فيها عن مصلحة حقيقية (٢) .

والتخلية تتم بتقرير فى قلم كتاب المحكمة الإبتدائية المختصة ، وهى التى يقع فى دائرتها العقار المرهون ، ويجب أن يؤشر بذلك على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بذلك خلال خمسة أيام من تاريخ التقرير بها .

وإذا لم يراعى إجراء من هذه الإجراءات كانت التخلية باطلة ، وللدائن المباشر للإجراءات أن يستمر فيها فى مواجهة الحائز . إلا أن للحائز بطبيعة الحال أن يتخذ إجراءات أخرى جديدة تنفذ فى مواجهة الدائن المرتهن (٣) .

---

(١) راجع فقرة ٤٢ من هذا الكتاب .

(٢) أوبرى ورو ، ج ٣ فقرة ٢٨٧ وهامش ٣٥ ؛ أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٢٩ . فقرة ٤١٠ .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٢ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٦١ - آثار التخلية :

تتلخص فى أن الحائز لايتخلى عن ملكية العقار ، ولا عن حيازته القانونية ، ولكن عن حيازته العرضية فقط (١) .

فيظل الحائز مالكا ولذلك يجوز له أن يتصرف فى العقار إلى وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) . ويظل حائزاً ولذلك تستمر مدة التقادم التى بدأت لمصلحته فى إكتساب حق من الحقوق (٣) . وهو يستطيع أن يرجع فى قراره ويعود إلى العقار طالما أنه لم يعين حارس فعلا يحل محله فى مباشرة الإجراءات (٤) .

وإذا بيع العقار بثمن يزيد على ديون الدائنين ، كانت الزيادة للحائز (٥) .

ونظراً لأن التخلية لايترتب عليها نقل حق على العقار ، لذلك لايجب بشأنها التسجيل ، كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات الناقلة للحقوق على العقارات (٦) .

وبمجرد التخلية تقف الإجراءات فى مواجهة الحائز . ولصاحب المصلحة فى إستمرار الإجراءات ، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات البيع بالمزاد . وقد يطلب الحائز تعيينه هو حارساً على أساس أن سمعته لن تضار لأن إسمه سيظهر فى إعلانات البيع بالمزاد باعتباره

---

(١) أوبرى ورو ، جـ ٣ ، فقرة ٢٨٧ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ١١٥٣ .

(٢) كولان وكابتان ، جـ ٢ ، فقرة ١٨١٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ١١٥٣ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ فقرة ١١٥٣ ؛ جوسران ، جـ٢ ، فقرة ١٩٠٤ ؛ أوبرى ورو ، جـ ٣ ، فقرة ٢٨٧ وهامش ٤٦ — ٤٧ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ١١٥٣ ؛ بودان وفواران ، جـ ١٤ ، فقرة ١١٨٠ .

(٦) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٣ ، فقرة ١١٥٣ ؛ بودان وفواران ، جـ ١٤ ، فقرة ١١٨٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حارساً وليس مالكا تنزع ملكيته . وفى هذه الحالة تجب إجابته إلى طلبه (١) .

وإجراءات نزع الملكية لاتختلف فى جوهرها سواء أتخذت فى مواجهة الحائز نفسه أو فى مواجهة الحارس .

ويرى البعض أن نظام التخلية ليست له فائدة كبيرة ، فهو لايحقق للحائز سوى تجنب ظهور إسمه فى إعلانات البيع ،ولايحقق للدائن المرتهن سوى معنى إعتراف الحائز بحقه ، وتنازله عن كل دفع يستطيع توجيهه إلى الدائن .

ومثل هذه الفوائد قد لاتبرر نظاما كل مايترتب عليه هو وضع عقبة فى سبيل الإجراءات ،وهى وإن كانت مؤقتة لايترتب عليها سوى تحويل مجرى الإجراءات فى مواجهة شخص آخر ، إلا أنها تعطيل للإجراءات على أى حال . وأياما كان الأمر فإن إلغاء نظام التخلية لن يؤدى إلى ضرر كبير (٢) .

§ ٥ — البيع بالمزاد العلنى

٦٢ - الموقف الأخير:

البيع بالمزاد العلنى هو الموقف الأخير الذى يتعرض له الحائز إذا لم يقض الديون ، أو يطهر العقار أو يتخلى عنه . وقد يتم بيع العقار بالمزاد رغم محاولة الحائز تطهير العقار ، إذا رفض أحد الدائنين العرض وطلب بيع العقار بالمزاد العلنى . وقد يتم البيع بالمزاد فى غير مواجهة الحائز إذا تخلى هو عن العقار ، وعين حارس تتخذ الإجراءات فى مواجهته . والإجراءات التى تتبع فى جميع الأحوال هى إجراءات البيوع الجبرية للعقارات المقررة فى قانون المرافعات .

ولا يوجد فى القانون المصرى ما يوجد فى القانون الفرنسى من تفرقة غير معقولة بين بيع نتيجة لتطهير العقار ، وبيع نتيجة لعدم إتخاذ الحائز أى موقف آخر:قضاء الديون أو تطهير العقار أو التخلى عنه . فى الحالة الأولى هناك خلاف

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٣ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، فقرة ١١٤٤ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بين الفقه والقضاء فى فرنسا فى معرفة ما إذا كان حكم مرسى المزاد يجرد الحائز من ملكيته بأثر رجعى أم لا ؛ بينما لا خلاف هناك فى أن حكم مرسى المزاد فى الحالة الثانية لا يجرد الحائز من ملكيته بأثر رجعى ، ولكنه ينقلها إلى الراسى عليه المزاد من الحائز نفسه ، ولا تفسير لهذه التفرقة إلا عدم الوضوح فى نصوص القانون الفرنسى(١) .

أما القانون المصرى فقد جعل أثر المزاد واحداً دون نظر إلى الوضع الذى تم فيه المزاد ، بعد التطهير أو التخلية ، أو فى غير هاتين الحالتين عندما يكون البيع نتيجة لأن الحائز لم يقض الديون أو يطهر العقار أو يتخلى عنه . وفى جميع الأحوال تترتب آثار البيع بالمزاد على أساس فكرة رئيسية واحدة ، هى أن الحائز يبقى مالكاً للعقار المرهون إلى تاريخ رسو المزاد ، وحكم المزاد ناقل للملكية من الحائز إلى من رسا عليه المزاد إذا كان شخصاً آخر غير الحائز نفسه . فلا يزول سند ملكية الحائز بأثر رجعى بل تنتقل منه إلى شخص آخر (٢) .

وقد درسنا من قبل إجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز نتيجة التطهير ، وعدم موافقة أحد الدائنين على عرض الحائز (٣) .

أما إذا « لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد » (م ١٠٧٢) .

فإجراءات البيع فى مواجهة الحائز تبدأ إذن بإنذار يوجه إليه ، وهذا يسبقه أو يعاصره التنبيه على المدين بنزع الملكية . فرغم أن المدين لم يعد مالكا

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٤٣ ـ ٥٥٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٤ .

(٣) راجع فقرة ٥٦ من هذا الكتاب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حارساً وليس مالكا تنزع ملكيته . وفى هذه الحالة تجب إجابته إلى طلبه (١).

وإجراءات نزع الملكية لاتختلف فى جوهرها سواء أتخذت فى مواجهة الحائز نفسه أو فى مواجهة الحارس .

ويرى البعض أن نظام التخلية ليست له فائدة كبيرة ، فهو لايحقق للحائز سوى تجنب ظهور إسمه فى إعلانات البيع ،ولايحقق للدائن المرتهن سوى معنى إعتراف الحائز بحقه ، وتنازله عن كل دفع يستطيع توجيهه إلى الدائن .

ومثل هذه الفوائد قد لاتبرر نظاما كل مايترتب عليه هو وضع عقبة فى سبيل الإجراءات ،وهى وإن كانت مؤقتة لايترتب عليها سوى تحويل مجرى الإجراءات فى مواجهة شخص آخر ، إلا أنها تعطيل للإجراءات على أى حال . وأياما كان الأمر فإن إلغاء نظام التخلية لن يؤدى إلى ضرر كبير (٢) .

§ ٥ — البيع بالمزاد العلنى

٦٢ - الموقف الأخير:

البيع بالمزاد العلنى هو الموقف الأخير الذى يتعرض له الحائز إذا لم يقض الديون ، أو يطهر العقار أو يتخلى عنه . وقد يتم بيع العقار بالمزاد رغم محاولة الحائز تطهير العقار ، إذا رفض أحد الدائنين العرض وطلب بيع العقار بالمزاد العلنى . وقد يتم البيع بالمزاد فى غير مواجهة الحائز إذا تخلى هو عن العقار ، وعين حارس تتخذ الإجراءات فى مواجهته . والإجراءات التى تتبع فى جميع الأحوال هى إجراءات البيوع الجبرية للعقارات المقررة فى قانون المرافعات .

ولا يوجد فى القانون المصرى ما يوجد فى القانون الفرنسى من تفرقة غير معقولة بين بيع نتيجة لتطهير العقار ، وبيع نتيجة لعدم إتخاذ الحائز أى موقف آخر:قضاء الديون أو تطهير العقار أو التخلى عنه . فى الحالة الأولى هناك خلاف

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٣ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، فقرة ١١٤٤ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٨١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بين الفقه والقضاء فى فرنسا فى معرفة ما إذا كان حكم مرسى المزاد يجرد الحائز من ملكيته بأثر رجعى أم لا ؛ بينما لا خلاف هناك فى أن حكم مرسى المزاد فى الحالة الثانية لا يجرد الحائز من ملكيته بأثر رجعى ، ولكنه ينقلها إلى الراسى عليه المزاد من الحائز نفسه ، ولا تفسير لهذه التفرقة إلا عدم الوضوح فى نصوص القانون الفرنسى(١) .

أما القانون المصرى فقد جعل أثر المزاد واحداً دون نظر إلى الوضع الذى تم فيه المزاد ، بعد التطهير أو التخلية ، أو فى غير هاتين الحالتين عندما يكون البيع نتيجة لأن الحائز لم يقض الديون أو يطهر العقار أو يتخلى عنه . وفى جميع الأحوال تترتب آثار البيع بالمزاد على أساس فكرة رئيسية واحدة ، هى أن الحائز يبقى مالكاً للعقار المرهون إلى تاريخ رسو المزاد ، وحكم المزاد ناقل للملكية من الحائز إلى من رسا عليه المزاد إذا كان شخصاً آخر غير الحائز نفسه . فلا يزول سند ملكية الحائز بأثر رجعى بل تنتقل منه إلى شخص آخر (٢) .

وقد درسنا من قبل إجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز نتيجة التطهير ، وعدم موافقة أحد الدائنين على عرض الحائز (٣) .

أما إذا « لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه فى وقت واحد » (م ١٠٧٢) .

فإجراءات البيع فى مواجهة الحائز تبدأ إذن بإنذار يوجه إليه ، وهذا يسبقه أو يعاصره التنبيه على المدين بنزع الملكية . فرغم أن المدين لم يعد مالكا

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٤٣ ـ ٥٥٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٤ .

(٣) راجع فقرة ٥٦ من هذا الكتاب .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

للعقار المرهون ، إلا أنه هو المسئول الأصلي على الدين ، والتنفيذ فى مواجهة الحائز سيعود بالمسئولية عليه لأن الحائز سيرجع عليه نتيجة لبيع العقار .

وعقب التنبيه على المدين وإنذار الحائز تتبع إجراءات التنفيذ المقررة فى قانون المرافعات، وهو ما لا نتعرض له هنا (١) ، ونكتفى فقط بما يتعلق بالرهن من الناحية الموضوعية . فندرس من يحق له أن يدخل المزاد ، ثم مركز من يرسو عليه المزاد ، ثم مركز العقار بعد رسو المزاد ، ثم مسئولية الحائز وحقه فى الضمان .

٦٣ ـ من يحق له أن يدخل فى المزاد ؟

يطرح العقار للمزاد العلنى ومقتضى هذا حق كل شخص فى التقدم للمزايدة .

ومع ذلك فليس للمدين نفسه الحق فى التقدم للمزاد ، لأن الأولى به أن يوفى دينه للدائن بالطريق العادى ، دون أن يلجئه إلى التنفيذ على العقار المرهون وتحمل عبء الإجراءات . وعدم قيام المدين بالوفاء إعتراف منه بالعجز عن الوفاء ، فلا يحق له بعد ذلك أن يدعى القدرة على دفع الثمن الذى يرسو به المزاد .

أما الحائز وهو غير المدين ، فيحق له أن يدخل المزاد . لأن من حق الحائز أن يحتفظ بملكيته للعقار بكل وسيلة قانونية ممكنة . فله أن يلجأ لتطهير العقار ، وإذا لم يقبل عرضه للتطهير وعرض العقار للبيع بالمزاد كان له أن يدخل المزاد . وإذا لم يكن قد عرض أصلا التطهير وطلب الدائنون بيع العقار المملوك له، فله أن يشترك فى المزاد حرصاً على إحتفاظه بملكية العقار (٢) .

ومع ذلك فهناك قيد على إشتراك الحائز فى المزاد ، هو ألا يعرض ثمناً للشراء أقل من الباقى فى ذمته بسبب إمتلاكه العقار . فإذا كان قد إشترى العقار وبقى فى ذمته جزء من الثمن فلا يجوز له أن يعرض ثمناً للعقار أقل من هذا الجزء . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٧٤ بقوله « يحق للحائز أن يدخل فى المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمناً أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه » .

---

(١) أحمد أبو الوفا ، فقرة ٣٠٩ وما بعدها .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٢٧ وما بعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتفهم الحكمة من هذا الشرط إذا رجعنا إلى أحكام قضاء الديون جبراً . فقد رأينا أنه حسب نص المادة ١٠٦٣/٢ يجوز للدائنين إجبار الحائز على أن يوفى لهم ديونهم فى حدود ما بقى فى ذمته بسبب إمتلاك العقار المرهون . وإذا كان للدائنين إجبار الحائز على الوفاء بهذا القدر ، فمن غير المعقول أن يقبل من الحائز أن يعرض ثمناً للعقار أقل من المبلغ الذى يستطيع الدائنون إجباره على الوفاء به (١) . وإذا دخل الحائز المزاد فقد يرسو عليه ، أو على شخص آخر .

٦٤ – مركز من يرسو عليه المزاد :

١ — إذا تقدم الحائز للمزايدة ورسا عليه المزاد تأكدت ملكيته للعقار ، وهو يظل مالكا على أساس سند ملكيته الأصلى ، فرسو المزاد لا ينقلها له ولكنه يؤكدها . وهذا ما قرره المشرع فى المادة ١٠٧٥ «إذا نزعت ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد إتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ورسا المزاد على الحائز نفسه اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى . . . (٢) » .

ويترتب على هذا أنه لا يجب تسجيل حكم مرسى المزاد، وبالتالى لا يجب دفع رسوم تسجيل جديده . إلا أنه يجب التأشير بحكم مرسى المزاد على هامش تسجيل سند ملكية الحائز ، وعلى هامش تسجيل إنذار الحائز (م ٦٨٨ مرافعات)(٣).

٢ — وإذا رسا المزاد على شخص آخر ، فإنه يكتسب ملكيته بمقتضى حكم مرسى المزاد والملكية تنتقل إليه من الحائز ، لأن رسو المزاد على شخص آخر لا يجرد الحائز من ملكيته بأثر رجعى ، ولكنه ينقلها منه إلى من رسا عليه المزاد (٤) . ويترتب على هذا أنه إذا زاد المبلغ الذى رسا به المزاد على حقوق

---

(١) راجع فقرة ٥٠ من هذا الكتاب .

(٢) وهذا هو نفس الحكم فى القانون الفرنسى . راجع بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٢٧ .

(٣) ونفس الحكم تقرره المادة ٢١٨٩ من القانون الفرنسى . ويقال أن حكم مرسى المزاد ليس له أثر ناقل أو كاشف ولكنه مؤكد فقط . بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١١٢٧ .

(٤) نصوص القانون الفرنسى لا تؤدى إلى حكم واضح فى هذه المسألة ، ولذلك لا يوجد =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الدائنين المرتهنين ، كانت الزياده للحائز . وهو ماتقرره المادة ١٠٧٧ بقولها « إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ماهو مستحق للدائنين المقيده حقوقهم كانت الزيادة للحائز » .

ونظراً لأن حكم مرسى المزاد ناقل للملكية فى هذه الحالة فيجب تسجيله ، وتنص المادة ٦٨٧ من قانون المرافعات على أن « يقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزاد خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره..»(١).

فالفكرة الأساسية إذن أن الحائز يظل مالكا طوال مدة الإجراءات ، فإذا رسا عليه المزاد كان هذا تأكيداً لملكيته السابقة ، وإذا رسا على غيره كان هذا نقلا للملكية منه لمن رسا عليه المزاد .

٦٥ - مركز العقار بعد رسو المزاد :

الأصل أن حكم مرسى المزاد لا يرتب أثراً فعليا إلا بعد قيام من رسا عليه المزاد بدفع الثمن للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من الثمن ، أو بإيداعه خزانه المحكمة . وقد نص المشرع على هذا الحكم فى المادة ١٠٧٥ التى تقرر أنه « ... يتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة » .

وهذا الحكم يمتد بطبيعة الحاله إلى الفرض الآخر الذى يرسو فيه المزاد على شخص آخر غير الحائز . وهو ماتؤكده المادة ١٠٨٤ أيضا . فيجب دفع الثمن فعلا أو إيداعه حتى تترتب آثار رسو المزاد وأهمها تطهير العقار من الحقوق المقيده عليه (٢) . إلا أن مركز العقار يختلف بحسب ما إذا رسا المزاد على الحائز نفسه أو على غيره .

= اتفاق فى الفقه والقضاء بشأنها. وهناك اتجاه قوى يذهب إلى أنه فى حالة البيع بالمزاد بمناسبة اجراءات التطهير فان حكم مرسى المزاد يجرد الحائز من ملكيته بأثر رجعى . راجع بودان فواران، ج ١٤ ، فقرة ١١٣٠ — ١١٤٢ .

(١) أحمد أبو الوفا لجراءات التنفيذ ، فقرة ٣٦٧ ومابعدها .

(٢) أحمد أبو الوفا ، فقرة ٣٢٦ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١ ــ إذا رسا المزاد على الحائز نفسه فإن العقار يتطهر من كل حقوق الرهن، والحقوق المقيدة عليه قبل أن تنتقل ملكيته إلى الحائز . فالحائز تخلص له ملكية العقار من كل رهن ترتب عليه من قبل . إلا أن العقار لا يتطهر من حقوق رتبها الحائز نفسه على العقار . فاذا كان الحائز قد رهن العقار فإن الرهن يبقى قائماً فى مواجهة الحائز إذ لا مبرر لإنقضائه . فقد رهن العقار وهو مالك له ، ولا زال مالكا بنفس السند القديم . وبطبيعة الحال فإن الدائن المرتهن من الحائز يستفيد من إنقضاء حقوق الرهن السابقه عليه فى المرتبه ، والتى نشأت قبل إنتقال الملكية للحائز نفسه (١) .

٢ ــ أما إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز ، فإن العقار يتطهر من كل رهن مقيد عليه سواء كان صادراً من المالك السابق أو من الحائز . ويستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم من ثمن العقار كل حسب مرتبته . والدائن المرتهن من المالك السابق يستوفى حقه قبل الدائن المرتهن من الحائز لأنه أسبق منه دائما فى المرتبة .

وإذا بقى شىء من الثمن بعد إستيفاء الدائنين السابقين ، كانت الزيادة للدائنين المرتهنين من الحائز . وقد سبق أن قلنا أن الزيادة فى هذه الحالة تكون للحائز (م ١٠٧٧)، إلا أن الحائز إذا كان قد رهن العقار لدائنين أخرين ، فانه لا يأخذ الزيادة لنفسه، ولكنها تصبح حقاً لهؤلاء الدائنين . وهذا ما يقرره المشرع فى نفس النص من أنه يكون « للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة» (م ١٠٧٧) (٢) .

هذا من ناحية الحقوق التى رتبها الحائز نفسه على العقار . فهى جميعا تنقضى كما رأينا ، أما الحقوق التى كانت للحائز نفسه قبل أن يصبح حائزا . ثم زالت بسبب إتحاد الذمة عندما أصبح الحائز مالكا للعقار الذى كان له حق عليه ، كحق

---

(١) مازو ، ج ٣ فقرة ٥٤٤ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إرتفاق أو حق إنتفاع أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية . وكانت هذه الحقوق نافذة فى مواجهة الدائنين المرتهنين من المالك السابق ، لأنها أسبق فى تاريخ شهرها ، فإن هذه الحقوق تعود للحائز بعد رسو المزاد على شخص آخر (١) .

وهذا ما قرره المشرع فى المادة ١٠٧٨ بنصه على أن « يعود للحائز ما كان له قبل إنتقال ملكية العقار إليه من حقوق إرتفاق وحقوق عينية أخرى » .

وعلى هذا فوضع هذه الحقوق يمر بعدة مراحل ، فهى صدرت من المدين للحائز قبل تقرير أى رهن على العقار ، ثم تقرر رهن على العقار لا يؤثر فى حق هذا الشخص الذى يصبح حائزاً فيما بعد ، ثم أصبح هذا الشخص حائزاً لانتقال ملكية العقار إليه ، فزالت حقوقه عليه بسبب إتحاد الذمة ، ونفذ الرهن فى مواجهته لأنه مقيد قبل إنتقال الملكية إليه .

ثم فى مرحلة أخيرة بيع العقار بالمزاد العلنى ورسا المزاد على شخص آخر ، فان العقار يتطهر من الرهن ، وتزول ملكية الحائز ، ولكن تظهر حقوقه الأخرى التى اختفت بسبب إتحاد الذمة (٢) .

وعلى من يدخل المزاد أن يقدر أن رسو المزاد عليه سيبعث حقوق الحائز السابقة ولهذا فعليه أن يعرض ثمناً يتفق مع بقاء هذه الحقوق مثقلة للعقار .

الخلاصة فى مركز العقار أنه إذا رسا المزاد على الحائز تطهر العقار من الرهن الذى نشأ من المدين أو المالك السابق ، دون الرهن الذى نشأ من الحائز . وإذا رسا المزاد على غير الحائز ، تطهر العقار من كل رهن نشأ من المدين أو المالك السابق أو من الحائز نفسه ، دون أن يتطهر من حقوق الحائز نفسه السابق وجودها ونفاذها على حقوق الرهن التى أدت إلى بيع العقار بالمزاد العلنى .

وعلى هذا فالأصل أن يتطهر العقار من كل حق مقيد عند رسو المزاد ، والإستثناء أن تبقى بعض الحقوق فى مواجهة الحائز ، أو لمصلحته .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١٦٠ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٦٦ - مسئولية الحائز وحقه فى الضمان :

الحائز مالك للعقار المرهون ، ومع ذلك فهو مسئول عن المحافظة عليه فى مواجهة الدائنين . وقد نصت المادة ١٠٨١ على أن « الحائز مسئول شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه » .

وفكرة الخطأ فى هذا النص تتحدد على ضوء حقوق الدائنين على العقار المرهون . فالدائن المرتهن من حقه أن يجد الرهن سليما عند التنفيذ عليه ، ولذلك فيجب على الحائز المحافظة على هذا الضمان . وبالتالى يمتنع على الحائز كل تصرف ينتقص من الضمان ، ولو كان التصرف يدخل فى السلطات العادية للمالك لو لم يتعلق حق الغير بالعقار . ولا يملك الحائز هدم العقار المرهون وهو نوع من التصرف المادى فيه يدخل فى سلطات المالك العادى . فإذا فعل شيئا من هذا أعتبر مخطئا وحق للدائن المرتهن أن يرجع عليه بقيمة ما أتلفه (١) .

وهكذا يعتبر تصرف الشخص فى ملكه إتلافاً فى نظر القانون . وهو فى الواقع إتلاف لحقوق أخرى تعلقت بنفس الشىء .

وكذلك فالأصل أن الحائز يحصل على ثمار العقار المرهون باعتبارة مملوكاً له . إلا أن حقه فى الثمار ينتهى عندما يشرع الدائن المرتهن فى التنفيذ فتلحق الثمار بالعقار ، وهو ما نص عليه المشرع فى المادة ١٠٧٩ بقوله « على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية . فاذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد » . والحائز يرد الثمار للدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم منها حسب مرتبة كل منهم (٢) .

إلا أن مسئوليه الحائز يقابلها حقه فى الضمان . فإذا نزعت ملكية الحائز ، أو إذا إضطر فى سبيل المحافظة على ملكيته أن يقضى الديون ، أو يطهر العقار ، أو

---

(١) شمس الدين لوكيل ، ص ٣٧٠ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٧٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يشتريه بالمزاد العلنى عند التنفيذ ، كان له الحق فى الرجوع على المالك السابق الذى تلقى منه الملكية بدعوى الضمان المقررة فى المادة ٤٤٢ من القانون المدنى ، وأن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلاسبب ، أو دعوى الحلول (م ١٠٦١ ، ١٠٨٤ مدنى) . وقد درسنا حق الحائز فى الرجوع من قبل(١) .

---

(١) راجع فقرة ٤٧ من هذا الكتاب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمى

ينقضى الرهن الرسمى بصفه تبعية لإنقضاء الدين المضمون ، كما ينقضى بصفة أصلية إستقلالا عن الدين .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الأول

انقضاء الرهن بصفة تبعية

٦٧ - انقضاء الرهن بانقضاء الدين :

ينص المشرع فى المـــادة ١٠٨٢ على أنه « ينقضى الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة مابين انقضاء الحق وعودته » .

وهذا النص تطبيق للفكرة العامـــه فى التبعية . وبمقتضاها يتبع الرهن الدين المضمون فى نشأته وفى إنقضائه . وهو مانص عليه المشرع فى المادة ١٠٤٢/١ بقوله « لاينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، مالم ينص القانون على غير ذلك » (١).

وعلى هذا لايتصور أن يبقى الرهن قائما بعد إنقضاء الدين المضمون لأى سبب من الأسباب . إلا أنه ينبغى حتى ينقضى الرهن ، إنقضاء الدين المضمون كليه ،أما إذا إنقضى الدين المضمون إنقضاء آجزئيا ، بقى الرهن قائما تطبيقا لمبدأ عدم تجزئة الرهن . فكل جزء من العقار المرهون ضامن للدين فى مجموعه ، وكل جزء من الدين يضمنه العقار كله (م ١٠٤١) (٢) .

وأسباب إنقضاء الدين متعدده ، يرجع فى شأنها إلى القواعد العامة ، إلا أن بعض هذه الأسباب يحتاج إلى تعليق خاص .

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٩٢ — ١ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢١٥ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣٠٨ ومابعدها ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٩١٧ ؛ جوسوان ، ج ، فقرة ١٩٥٣ .

(٢) أنظر فى مبدأ عدم تجزئه الرهن ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٣٢٩ ، ومابعدها ؛ بودان وفواران ، فقرة ٣٠٧ ومابعدها ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٦٦٠ — ١٦٦٢ ؛ جوسوان ، ج ٢ ، فقرة ١٦٤٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٧٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١ - الوفاء :

وهو السبب الأول لإنقضاء الدين ، ويشترط لصحته أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى يوفى به ، أهلا للتصرف فيه . فإذا أبطل الوفاء عاد الدين إلى الوجود ، وعاد معه الرهن . والرهن يعود بمرتبته القديمة بالنسبة للحقوق التى كانت موجودة وقت محو القيد ، أما الحقوق التى نشأت بعد المحو وقبل إلغاء المحو فلا تضربها عودة الرهن مرة أخرى (م ١٠٨٢) (١) .

٢ - المقاصه :

إذا توافرت شروط المقاصة ، بأن كان المدين دائنا لدائنه فى نفس الوقت ، وكان موضوع كل من الدينين نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء ، إنقضى كل من الدينين فى حدود الأقل منهما ، إذا تمسك بهذا صاحب المصلحة فى الإنقضاء . فإذا كان أحد الدينين مضمونا برهن إنقضى الدينان بالمقاصة ، وبالتالى ينقضى الرهن الضامن لأحدهما .

ولكن إذا حدث أن الدائن بالدين المضمون بالرهن قام بوفاء ما عليه من دين لدائنه ، دون أن يجب عليه هذا ، حق له أن يسترد مادفعه طبقا لقواعد دفع غير المستحق . فهل يجوز له أن يتمسك بحقه فى الرهن الذى كان يضمن الدين الذى إنقضى بالمقاصة فى ضمان إسترداد غير المستحق ؟

قرر له المشرع هذا الحق إذا كان يجهل وجود حقه المضمون بالرهن . وفى هذا تنص المادة ٣٦٩ على أنه « إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق » (٢) .

---

(١) ويشترط لانقضاء الرهن أن يتم الوفاء من المدين ، أما إذا أوفى بالدين شخص آخر غير المدين وحل محله فيه فان الرهن لاينقضى بطبيعة الحال بل يظل ضامنا لحق الدائن الجديد . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣١٦ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢٢١ .

(٢) ونفس الحكم مقرر فى القانون الفرنسى راجع م ١٢٩٩ مدنى فرنسى ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ فقرة ١٢٢١ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ فقرة ١٣١٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٣ - التجديد :

يتم التجديد الإتفاقى إما بتغيير محل الدين أو الدائن أو المدين، مع وجود النية فى التجديد. ويترتب عليه إنقضاء الإلتزام الأصلى ونشأة إلتزام جديد يحل محله . والإلتزام الأصلى ينقضى وتنقضى معه التأمينات الضامنة له كالرهن ، فلا تنتقل التأمينات إلى الإلتزام الجديد. ومع ذلك فلا يعتبر هذا الحكم من النظام العام ،ويجوز الإتفاق عند التجديد على إنتقال التأمينات إلى الإلتزام الجديد .

وإذا كان التجديد بتغيير محل الإلتزام فيكفى أن يتفق الدائن والمدين على إنتقال الرهن إلى الإلتزام الجديد . وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فيكفى أن يتفق الدائن مع المدين الجديد على إنتقال الرهن إلى الإلتزام الجديد ، دون حاجة إلى موافقة المدين القديم على هذا ، لأن موافقته ليست شرطاً للتجديد فى ذاته . واذا كان التجديد بتغيير الدائن ، فإن الرهن ينتقل إلى الإلتزام الجديد بإتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد والمدين ، وإتفاق ثلاثتهم لازم لتمام التجديد .

ويشترط فى جميع الأحوال أن يتم الإتفاق على إنتقال الرهن إلى الإلتزام الجديد فى نفس الوقت الذى يتم فيه الإتفاق على التجديد . وكذلك يشترط أن يكون الإتفاق على إنتقال الرهن صريحاً . وقد نظمت هذه الأحكام المادة ٣٥٧ من القانون المدنى .

أما إذا كان الراهن شخصا غير المدين وهو الكفيل العينى ، فلابد من موافقته حتى ينتقل الرهن إلى الإلتزام الجديد (م ٣٥٨) . (١)

وإذا كان المشرع يشترط أن يكون الإتفاق على إنتقال الرهن إلى الإلتزام الجديد صريحاً، فانه يفترض هذا الإتفاق فى بعض الحالات ويقرر إنتقال الرهن إلى الإلتزام الجديد دون إتفاق كما هو الشأن بالنسبة لتجديد الإلتزام للقيد فى حساب جار. وفى هذا تنص المادة ٣٥٥/٢ على أنه «يتجدد الإلتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم

---

(١) راجع فى انتقال الرهن والتأمينات الأخرى الى الالتزام الجديد ، عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز، فقرة ١١٨٧ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

إقراره . على أنه إذا كان الإلتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » .

ورغم عدم وجود مثل هذا النص فى القانون الفرنسى ، إلا أن القضاء هناك يأخذ بنفس الحكم على أساس الإراده الضمنيه للمتعاقدين (١) .

٤ – الوفاء بمقابل :

لئن كان الرأى الراجح يرى أن الوفاء بمقابل تجديد للإلتزام بتغيير المحل ، ثم وفاء بالإلتزام الجديد . إلا أن المشرع قطع بأنه « . . . يسرى علية من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ماتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » (م ٣٥١) .

وعلى هذا الأساس فان الدين لاينقضى مع تأميناته بسبب التجديد ، ولكن بسبب الوفاء . فإذا لم يكن الوفاء مبرئا بأن استحق الشىء الموفى به ، فإن الدين لاينقضى ،ولاينقضى الرهن الضامن له (٢) .

وكانت هذه هى القاعدة المقررة فى القانون الفرنسى القديم ، من أن التأمنيات العينية لاتنقضى بالوفاء بمقابل إلا إذا كان مبرئا . ويرى جانب من الفقة فى فرنسا أن القانون الفرنسى لم يخرج على هذا الحكم القديم (٣) .

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٦٠

(٢) بودان وفواران . ج ١٣ ، فقرة ١٢٢٠ ؛ بلانيول و بيير وبيكيه . ج ١٣ ، فقرة ١٣١٤ ؛ أوبرى ورو ، ج ١٣ ، فقرة ٢٩٢ وهامش ٤ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ٩٢٩ ، ١٩٥٥ .

(٣) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٦٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثانى
انقضاء الرهن بصفة أصلية

٦٨ - انقضاء الرهن استقلالا عن الدين :

ينقضى الرهن بصفة أصلية حتى مع بقاء الدين المضمون بتطهير العقار ، أو بيعه بالمزاد العلنى . والتطهير وكذلك البيع بالمزاد يعطى كلاهما ثمنا مقابلا للعقار ، ولكن هذا الثمن قد لا يكفى لوفاء الديون جميعا . ولهذا قد تبقى بعض الديون دون وفاء ومع ذلك ينقضى كل رهن على العقار .

وقد درسنا من قبل تطهير العقار (١) . ويكفى أن نشير هنا إلى أن التطهير يظل صحيحا حتى ولو زالت ملكية الحائز الذى قام به . وهو ما تنص عليه المادة ١٠٨٣ بقولها « إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائيا ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار » .

والحكمة من هذا الحكم ظاهرة ، فللدائنين حق على قيمة العقار مرة واحدة ، فاذا حصلوا على هذه القيمة بمقتضى إجراءات التطهير ، فلا أهمية بعد ذلك لزوال ملكية الحائز ، ولا يحق الدائنين أن يدعوا بعد هذا حقا جديداً عل العقار لأنهم استنفدوا حقهم عليه بالحصول على قيمته (٢) .

أما بيع العقار بالمزاد العلنى فيترتب عليه إنقضاء كل رهن مقيد على العقار ، سواء تم البيع فى مواجهة المدين الراهن أو الحائز أو الحارس عند تخلية العقار . ويشترط لإنقضاء الرهن أن يقوم الراسى عليه المزاد بدفع الثمن الدائنين الذين تسمح مرتبتهم بهذا ، أو أن يودع الثمن خزانة المحكمة (م ١٠٨٤) (٣) .

---

(١) راجع فقرة ٥١ ومابعدها من هذا الكتاب .

(٢) ويمكن تسمية هذا الحكم بمبدأ الأثر النهائى للتطهير ، راجع مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٣٧ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٤ .

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٨٩ ومابعدها ؛ أحمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ ، فقرة ٧٩٣ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص على أسباب أخرى لإنقضاء الرهن بصفة أصلية وقد حذفت النصوص الخاصة بها إكتفاء فى شأنها بالقواعد العامة . وهذه الأسباب هى :

١ – تنازل الدائن المرتهن :

كان المشروع التمهيدى ينص فى المادة ١٠٥٧ على أنه « يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمى صراحة أو ضمنا وفى كل حال لايجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن إذا لم تتوافر فيه الأهلية فى إبراء ذمة المدين من الدين » .

وهذا الحكم يمكن الأخذ به دون حاجة إلى نص بالرجوع إلى القواعد العامة فى حق الشخص فى التنازل عن حقوقه (١) .

والنزول عن الحق قد يكون صريحا أوضمنيا ويعتبر نزولا ضمنيا عن الرهن أن يتفاوض الدائن المرتهن مع جماعة الدائنين فى التفليسة على شروط الصلح مع المدين ، لأن المفروض أن الدائن المرتهن يحتج بحقه على جماعة الدائنين ولايدخل معهم فى التصفية .

ويشترط فى القانون الفرنسى أن يؤدى هذا التفاوض إلى إتمام الصلح فعلا مع المدين والتصديق عليه (٢) . أما حسب المادة ٣١٨ من القانون التجارى المصرى فلا يشترط هذا الشرط . والنزول عن الرهن تصرف رضائى لاضرورة لإفراغه فى شكل رسمى (٣) . وهو تصرف من جانب واحد هو جانب الدائن المرتهن

---

(١) P Raynaud, La renonciation à un droit, rev. trim. dr civ. 1936, P 793 ct s.

(٢) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٩٢ وهامش ١٧ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢٢٦ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣٢٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٨٥٠ ، ١٣٢٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صاحب الحق ولايشترط لصحته قبول المدين الراهن (١) .

ومع ذلك يلزم لمحو القيد أن يتم النزول فى ورقة رسمية ، أو فى حكم من القضاء (م ٤٥ من قانون الشهر العقارى) .

ويعتبر النزول عن الرهن تبرعاً ولهذا يجب أن تتوافر فى الدائن أهلية التبرع (٢) .

٢ ـ اتحاد الذمة :

كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص فى المادة ١٥٠٩ على أنه : «١ـ ينقضى الرهن إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ، أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حقه الرهن الرسمى . ٢ ـ ويعود الرهن الرسمى إذا زال سبب انتقال الحق وكان لزوالة أثر رجعى » .

وهذا الحكم أيضا ينبغى العمل به رغم حذف النص المقرر له من القانون المدنى . لأن إتحاد الذمة كما هو سبب لانقضاء الحقوق الشخصية ، أو مانع من موانع المطالبة بها ، فهو كذلك بالنسبة للحقوق العينية يؤدى نفس الدور .

وعلى هذا إذا إنتقلت ملكية العقار المرهون إلى المرتهن ، أو إنتقل حق الرهن إلى المالك للعقار المرهون ، فإن الرهن ينقضى بسبب إتحاد الذمة . لأنه لا فائدة لأن يكون للشخص رهناً على ما يملكه ، إلا إذا وجد مرتهنون آخرون ، كما لو انتقلت ملكية العقار المرهون إلى أحد الدائنين المرتهنين للعقار فإن هذا لا يؤدى إلى انقضاء حقوق الرهن المقررة للدائنين الآخرين طالما إستوفت شروط نفاذها فى مواجهة الحائز . وكذلك لا ينقضى حق الحائز وهو المالك

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٨٧ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٩٢ وهامش ١٩ ؛ وبودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢٢٦ .

ومع ذلك فهو قد يتم باتفاق بين الطرفين .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٨٧ ؛ منصور مصطفى منصور ؛ ص ١٦٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الجديد فى الرهن لأن مصلحته أن يحتفظ برهنه وأن يجدد قيده خاصة إذا كان متقدماً فى المرتبه على الدائنين الآخرين (١) .

ولكن إذا لم يوجد على العقار سوى حق رهن واحد وإنتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن فإن الرهن ينقضى باتحاد الذمة . وإذا زال السبب الذى أدى لإتحاد الذمة كفسخ البيع الذى ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون ؛ وهو يزول فى هذه الحالة بأثر رجعى ، عاد الرهن من جديد (٢) . وهذ الحكم يؤخذ به سواء إعتبرنا إتحاد الذمة من أسباب إنقضاء الحق أو مانع فقط من مباشرته (٣) .

٣ - هلاك العقار المرهون :

إذا هلك العقار المرهون إنقضى الرهن لاستحالة محله . وقد رأينا أنه حسب نص المادة ١٠٤٨ يترتب على هلاك العقار المرهون سقوط أجل الدين أو تقديم تأمين جديد للدائن ، ويكون الخيار بين الأمرين إما للدائن أو للمدين بحسب ما إذا كان الهلاك بخطأ المدين أو دون خطئه .

ورأينا أيضاً أنه بمقتضى نص المادة ١٠٤٩ إذا هلك العقار المرهون وحل محله شىء آخر كمبلغ تأمين أو تعويض أو ثمن نزع الملكية للمنفعة العامة إنتقل حق الدائن إلى ما حل محل العقار (٤) .

وإذا كان ما حل محل العقار المرهون مبلغاً من النقود وهو الغالب من الأمر

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣٤٥ ؛ أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٣٨ ، فقرة ٥٦٨ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٣٩٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٦ .

(٣) يقال أن اتحاد الذمه يشل الدين ولكنه لا يقضى عليه .

« C'est plutôt une cause de paralysie du droit ».

راجع أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٣٨ ، فقرة ٥٦٩ .

(٤) راجع فقرة ٣١ من هذا الكتاب .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فإن الرهن لا يستمر رهناً رسمياً ، فهو لا يرد إلا على عقار ، ولكنه يعتبر رهناً لدين (١) .

٤ – الرهن لا ينقضى بالتقادم :

لا شك أن الرهن لا ينقضى بالتقادم إذا استمر العقار فى يد الراهن ، سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى (٢) .

أما إذا إنتقل العقار إلى حائز فهل يجوز فى هذه الحالة أن يسقط الرهن بالتقادم المبرىء إذا لم يتمسك به الدائن المرتهن فى مواجهة الحائز خلال مدة معينة ؟ هذا هو الحكم المقرر فى القانون الفرنسى (٣) .

والحكمة من تقريره أنه عند وضع القانون المدنى الفرنسى لم يكن نظام الشهر قد نظم بدرجة كافية ، وكان هناك ما يعرف بالرهون الخفية التى يفاجأ بها من يتعامل على العقار دون أن يعلم بها . لذلك كان من العدل إعطاء الحائز الحق فى أن يتمسك بسقوط الرهن بالتقادم بعد مدة معينة ، إذا لم يحتج الدائن المرتهن فى مواجهته بحقه فى الرهن ، ولا يعتبر قاطعاً للتقادم قيام الدائن بتجديد القيد، ولكن يعتبر كذلك قيام الدائن المرتهن بإنذار الحائز . ولكن الفقه الفرنسى ينتقد الآن الإبقاء على هذا النظام خاصة بعد تنظيم شهر الحقوق على العقارات تنظيما دقيقاً بمقتضى قانون عام ١٩٥٥ (٤) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٧ ؛ وراجع فى أثر هلاك العقار المرهون على الرهن، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣٤١ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢٢٨ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٩١٨ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٥٦ ، ١٩٦٢ .

(٢) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ص ٩٣٦ ، فقرة ٥٢٩، ٥٣١.

(٣) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٩٣ — ١ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣٢٦ ، بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢٣٥ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٩٢٦ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٥٧ .

(٤) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٧٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكان المشروع التمهيدى يقرر نفس الحكم المقرر فى القانون الفرنسى ، وهو ما أخذت به بعض المحاكم فى ظل القانون القديم أيضاً (١) . فنص فى المادة ١٥١٠ على أنه « ١ — لا ينقضى الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون. ٢ — ومع ذلك ، إذا انتقل العقار المرهون الى حائز ، فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه فى خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى . وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو بالتخلية » .

وهذا الحكم لا ينبغى الأخذ به دون نص ، لأن هذا التقادم ظالم للدائن المرتهن ، الذى لا يطلب منه أن يتحرى دائماً عن إنتقال ملكية العقار المرهون الى شخص آخر . أما الحائز فهو عليه واجب التحرى عن الحقوق المثقله للعقار، ولهذا يحتج فى مواجهته بالرهن طالما أن الدائن المرتهن يقوم بتجديد قيده ، ويكفى هذا من الدائن حتى يبقى له حقه ، لا فرق أن يكون العقار لازال فى ملكية الراهن أو انتقل الى ملكية شخص آخر (٢) .

---

(١) ولكن الاتجاة الراجح فى القضاء كان يقض بعدم انقضاء الرهن بالتقادم ، أنظر فى اتجاهات القضاء ، سليمان مرقس ، فقرة ١٩٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٩٢ ، سليمان مرقس ، فقرة ١٩٣ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٣٧٦ ؛ محمد على أمام ، فقرة ٢٩٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فإن الرهن لا يستمر رهناً رسمياً ، فهو لا يرد إلا على عقار ، ولكنه يعتبر رهناً لدين (١) .

٤ – الرهن لا ينقضى بالتقادم :

لا شك أن الرهن لا ينقضى بالتقادم إذا استمر العقار فى يد الراهن ، سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى (٢) .

أما إذا إنتقل العقار إلى حائز فهل يجوز فى هذه الحالة أن يسقط الرهن بالتقادم المبرىء إذا لم يتمسك به الدائن المرتهن فى مواجهة الحائز خلال مدة معينة ؟ هذا هو الحكم المقرر فى القانون الفرنسى (٣) .

والحكمة من تقريره أنه عند وضع القانون المدنى الفرنسى لم يكن نظام الشهر قد نظم بدرجة كافية ، وكان هناك ما يعرف بالرهون الخفية التى يفاجأ بها من يتعامل على العقار دون أن يعلم بها . لذلك كان من العدل إعطاء الحائز الحق فى أن يتمسك بسقوط الرهن بالتقادم بعد مدة معينة ، إذا لم يحتج الدائن المرتهن فى مواجهته بحقه فى الرهن ، ولا يعتبر قاطعاً للتقادم قيام الدائن بتجديد القيد، ولكن يعتبر كذلك قيام الدائن المرتهن بإنذار الحائز . ولكن الفقه الفرنسى ينتقد الآن الإبقاء على هذا النظام خاصة بعد تنظيم شهر الحقوق على العقارات تنظيما دقيقاً بمقتضى قانون عام ١٩٥٥ (٤) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٧؛ وراجع فى أثر هلاك العقار المرهون على الرهن، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣٤١ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢٢٨؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٩١٨ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٥٦ ، ١٩٦٢ .

(٢) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ص ٩٣٦ ، فقرة ٥٢٩، ٥٣١.

(٣) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٩٣ — ١ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٣٢٦ ، بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ١٢٣٥ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٩٢٦ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٩٥٧ .

(٤) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٧٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكان المشروع التمهيدى يقرر نفس الحكم المقرر فى القانون الفرنسى ، وهو ما أخذت به بعض المحاكم فى ظل القانون القديم أيضاً (١) . فنص فى المادة ١٥١٠ على أنه « ١ — لا ينقضى الرهن الرسمى بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون. ٢ — ومع ذلك ، إذا انتقل العقار المرهون الى حائز ، فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه فى خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى . وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو بالتخلية » .

وهذا الحكم لا ينبغى الأخذ به دون نص ، لأن هذا التقادم ظالم للدائن المرتهن ، الذى لا يطلب منه أن يتحرى دائماً عن إنتقال ملكية العقار المرهون الى شخص آخر . أما الحائز فهو عليه واجب التحرى عن الحقوق المثقله للعقار، ولهذا يحتج فى مواجهته بالرهن طالما أن الدائن المرتهن يقوم بتجديد قيده ، ويكفى هذا من الدائن حتى يبقى له حقه ، لا فرق أن يكون العقار لازال فى ملكية الراهن أو انتقل الى ملكية شخص آخر (٢) .

---

(١) ولكن الاتجاة الراجح فى القضاء كان يقض بعدم انقضاء الرهن بالتقادم ، أنظر فى اتجاهات القضاء ، سليمان مرقس ، فقرة ١٩٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ١٦٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٩٢ ، سليمان مرقس ، فقرة ١٩٣ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٣٧٦ ؛ محمد على أمام ، فقرة ٢٩٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية





مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الثاني

حق الاختصاص

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الثانى

حق الاختصاص

٦٩ - تعريف الاختصاص :

إذا كانت التأمينات العينية جميعها تتفق فى فكرتها الجوهرية وهى الخروج على قاعدة المساواة بين الدائنين باعطاء صاحب التأمين العينى أولوية على مال مملوك للمدين أو لغيره ، ولاتختلف بعدذلك إلا فى طريقة الصياغة القانونية المؤدية إلى هذه النتيجة . فإن حق الاختصاص مثل رائع على وحدة الفكرة بين نظم التأمينات المختلفة. فهو لايكاد يختلف عن الرهن الرسمى شيئا إلا فى مصدر الحق. فبينما مصدر الحق فى الرهن الرسمى هو العقد ، فان مصدر الحق فى الاختصاص هو أمر القاضى . فإذا نشأ الحق فعلا لم يعد هناك فارق يذكر بين الرهن والاختصاص، بحيث يمكن أن نعطى للاختصاص نفس تعريف الرهن الرسمى ،وهو أنه حق عينى تبعى يتقرر للدائن على عقار مملوك لمدينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى إستيفاء حقه من ثمن هذا العقار فى أى يد يكون .

ولهذا فإن دراسة حق الاختصاص ستقتصر على دراسة مصدر الحق فقط وهو أمر القاضى ، أما أحكام الحق فيحال بشأنها إلى أحكام الرهن الرسمى . وهذا مافعله المشرع عند تعرضه لهذا الحق . فلم يخصص لأحكامه سوى مادة واحدة هى المادة ١٠٩٥ التى يحيل فيها إلى أحكام الرهن الرسمى ، وهى تقرر أن « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص مايسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة مايتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه . وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » .

والاختصاص يتميز عن الرهن الرسمى وعن بقية التأمينات العينية الأخرى

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بمصدرة . فهو لاينشأ بمقتضى عقد كالرهن الرسمى أو الرهن الحيازى . ولاينشأ بنص القانون كالامتياز ، ولكنه ينشأ بأمر القاضى .

وهو بهذا يثير مشكلة دور القاضى فى إنشاء الحقوق . والفكرة السائدة فى هذا الشأن أن القاضى لاينشىء الحقوق ولكنه يقررها فقط ، وقد دعا هذا البعض إلى المطالبة بالغاء النصوص المقررة لحق الاختصاص فى مشروع القانون المدنى وذلك عند مناقشة المشروع فى مجلس الشيوخ ، وذلك حتى يكون « مرجع الأولوية إلى الإتفاق أو القانون » ، أما الاختصاص فهو « حق من الحقوق التى لاأساس لها » (١) .

وهذا الاتجاه ينكر أن يكون أمر القاضى أساسا لنشأة حق من الحقوق . ولكن الصحيح أن القاضى فى حدود معينه ينشىء الحقوق الشخصية (٢) والحقوق العينية أيضا . وحق الاختصاص مثل على حق عينى ينشأ بأمر من القاضى . ومع ذلك فالمناقشة لازالت جائزة فى ملائمة تقرير هذا الحق لافى إمكان تقريره .

٧٠ - تقدير نظام الاختصاص :

والاختصاص فى القانون المصرى يشبه الرهن القضائى فى القانون الفرنسى، ومع ذلك فهو يختلف عنه فى وجوه عديدة . فالرهن القضائى يلحق الحكم فى القانون الفرنسى دون حاجة الى طلب صاحب المصلحة أو نص الحكم، فهو يتقرر بحكم القانون ولذلك فهو أقرب أن يكون تأمينا قانونيا وليس قضائيا (٣) . وهو يرد على كل عقارات المدين فهو رهن عام لايراعى فيه مبدأ التخصيص ، وهو يلحق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٧ ، ص ١٥٨ .

(٢) أنظر فى اعتبار حكم القاضى مصدرا للالتزام رسالتنا للدكتوراه :
Samir Tanagho, De l'obligation judiciaire, thèse, Paris, 1964, L. G. D. J. 1965.

(٣) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٥ — ١٣ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٥٨ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ فقرة ١٧٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عقارات المدين المستقبلة أيضا . ولكن يراعى فيه مبدأ التخصيص من حيث الدين المضمون فقط (١) .

وقد تعرض نظام الرهن القضائى فى فرنسا لانتقادات شديدة ووضعت مشروعات عديدة لإلغائه أو استبداله بنظام الاعسار للمدين غير التاجر (٢) .

أما المشرع المصرى فقد أدخل نظام الإعسار حماية للدائنين العاديين ، وأبقى على نظام الاختصاص مع تخليصه من الانتقادات التى وجهت إليه ، وهو يحقق مصلحة الدائن العادى والمدين أيضا ، وهو يستكمل بهذا فائدة نظام الإعسار (٣).

وأهم ماوجه من نقد إلى نظام الاختصاص أنه يعطى الدائن الذى بيده حكم واجب النفاذ ،الحق فى الحصول على تأمين عينى على مال من أموال مدينة مفضلا على غيره من الدائنين ، وفى هذا تشجيع للدائن أن يبادر إلى مقاضاة مدينه والحصول على حكم فى مواجهته مع مافى هذا من تشدد فى العلاقات المدنيه . كما أن حصول الدائن فعلا على حكم لايتوقف على وقت استحقاق حقه وإنما على إعتبارات التقاضى واجراءته ولذلك فقد يحصل دائن استحق دينه أخيراً على حكم قبل أن يحصل دائن استحق دينه أولا (٤) .

والرد على هذا أن المشرع اشترط أن يكون الدائن حسن النية فاذا تحقق هذا وأبدى الدائن يقظة فى المطالبة بحقه فهوجدير بالتشجيع . وإذا حصل الدائن

---

(١) المادة ٢/٢١٢٣ من القانون المدنى الفرنسى. راجع ، أنسيكلوبيدى دالوز، ج٢، ص ٩٦٢ ، فقرة ٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٦٢ .

(٣) هناك اتجاه قوى فى الفقه الفرنسى يميل إلى الاعتقاد بأن نظام الاعسار المدنى قد يغنى عن نظام الرهن القضائى . راجع بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٦٠ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٧١٢ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٤١ .

ومع ذلك فان نظام الاعسار المدنى الذى يؤدى إلى حماية الضمان العام للدائنين ، لايغنى عن ضمان خاص لأحدهم.

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٥٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فعلا على حكم واجب النفاذ أيا كان وقت استحقاق حقه بالنسبة لغيره ، فهو يستطيع التنفيذ ونزع ملكية المدين . فلا يكون كثيرا أن يحصل على تأمين يضمن له التنفيذ إذا أرجأ القيام به وقد يكون فى ذلك مصلحة للمدين (١) .

وقد أنتقد هذا النظام من ناحية عكسية على أساس أنه لايحقق فائدة تذكر للدائن . لأن الدائن الذى بيده حكم واجب النفاذ يستطيع أن يشرع فى التنفيذ بالتنبيه على المدين بالوفاء وتسجيل هذا التنبيه فلا تنفذ تصرفات المدين بعد ذلك فى حقه ، ونظام الاختصاص لايعطية شيئا أكثر من هذا (٢) .

وهذا الرأى صحيح فى أن الاختصاص لايعطى للدائن أكثر مما يستطيع الحصول عليه بالشروع فى التنفيذ ، ولكن فائدة النظام تبقى فى إقناع الدائن بعدم الشروع فى التنفيذ والاكتفاء بالحصول على تأمين خاص يكفل له نتيجة التنفيذ إذا أرجأه لوقت لاحق . وكما تقرر المذكرة الايضاحية أن « من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه (٣) » .

ونظام الاختصاص كما وضعه المشرع المصرى يكاد يخلو من العيب . فهو لايعطى للدائن أكثر من حقه بالنسبة لغيره من الدائنين . لأنه يشترط فى الدائن الذى يحصل على الحق فى الاختصاص أن يكون حسن النية وأن يكون بيده حكم واجب النفاذ ، وكذلك يمتنع تقرير الاختصاص بعد وفاة المدين أو بعد إعساره (٤) .

---

(١) جاء فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى على لسان الدكتور عبد الرزاق السنهورى أنه « يخشى أن يؤدى الغاء حق الاختصاص إلى مسارعة الدائن إلى التنفيذ على أموال مدينه » ، (ج ٧ ، ١٥٩) .

(٢) سليمان مرقس ، فقرة ٢٠٢ .

(٣) المذكرة الايضاحيه ، ج ٧ ، ص ١٦٠ .

(٤) وكذلك فإن المشرع تلافى مافى نظام الرهن القضائي الموجود فى القانون الفرنسى من عيوب ، وهى ورود الرهن القضائى على كل أموال المدين الحاضره والمستقبله دون تخصيص ، وكذلك وقوعه بقوة القانون ودون حاجه إلى اشتراط النص عليه فى الحكم . راجع شمس الدين الوكيل ، ص ٣٩٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومثل هـذا الدائن يستطيع أن ينفذ فى الحال على عقارات المدين ، وأن يمنع نفاذ تصرفات المدين فى مواجهته مستقبلا ، فلا يكون زائداً عن حقه أن يحصل على تأمين خاص .

وهو يحقق مصلحة أكيدة للمدين فى ترغيب الدائن فى إرجاء التنفيذ بمقتضى الحكم . فكأنه يعطى للمدين ائتماناً جديداً حتى بعد صدور الحكم عليه فعلا بالنفاذ، وهذا على خلاف من يقول أن الاختصاص لا علاقة له بفكرة الإئتمان (١) .

وبالنسبة للدائن فهو يغنيه بصفة مؤقتة عن إتخاذ إجراءات التنفيذ وما فيها من جهد ، لعل المدين يوفيه حقه بدونها . إلا أنه لا يفقد حقه أبداً فى التنفيذ إذا رغب فى هذا .

ولذلك يبدو لنا أن نظام الاختصاص يمكن تلخيص فكرته فى أنه حصول المدين على إئتمان جديد فى فترة حرجة أصبح التنفيذ فيها على ماله موشكا ، وهو فى نفس الوقت حصول للدائن على تأمين خاص . كل هذا يتقرر بأمر القاضى .

وسنتناول فيما يلى الشروط الموضوعية للحصول على الأمر بالاختصاص ثم الاجراءات الشكلية التى تتبع فى هذا ثم كيفية التظلم منه وإنقاصه .

٧١ – الشروط الموضوعية للحصول على هو الاختصاص :

تنص المادة ١٠٨٥ على أنه :

« (١) يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشىء معين أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينة ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . »

« (٢) ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة . »

---

(١) محمد حسن العشماوى ، الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٧ ، ص ١٥٨ . وهـذا الرأى لايصح إلا إذا كانت فكرة الائتمان مرتبطه ضروره بوجود اتفاق ارادى ، وهو أمر مشكوك فيه . راجع ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٥٩ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٩٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وطبقاً لهذا النص يشترط فى طالب الحق أن يكون دائناً بيده حكم واجب التنفيذ ، وأن يكون الحكم ملزماً للمدين بشئ معين وأن يكون الدائن حسن النية . والاختصاص يوقع على عقار أو عقارات مملوكة للمدين ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات .

١ — دائن بيده حكم :

حق الاختصاص كغيره من التأمينات العينية الأخرى لا ينشأ مستقلا، ولكنه يتقرر ضماناً لحق شخصى ، ويظل تابعاً له فى نشأته وإنقضائه .

ومع ذلك لا يكفى أن يكون طالب الاختصاص صاحب حق شخصى ، بل ينبغى أن يكون هذا الحق قد تقرر بحكم من القضاء .

فإذا كان حق الدائن مقرراً بسند رسمى، فلا يعتبر هذا حكماً من القضاء يخول له طلب الاختصاص (١) .

ولا يعتبر حكماً فى ضوء النصوص المنظمة لحق الاختصاص ، الحكم بصحة التوقيع أو الحكم الصادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية (٢) ، «وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الدين بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم (٣)» .

أما الحكم الذى يثبت صلحاً أو اتفاقا تم بين الخصوم «فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى ، ولذلك كان الحق فى أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر ، فقطع

---

(١) ولكن السند الرسمى للدين يصلح بطبيعة الحال أساسا لاستصدار حكم واجب النفاذ ثم الحصول بعد ذلك على اختصاص بمقتضاه .

(٢) حتى عام ١٩٥٤ كان القانون الفرنسى يسمح بتقرير الرهن القضائى بناء على الحكم بصحة التوقيع أو الحكم الصادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية وكان الفقه فى مجموعة ينتقد هذا الوضع . راجع ، بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٧٨٤ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٩٤ ؛ جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٧٠٩ .

وقد صدر مرسوم فى ٤ يناير ١٩٥٥ بالغاء الرهن القضائى المقرر بحكم بصحة التوقيع أو صادر فى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، راجع ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ٣٠٢ .

(٣) المذكرة الايضاحية ، ج ٢ ، ص ١٦٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المشروع الشك فى هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه مجارياً فى ذلك القضاء المصرى (١) » .

وهذا ما قرره المشرع فى المادة ١٠٨٧ « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع . »

أما الحكم الصادر من محكمه أجنبية فهو يعتبر حكماً ويجب تنفيذه إذا توافرت شروط معينة ووضعت عليه الصيغة التنفيذية. وكذلك القرار الصادر من محكمين يعتبر حكماً إذا وضعت عليه الصيغة التنفيذية . ولذلك يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على أى واحد منهما . وهذا ما قررته المادة ١٠٨٦ ونصها « لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمه أجنبية ، أو على قرار صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ (٢) . »

وإذا كانت صياغة النص تجعل الحصول على إختصاص مرهون بكون الحكم الأجنبى أو قرار المحكمين واجب التنفيذ ، فهذا شرط أيضاً للحصول على اختصاص بناء على حكم عادى صادر من المحاكم الوطنية . ولهذا كان من الممكن صياغة هذا النص فى أسلوب بسيط غير معلق على شرط .

ب — ويجب أن يكون الحكم صادراً فى موضوع الدعوى ملزماً المدين بشىء:

هذا الشرط مستمد من طبيعة حق الاختصاص باعتباره تأميناً عينياً يضمن الوفاء بالتزام . فلا بد أن يكون من شأن الحكم إلزام شخص فى مواجهة شخص آخر ، أما إذا لم يقرر الحكم حقاً شخصياً لأحد الأطراف قبل الطرف الآخر فلا يكون هناك معنى لتقرير تأمين عينى .

ولا أهمية لنوع الالتزام الذى يقضى به الحكم فقد يكون التزاماً باعطاء أو بعمل

---

(١) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ١٦٣ .

(٢) أنظر فى تنفيذ الأحكام الأجنبية ، منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ، ص ٣٨٦ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أو الامتناع عن عمل . وفى الحالتين الأخيرتين فإن الاختصاص يضمن التعويض عن الإخلال بالإلتزام (١) .

ولذلك لا يتقرر الاختصاص بناء على حكم صادر فى الموضوع برفض الدعوى ، فهذا الحكم لا يقرر التزاماً .

ولا يتقرر الاختصاص بناء على حكم صادر قبل الفصل فى الموضوع كالأحكام التحضيرية والتمهيدية ، التى تقرر ندب خبير أو تعيين حارس أو الإحاله على التحقيق (٢) .

أما الحكم بتقديم حساب فيصلح أساساً لتقرير إختصاص وذلك ضماناللتعويض عن الاخلال بالالتزام بتقديم الحساب . ولكن الاختصاص لايضمن نتيجة الحساب . وكان النص الوارد فى المشروع المقابل لنص المادة ١٠٨٧ يقرر فى فقرته الثانية أن « حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ هذا الحكم ، ولايضمن ماعسى أن يظهر فى ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب ». والرأى الذى جاء فى المشروع كان يرجح أحد الرأيين اللذين تنازعا المسألة فى فرنسا ومبناه أن الالتزام بتقديم حساب غير الالتزام بدفع رصيد الحساب ، وهذا الالتزام الأخير لابد فى تنفيذه من صدور حكم خاص به فلا يتقرر إختصاص لضمانه استناداً على الحكم الأول (٣) .

وقد قررت لجنه مجلس الشيوخ حذف هذه الفقرة وترك الأمر فيها إلى كل

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٤١٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٨٤ .

(٣) من أنصار القول بأن الحكم بتقديم حساب يقرر رهنا يضمن نتيجة الحساب ، أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٥ وهامش ٢٠ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٢٤ ؛ يودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٧٥٢ .

أما أنصار القول بأن الرهن فى هذه الحالة يضمن فقط التعويض الذى يحكم به لعدم تنفيذ الالتزام بتقديم الحساب ، ولكنه لايضمن نتيجة الحساب فى حالة تقديمه ، بودرى ولاكنتيرى ، ج ٢ ، فقرة ١٢٢٢ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٨١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حالة على حدة . والرأى السائد فى الفقه المصرى هو ما كانت تقرره هذه الفقرة المحذوفة (١) .

(م) ويجب أن يكون الدائن حسن النية :

وتعطى المذكرة الإيضاحية مثلا على سوء نية الدائن فى حالة ما إذا « باع المدين عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعة ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فان هذا الحق لا ينفذ فى حق المشترى(٢) » .

ويبدو لنا فى هذا المثل توسعا فى حالات سوء نيه الدائن ، وكان هذا يتفق مع القانون المدنى القديم حيث لم يكن يشترط أن يكون الحكم واجب التنفيذ ، أما فى ظل القانون الحالى وحيث يشترط أن يكون الحكم واجب التنفيذ ، فلا يكون لحسن النية معنى أكثر من معناه بالنسبة للدائن الذى يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ، وهو انتفاء الغش من جانبه (٣) .

أما إذا كان يعلم أن العقار المملوك للمدين قد بيع من قبل بعقد غير مسجل فلا يمنعه هذا من التنفيذ عليه ويعتبر تسجيل تنبيه نزع الملكية مانعا لاحتجاج المشترى بالبيع بعد ذلك ، ولا يمنعه ذلك بالتالى من الحصول على اختصاص على العقار ، والاختصاص أقل من نزع الملكية . ولذلك فيكون المقصود بحسن النية هو عدم صدور غش من الدائن على أساس أن الغش يفسد كل شىء (٤) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٤١٥ ؛ المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ١٦٣ .

(٢) نقض ٢١ مايو ١٩٣٦ ، ملحق مجلة القانون والاقتصاد ، ٦ ، ص ٣١ ، المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ١٦٤ .

(٣) وحسن النيه مفترض حتى يثبت العكس ، شمس الدين الوكيل ، ص ٤٠٥ .

(٤) ويلاحظ أن المذكرة الايضاحية تعتمد على حكم النقض فى تحديد معنى سوء النية ، لأن نصوص مشروع القانون المدنى نفسه كانت تبقى على الحكم المقرر فى القانون المدنى القديم من جواز توقيع الاختصاص « سواء كان الحكم حضوريا أو غيابيا ابتدائيا أو نهائيا » =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(د) ويجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ :

والحكم واجب التنفيذ هو الذى يكون حائزا قوة الشيء المحكوم به غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية وهى الاستئناف أو المعارضة . أو أن يكون قابلا الطعن فيه ولكنه مع ذلك مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون أو بحكم المحكمة . فإذا لم يكن حائزاً قوة الشيء المحكوم به وغير مشمول بالنفاذ المعجل ، فلابد من انتظار إنقضاء مدة الطعن بالمعارضة أو الاستئناف وثبوت عدم الطعن فيه فعلا ، أو حدوث طعن وصدور الحكم برفضه مع تقديم مايثبت ذلك عند طلب الأمر بالاختصاص (٢) .

واشتراط أن يكون الحكم واجب التنفيذ لم يكن وارداً فى القانون المدنى القديم أو فى مشروع القانون المدنى الجديد فى مادته ١٥١١ وهى المادة المقابلة للمادة ١٠٨٥ من القانون . وقد أضيف هذا الشرط فى مجلس الشيوخ .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية أن « اللجنة أضافت عبارة « واجب التنفيذ » بعد كلمة « حكم » فى الفقرة الأولى من هذه المادة حتى تقصر حق الاختصاص على الدائن الذى يكون بيده حكم قابل للتنفيذ وبهذا لايكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذى يملك التنفيذ ، ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين ، لأن من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص على حقه (٣) » .

وكان النص فى المشروع يقرر أنه « سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً

= (م ١٥١١ من المشروع) ولكن بعد أن تعدل هذا الحكم وأصبح لابد من الحصول على حكم واجب النفاذ حتى يمكن توقيع الاختصاص ، فأنه يبطل بعد ذلك الاستشهاد ، بحكم النقض الذى صدر فى ظل القانون المدنى القديم .

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٤٠٩ ومابعدها ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٥ .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ١٦٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ابتدائيا أو نهائيا » . وكان طبيعيا أن تحذف هذه العبارة أيضا لمنع التناقض ، وليس فقط لمنع التزيد كما تقول المذكرة الإيضاحية .

واشتراط أن يكون الحكم واجب التنفيذ قد أدخل تعديلا كبيراً على نظام الاختصاص من شأنه أن يغير من الغاية منه فبعد هذا التعديل تنتفى تماما كل الانتقادات التى كانت توجه إلى هذا النظام على أساسى مافيه من تفضيل دائن على غيره من الدائنين لمجرد أنه حصل على حكم . فان الدائن الذى يحق له طلب الاختصاص لم يحصل فقط على حكم ولكنه يستطيع التنفيذ فى الحال ونزع ملكية العقار فيكون مقبولا أن يحصل على اختصاص على عقار المدين أو عقاراته .

ولكن بعد هذا التعديل ظهرت انتقادات أخرى عكس الانتقادات الأولى تماما وخلاصتها أن الدائن الذى بيده حكم واجب التنفيذ فى غير حاجة إلى توقيع الاختصاص لأنه يصل إلى نفس النتيجة بمجرد تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار فيمنع بذلك نفاذ أية تصرفات فى مواجهته فى المستقبل ، والاختصاص لايعطيه أكثر من هذا فالاختصاص أصبح بذلك عديم الفائدة للدائن (١) .

والرد على هذا النقد هو أن الاختصاص لم يكن القصد منه تحقيق فائدة محضة للدائن الذى يحصل على حكم ، والا صحت الانتقادات الأولى ، ولكن الغرض الأساسى منه هو تحقيق مصلحة المدين المحكوم عليه بتأخير التنفيذ على ماله وذلك بما يرضى الدائن أيضا عن طريق إعطائه تأمينا خاصاً . فلا الاختصاص مصلحة محضه للدائن ولا هو عديم الفائدة له . ولكنه إئتمان جديد للمدين فى مرحلة حرجة تسبق التنفيذ مباشرة ، وتأمين خاص للدائن يضمن له التنفيذ مستقبلا (٢) .

(٥) ويجب ألا يتأخر توقيع الاختصاص إلى مابعد اعسار المدين أو وفاته:

١ — نظام الإعسار قريب الشبه من نظام الإختصاص ، فهو اختصاص لمصلحة

---

(١) سليمان مرقس ، فقرة ٢٠٢ .

(٢) أنظر فى تأييد اشتراط أن يكون الحكم واجب النفاذ ، شمس الدين الوكيل ، ص ٤١١ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

جميع الدائنين على كل أموال المدين ؛ فأهم آثاره هو منع نفاذ أى تصرف أو وفاء يقوم به المدين بعد توقيعه فى حق الدائنين الذين ثبتت حقوقهم قبل ذلك ؛ والاختصاص لايعطى للدائن الذى يتقرر لمصلحته حقوقا تزيد على هذا كثيراً بالنسبه للعقار الذى يرد عليه .

ولهذا كان من رأى البعض فى فرنسا حيث توجه إنتقادات شديدة لنظام الرهن القضائى ، أن يستبدل هـذا النظام بنظام الإعسار المدنى الذى لايعرفه القانون الفرنسى حتى الآن (١) .

أما المشرع المصرى فإنه أقام النظامين معاً ، نظام الاختصاص ، ونظام الاعسار المدنى وهو اختصاص على نطاق واسع .

ولهذا كان طبيعيا أو يوفق بين تطبيق النظامين معـاً . فقدر أنه بمجرد الحكم بالاعسار فإن إختصاصا قد نشأ لمصلحة جميع الدائنين الذين ثبتت حقوقهم فى ذلك الوقت ،على جميع أموال المدين . فلا يجوز لدائن منهم ولو كان قد حصل على حكم واجب التنفيذ أن يتمسك لنفسه باختصاص فردى يتقدم به على الآخرين.

وكل مايستطيعه هـذا الدائن هـو أن يشرع فى التنفيذ فعلا على أن يشاركه بقية الدائنين فى ثمرته لأن ديونهم جميعا قد حلت بمجرد الحـكم بالاعسار ، ولهذا فان حقه فى التنفيذ لن يؤدى إلى تقدمه على أى دائن آخر وبالتالى لايجوز أن يعطيه هذا الحق أن يحتج باختصاص فردى يتقدم به على الدائنين بطريقة أخرى .

وآثار الحكم بالاعسار تترتب من وقت تسجيل صحيفة الدعوى (٢) .

وقد قرر المشرع هذا الحكم فى المادة ٢/٢٥٦ التى تنص « على أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين الذين تكون لهم حقوق سابقه على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . »

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ،ج ١٢ ، فقرة ٥٦٠ ؛جوسران ج ، ٢ ، فقرة ١٧١٢؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٧٤١ ؛ أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٦٢ ، فقرة ٧.

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٤١٨ ؛ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ٧١٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ على هذا النص أنه لايمنع توقيع اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، ولكنه يمنع نفاذ الاختصاص فى حق الدائنين الآخرين المستفيدين من الاختصاص العام وهو الاعسار . ولهذا فالدائن الذى بيده حكم واجب التنفيذ يستطيع الحصول على إختصاص فردى بعد تسجيل صحيفة الدعوى الاعسار، ولكن هذا الاختصاص لايعطيه فى مواجهة بقية الدائنين أكثر مما يعطيه الاعسار لأى واحد منهم .

ومع ذلك فقد تكون للدائن مصلحة فى الحصول على الاختصاص ، ويظهر ذلك إذا انتهت حالة الإعسار ولم يكن هذا الدائن قد استوفى حقه فيبقى اختصاصه فى هذه الحاله قائما . ولكن نفاذ الاختصاص فى هذة الحالة مرهون بانتهاء حالة الإعسار فهو لايحتج به مع وجودها أبداً (١) .

ويلاحظ أيضا على هذا النص أنه يمنع توقيع الاختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أما إذا كان الاختصاص قد وقع قبل ذلك وتأخر قيده إلى أن سجلت صحيفة دعوى الإعسار . فيبدولنا من الجائز إتخاذ القيد والاحتجاج بالاختصاص فى مواجهة بقية الدائنين (٢) .

٣ــ وفاه المدين :

قرر المشرع فى المادة ٢/١٠٨٥ على أنه « لايجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركه» . ومبنى هذا الحكم أن وفاه المدين تضع حداً لكل تغيير ممكن فى مراكز دائنيه ، فلا يصبح مفضلا من كان يتساوى فى حقة مع سائر الدائنين .

والوفاه تؤدى إلى تصفية أموال المدين تصفية جماعية من شأنها الوفاء أولاً بالحقوق ذات الأفضلية حسب مرتبة كل منها ثم بعد ذلك بالحقوق العادية دون أفضلية لأى منها .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ١٨٥ .

(٢) من أنصار هذا الرأى، شمس الدين الوكيل ، ص ٤١٨ ؛ منصور مصطفى منصور، ص ١٠٠ . وعكس هذا الرأى ، محمد على إمام ، ص ٤٢٣ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن إذا كان الحق الذى يعطى لصاحبه أفضلية خاصه قد نشأقبل الوفاء فيجوز قيده بعدها والاحتجاج به فى مواجهة بقية الدائنين ويصدق هذا على الرهن وعلى الاختصاص وعلى سائر التأمينات الأخرى واجبة القيد (م٨٩٥ /٣) . فإذا كان الاختصاص قد وقع قبل الوفاه جاز قيده والاحتجاج به بعد ذلك (١) .

فإذا توافرت هذه الشروط الموضوعية بحصول الدائن على حكم واجب التنفيذ يلزم المدين بشىء ، فإنه لايكتسب الإختصاص بمجرد هـذا الحكم كما هـو الشأن بالنسبة للرهن القضائى فى فرنسا ، ولكن عليه أن يطلب توقيع الأمر بالاختصاص متبعا فى ذلك الإجراءات التى سندرسها فيما يلى .

٧٢ - اجراءات الحصول على الاختصاص :

تنص المادة ١٠٨٩ على هذه الإجراءات وهى تقرر أنه :

« (١) على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمه الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها.

« (٢) وهـذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ، وأن تشتمل على البيانات الآتيه :

« (ا) اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلى والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة . »

« (ب) اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه . »

« (ج) تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته . »

« (د) مقدار الدين فاذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص . »

« (ه) تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الداله على قيمتها . »

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويظهر من هذا النص أن الاختصاص يتقرر بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية بناء على عريضة يتقدم بها الدائن مع اشتمال هذه العريضة على بيانات متعلقة بالدائن والمدين والالتزام المحكوم به والعقار المطلوب توقيع الاختصاص عليه، واصطحابها بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب.

١ - العريضة:

الاختصاص ينشأ بمقتضى أمر على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار المراد توقيع الاختصاص عليه. وإذا أراد المدين توقيع اختصاص على عقارات متفرقة يقع كل منها في دائرة محكمة ابتدائية مختلفة وجب تقديم عريضة إلى كل محكمة منها. ورئيس المحكمة الابتدائية يصدر الأمر بالاختصاص بما له من سلطة ولائيه طبقاً للقواعد الخاصة بالأمر على عريضة المقررة في قانون المرافعات.

وقد يصدر الأمر بالاختصاص من المحكمة الابتدائية ذاتها في صورة حكم وذلك إذا رفض رئيس المحكمة إصدار الأمر بالاختصاص وتظلم الدائن من قراره إلى المحكمة الابتدائية (م ١٠٩٣)[1].

٢ - صورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم الكتاب:

وإذا كان الحكم هو السند الذي على أساسه يتقرر الاختصاص فلا بد من تقديم ما يدل على صدوره. وصورة رسمية من الحكم هو خير ما يمكن تقديمه وكان القانون المدني القديم يشترط ذلك، إلا أن القانون المدني الجديد راعى أن الحصول على صورة رسمية من الحكم قد يحتاج إلى وقت طويل بعد

---

(١) ولكن الأصل أن يتقرر الاختصاص بأمر على عريضه بمقتضى ما للقاضي من سلطة ولائيه، شمس الدين الوكيل، ص ٤٢٢.

أنظر في مساهمتنا في فكره التصرف القضائي، الرسالة السابق الاشارة اليها، عن الالتزام القضائي، وبصفة خاصة فقرة ٩٦.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صدور الحكم فاكتفى من الدائن أن يقدم شهادة من قلم الكتاب يذكر فيها منطوق الحكم . وهذه يستطيع الحصول عليها فى نفس يوم صدور الحكم .

وتقديم صورة رسمية للحكم أو شهادة من قلم الكتاب بمنطوقه ، لا يغنى الدائن من أن يذكر فى العريضة ذاتها تاريخ الحكم والمحكمة التى أصدرته (م ١٠٨٩ فقرة ٢/ج) .

٣ - تحديد شخصية الدائن وشخصية المدين :

يجب أن تتضمن العريضة ما يحدد شخصية الدائن ببيان اسمه ولقبه وصناعته وموطنه الأصلى ، وكذلك الموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة . ويجب ذكر نفس البيانات بالنسبة للمدين باستثناء الموطن المختار لأن العريضة مقدمة من الدائن وهو لا يختار للمدين موطنا .

٤ - الالتزام :

الاختصاص يضمن «أصل الدين والفوائد والمصروفات» وذلك طبقا لنفس الأحكام المقررة فى هذا الشأن فى الرهن الرسمى . ويجب أن يكون مقدار الدين محدداً طبقاً لمبدأ التخصيص من حيث الدين المضمون . فإذا لم يكن الدين محدداً فإن رئيس المحكمة يعين مقداره بصفة مؤقتة . فلا يضمن الاختصاص أكثر من هذا المقدار فى مواجهة بقيه الدائنين (١) .

٥ - العقار :

الاختصاص كالرهن الرسمى لا يتقرر إلا على عقار ، والمادة ١٠٨٨ تقرر أنه «لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى» . فيجب تخصيص العقار فى العريضة المقدمة من الدائن مع تقديم الأوراق الدالة على قيمته حتى يراعى رئيس المحكمة

---

(١) وفى فرنسا لا يشترط أن يكون الدين محددا حتى يوقع الرهن القضائى ، بل يكفى أن يكون قابلا للتحديد ، راجع ، بلانيول وريبير ، ج ١٢ ، فقرة ٥٧٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تناسب قيمة الدين مع قيمه العقار . ولا يشترط تقديم أوراق تثبت قيمة العقار بالدقة لتعذر تقديم مثل هذا الإثبات ولكن يكفى أن تدل الأوراق على القيمة(١).

ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين فلا يجوز توقيع اختصاص على عقار مملوك لشخص ضماناً لدين غيره (٢) .

ويجب أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى . ولا يمنع هذا الشرط من توقيع الاختصاص على الملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة أفدنة

---

(١) الرهن القضائى فى فرنسا عام يرد على كل أموال المدين الحاضره والمستقبله دون تحديد ، وهذه من أهم أوجه الانتقادات التى توجه إلى هذا النظام، والتى تلافاها المشرع المصرى عند وضع نظام الاختصاص . راجع ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٩٦٢ ، فقرة ٣ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٥٥٩ .

(٢) ونورد فى هذا الشأن حكم النقض التالى :

« مناط صحه حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت صدورة فلا يجوز أن يكون محله ماقد يؤول إلى المدين مستقبلا ، ولايغير من هذا أن تكون ملكيه العقار قد آلت إلى المدين وقت تجديد القيد ، وإذن فتى كان الدائن إذ حصل على حق اختصاص على عقار وسجله لم يكن هذا العقار مملوكا لمدينه وعند تجديد قيد الاختصاص كانت ملكية العقار قد آلت إلى المدين عند طريق الميراث ثم باع المدين العقار الى آخر فان ملكية العقار تكون قد انتقلت إلى المشترى غير محمله بحق الاختصاص الذى وقع باطلا لصدوره على عقار لم يكن مملوكا للمدين . » (جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٣ طعن رقم ٣١٥ سنة ٢١ ق ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩٤، فقرة ١٦) ويلاحظ على هذا الحكم أنه قرر أن لاختصاص على ملك الغير باطل بطلانا مطلقا ، ولو آل المال فى المستقبل الى المدين .

وهذا الحكم يختلف عن حكم المشرع عن رهن ملك الغير فى أنه باطل بطلانا نسبيا بمعنى أنه قابل للتصحيح ، وهو يصبح صحيحا إذا اكتسب الراهن ملكية الشيء المرهون . (م ١٠٣٣/١) .

ولعل مايؤيد حكم النقض أن أمر القاضى بتوقيع الاختصاص إذا وقع باطلا فهو لايقبل التصحيح بعد ذلك بسبب لايتعلق به ، أما الرهن فهو عقد قد يكون البطلان فيه مطلقا أو نسبيا ، والبطلان النسبى قد يكون قابلا للتصحيح إذا زال سببه . ونظراً لأن هذه المسألة تتعلق بنشأه التأمين العينى لابنفاذه ، فمن المتصور أن يختلف الاختصاص فى أحكامه عن الرهن الرسمي .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للأسباب السابق ذكرها فى هذا الشأن عند دراسة الرهن الرسمى (١) .

وتجب مراعاة تعيين العقار تعييناً دقيقاً عند قيد الاختصاص أيضاً ، وكذلك ينبغى أن يظل المدين مالكا للعقار إلى ذلك الوقت ، فإذا كانت الملكية قد انتقلت من المدين بعد توقيع الاختصاص وقبل قيده ، امتنع القيد (٢) .

فإذا قدمت لرئيس المحكمة الابتدائية عريضة شاملة لهذه البيانات ومصحوبة بصورة رسمية من الحكم بالدين أو بشهادة من قلم الكتاب فإنه يصدر أمراً بالاختصاص على هذه العريضة .

٧٣ – إصدار الأمر بالاختصاص :

رئيس المحكمة الابتدائية لا يملك سلطة رفض طلب الاختصاص إذا توافرت شروطه . ولكنه يراعى فقط التناسب بين الدين المحكوم به والعقار أو العقارات المطلوب توقيع الاختصاص عليها . وإذا كان قد سبق توقيع اختصاص على عقارات موجودة فى دائرة محكمة إبتدائية أخرى وكانت قيمة هذه العقارات تكفى لسداد أصل الدين والفوائد والمصروفات فإنه يمتنع فى هذه الحالة عن توقيع اختصاص جديد (٣) .

والقاضى لا ينظر إلا إلى الفوائد المستحقة وقت إصدار الأمر ، أما الفوائد التى تستحق بعد ذلك ، وإن كان يضمنها الاختصاص عن السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية حسب التفصيل المذكور بصدد الرهن الرسمى ، إلا أن القاضى لا يدخل هذه الفوائد فى تقديره لأنها لم تستحق بعد .

---

(١) وفى هذا تقرر المذكرة الإيضاحية « أنه يجوز أخذ اختصاص على خمسة أفدنة ، وتظهر فائدته فى حالتين : إذا انتقلت ملكية الأرض من المدين إلى حائز فيتتبعها الدائن ، وإذا زاد مال المدين على خمسة أفدنة فيجوز عندئذ التنفيذ على الأرض » (ج ٧ ، ص ١٦٦) .

(٢) نقض مدنى ، جلسة ١٠/٢/١٩٥٥ ، طعن رقم ٣٠٣ سنة ٢١ ق ، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩٤ ، فقرة ١٧) .

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وإذا كانت قيمة العقارات المطلوب توقيع الاختصاص عليها تزيد على قيمة الدين المحكوم به ، فإن القاضى يملك قصر الاختصاص على جزء من هذه العقارات.

وإذا قرر القاضى توقيع الاختصاص فهو يدونه فى ذيل العريضة المقدمة له .

وهـذا ما تقرره المادة ١٠٩٠ « (١) يدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص . (٢) وإنما يجب عليه عند الترخيص به أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب ، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين . »

ومراعاة التناسب بين الدين المحكوم به والعقارات التى يوقع عليها الاختصاص أمر وجوبى على القاضى إذا لم يراعيه كان لـكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الإختصاص إلى الحد المعقول (١) .

٧٤ – إصدار الأمر بالاختصاص :

الأمر بالاختصاص يصدر فى غياب المدين ولذلك لابد من إخطاره به وقد اشترط المشرع أن يتم ذلك فى نفس اليوم الذى صدر فيه الأمر .

ويجب كذلك التأشير بالأمر على هامش الصورة الرسمية للحكم التى تقدم بها الدائن ليحصل على الاختصاص أو على هامش شهادة قلم الـكتاب إذا كان قد تقدم بهذه الشهادة فقط . وكذلك يخطر قلم كتاب المحكمة التى صدر منها الحكم حتى يؤشر به على كل صورة رسمية أو شهادة يعطيها على الحكم .

والغرض من ذلك هو إحاطة كل رئيس محكمة ابتدائية يطلب منه توقيع اختصاص على عقارات مملوكة للمدين وموجودة فى دائرة محكمته ، بما سبق توقيعه من اختصاص ضمانا لنفس الدين (٢) .

---

(١) سلطه القاضى فى هذا الشأن تقديرية ولـكنها ليست تحكمية ، وصدور الاختصاص بمقتضى أمر ولائى يجعل هناك مرونة فى التطبيق تسمح بتعديل الأمر بما يحقق التناسب فيه .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٨٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهذا ماتقرره المادة ١٠٩١ « على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه الأمر ، وعليه أيضا أن يؤشر بهذا الأمر على صوره الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن . »

٧٥ - التظلم من الأمر والتظلم من رفضه :

العريضة التى يتقدم بها الدائن تسفر إما عن توقيع الاختصاص وإما عن رفض توقيعه . فإذا وقع الاختصاص كان للمدين أن يتظلم منه ، وإذا رفض توقيع الاختصاص كان للدائن أن يتظلم من الرفض .

١ - تظلم المدين :

الأمر بالاختصاص يصدر فى غياب المدين فإذا أعلن إليه جاز له أن يتظلم منه إلى من أصدر الأمر ،أوأن يرفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية (١) . وأسباب التظلم متعددة منها أن يكون الدين المحكوم به قد إنقضى بالوفاء مثلا بعدصدور الحكم به ، أو أن يكون الحكم نفسه قد طعن فيه بالنقض وقبل الطعن ، أو أن تكون العقارات التى وقع عليها الاختصاص تزيد قيمتها بكثير عن قيمة الدين ويكون التظلم فى هذه الحالة لانقاص الاختصاص فقط وليس لالغائه . فالمادة ١/١٠٩٢ تقرر أنه « يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الآمر كما يجوز له أن يرفع هـــذا التظلم إلى المحكمة الإبتدائية . » وإذا كان الاختصاص قد قيد فعلا وجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بالغاء الأمر الصادر بالاختصاص او بانقاصه (م ٢/١٠٩٢) .

٢ - تظلم الدائن :

إذا رفض رئيس المحكمة الابتدائية توقيع الاختصاص رغم توافر شروطه ،

---

(١) ويستفاد من نص المادة ٣٧٥ مرافعات أن الأصل أن يكون التظلم أمام المحكمة ولكن يجوز أن يكون أمام نفس الآمر. سليمان مرقس ، فقرة ٢١٣.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أو إذا الغى اختصاصا سبق توقعيه بناء على تظلم المدين ، فإنه لاتكون هناك جدوى من التظلم أمام رئيس المحكمة من قراره بالرفض وقد سبق له نظر المسألة مرة أو مرتين .

ولذلك أعطى المشرع للدائن أن يتظلم مباشرة إلى المحكمة الابتدائية . فالمادة ١٠٩٣ تقرر أنه « إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن ، سواء كان الرفض من بادىء الأمر أو بعد تظلم المدين ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية » .

وإذا صدر قرار المحكمة بتوقيع الاختصاص فإن الاختصاص يقيد إذا لم يكن سبق قيده من قبل ، أما إذا كان قد سبق قيده من قبل ثم محى القيد لالغاء الاختصاص بناء على تظلم المدين ، ثم تقرر الاختصاص مرة أخرى بحكم المحكمة الابتدائية بناء على تظلم الدائن فإن المحو يلغى . وتعود للاختصاص مرتبته القديمة بما لايضر بحقوق الدائنين المكتسبة مابين المحو والغاء المحو (١) .

٧٦ – انقاص الاختصاص :

تنص المادة ١٠٩٤ على أنه :

« (١) يجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب، إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على مايكفى لضمان الدين » .

« (٢) ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أوالعقارات التى رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين » .

« (٣) والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تم بموافقة الدائن تكون على من طلب الإنقاص » .

---

(١) تنص المادة ٤٦ شهر عقارى على أنه « إذا الغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ومع ذلك لايكون لالغائه أثر رجعى بالنسبة للقيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة مابين المحو والإلغاء » .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

القصد من إنقاص الاختصاص هو تحقيق التناسب بين الدين المضمون والعقار المحمل بالاختصاص .

والحق فى طلب الانقاص لايقتصر على المدين ولكنه مقرر لكل ذى مصلحة فى إنقاص الاختصاص كالدائن صاحب التأمين العينى المتأخر فى المرتبة أو الدائن العادى . والتناسب بين الدين والعقار أمر تقديرى للقاضى وكان المشروع قد اعتبر أن التناسب لايتحقق إذا زادت قيمه العقار بمقدار الثلث عن قيمة الدين ، وذلك نقلا عن القانون الإيطالى ، ولكن هذا التحديد لم يظهر فى النص النهائى للقانون ، وأصبح أمره متروكا لتقدير القاضى وإن كان من الجائز الاسترشاد بمثل هذا التقدير(١).

والانقاص يكون إما بقصر الاختصاص على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها من قبل وإما بنقله إلى عقار آخر . ونقل الاختصاص إلى عقار آخر هو فى الواقع اختصاص جديد على هذا العقار ، ولهذا إذا كانت هناك حقوق مقيدة عليه نشأت بعد توقيع الاختصاص الأول ، فمن غير المعقول أن ينتقل الاختصاص إلى هذا العقار بمرتبته القديمة إضراراً بالحقوق المقيدة . ولهذا فنرى أن يكون الانتقال فى هذه الحالة بدون ضرر على دائن آخر حقه مقيد على العقار الذى ينقل إليه الاختصاص .

ومن ناحية أخرى فإذا كان وجود هذه الحقوق سيجعل الاختصاص فى مرتبة متأخرة فلن يكون ذلك كافياً لضمان الدين المحكوم به ، ولذلك فمن الناحية العملية فإن إنقاص الاختصاص عن طريق نقله إلى عقار آخر لا يصدر إلا إذا كان العقار الآخر خال من كل حق مقيد عليه .

وطلب الانقاص إذا تقدم به المدين فيكون ذلك بطريق التظلم أمام رئيس المحكمة الابتدائية أو أمام المحكمة ذاتها على التفصيل السابق ذكره عند دراسة تظلم المدين . وإذا تقدم به شخص آخر فيكون ذلك عن طريق رفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية .

---

(١) المذكرة الإيضاحية ، ج ٧ ، ص ١٨١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويجب التأشير بالانقاص على هامش القيد الأصلى .

ومصروفات الانقاص يتحملها طالب الانقاص ولو تم ذلك بموافقة الدائن والسبب فى ذلك أن طالب الانقاص هو الذى سيستفيد وحده من تقريره ، كما أن وجود الاختصاص قبل إنقاصه لا يعتبر أمراً يمكن أن يسأل عنه أحد الأشخاص فتجوز مطالبته بمصرفات الانقاص . لأن الاختصاص قبل إنقاصه إنما يستند إلى أمر القاضى الذى وقعه (١) .

ويلاحظ أن المذكرة الإيضاحية ويؤيدها فى ذلك الفقه تذهب إلى أن التناسب لا يراعى فقط عند توقيع الأمر بالاختصاص ، بل وفى المستقبل أيضاً ، بحيث « يجوز رفع هذه الدعوى الأصلية بالانقاص إذا اختل فيما بعد التناسب بين قيمة العقار ومبلغ الدين لزيادة قيمة العقار أو لنقص مبلغ الدين (٢) » .

ويبدو هذا الرأى معقولا ، إلا أنه يعنى أمراً هاماً وهو أن الاختصاص لا يطبق عليه مبدأ عدم تجزئة الرهن وما يؤدى إليه من بقاء العقار كله محملا بالرهن ضماناً للجزء الباقى من الدين ولو كان جزءاً يسيراً . ويصطدم هذا مع النص الصريح للمادة ١٠٩٥ التى تقرر أنه يسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ومن ذلك مبدأ « عدم تجزئة الرهن » . ولهذا لا يمكن الأخذ برأى المذكرة الإيضاحية مع وجود هذا النص .

٧٧ - نفاذ الاختصاص :

كان القانون القديم ينص على أن قلم كتاب المحكمة الإبتدائية يتولى قيد

---

(١) ومع ذلك فمن رأى المذكرة الإيضاحية أنه إذا كان هناك خطأ من الدائن فهو الذى يتحمل مصروفات دعوى الانقاص ، « بأن يكون هو الذى بالغ دون مبرر فى أخذ اختصاص على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين » . (ج ٧ ، ص ١٨٢) .

ولكن يؤخذ على هذا الرأى أنه فى جميع الحالات التى تزيد فيها قيمة العقار عن الدين فمن الممكن أن ينسب خطأ المبالغة إلى الدائن بالمعنى الذى تقول به المذكرة الايضاحية ، مما يؤدى إلى تحميله مصروفات الدعوى فى جميع الأحوال ، على عكس ماقرره المشرع من تحمل رافع الدعوى هذه المصروفات .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ١٨٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاختصاص ، وكان ينص كذلك على أن الاختصاص الذى يقيد فى نفس اليوم الذى يقيد فيه رهن على نفس العقار فإن الأفضلية تكون للرهن دون إعتداد بوقت القيد .

وقد ألغيت هذه القواعد وأصبح الاختصاص يخضع من حيث قيده والاحتجاج به لنفس قواعد الرهن الرسمى فى هذا الشأن دون أى استثناء . فصاحب الشأن هو الذى يقوم بقيد الاختصاص وليس قلم كتاب المحكمة ، وإذا قيد اختصاص ورهن فى نفس اليوم كانت الأفضلية للأسبق فى القيد (١) .

فإذا قرر الاختصاص وقيد أصبح نافذاً فى مواجهة الغير وترتبت عليه نفس الآثار التى تترتب على الرهن الرسمى .

والاختصاص ينقضى بنفس الطرق التى ينقضى بها الرهن الرسمى .

والحق أن الاختصاص لا يختلف عن هذا الرهن الرسمى إلا فى نشأته ، فإذا نشأ طبقت عليه قواعد الرهن الرسمى من كل وجه . ولذلك نحيل فيما يتعلق بدراسة آثار الاختصاص وانقضائه إلى ما سبق ذكره عند دراسة الرهن الرسمى .

---

(١) سليمان مرقس ، فقرة ٢١٥ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢٨ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ١٨٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الثالث

الرهن الحيازى

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الباب الثالث
الرهن الحيازى

٧٨ - تعريف :

من ناحية التطور التاريخى فإن الرهن الحيازى يعبر عن مرحلة قديمة حيث كانت العقلية القانونية لا تتصور ترتيب رهن للدائن على شيء دون انتقال حيازة هذا الشيء إليه . فالرهن الحيازى يتميز أساساً بفكرة إنتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان (١) .

والرهن الحيازى لهذا السبب نظام شديد التأثير على حياة الراهن الاقتصادية، لأنه يحرمه فى الحال من حيازة الشيء المملوك له ومن حقه فى الانتفاع به، ولما كان الفكر القانونى فى العصر الحديث قد وصل إلى امكان تقرير رهن للدائن دون انتقال الحيازة إليه ، ومثال ذلك الرهن الرسمى فى القانون المصرى ، فإنه من الممكن الاستغناء عن الرهن الحيازى بالنسبة للأشياء التى يمكن رهنها رهناً رسمياً دون نقل حيازة وهى العقارات أساساً ، وبعض المنقولات التى يمكن تنظيم الاعتراف بالحقوق الواردة عليها على أساس الشهر لا على أساس الحيازة (٢) .

ومع ذلك فلا زالت هناك مبررات دعت المشرع بحق إلى الإبقاء على نظام الرهن الحيازى بجانب الرهن الرسمى .

فبالنسبة للمنقولات فإن القاعدة التى على أساسها يتم الاعتراف بالحقوق

---

(١) يطلق على الرهن الحيازى فى القانون الفرنسى اسم NANTISSEMENT وهو قد يرد على منقول فيسمى GAGE وقد يرد على عقار فيسمى ANTICHRÈSE ، وقد وحد المشرع المصرى كل هذه الاصطلاحات تحت اسم الرهن الحيازى الذى يشمل رهن المنقول ورهن العقار على السواء .

(٢) روبلو ، التأمينات على المنقول دون نقل حيازته ، الدراسات المهداه إلى جورج ريبير ، ج ٢ ، ص ٣٦٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الواردة عليها . هى قاعدة الحيازة ، ولا يمكن ترتيب رهن الدائن على منقول دون انتقال حيازته إليه . ولا يمنع هذا أنه بالنسبة لبعض المنقولات أمكن رهنها دون نقل حيازتها لإمكان تنظيم الحقوق الواردة عليها على أساس الشهر (السفن الطائرات ، المحل التجارى . . . الخ) إلا أن القاعدة العامة بالنسبة المنقولات الأخرى لازالت هى قاعدة الحيازة (١) .

أما بالنسبة للعقارات فإن إمكان رهنها رهناً رسمياً دون نقل حيازة قد لا يرضى العقلية الريفية التى لا يقنع فيها الدائن برهن لا تنتقل فيه الحيازة إليه. ومن الناحية العملية فإن الرهن الحيازى أكثر إنتشاراً فى البيئات الريفية من الرهن الرسمى (٢) .

وإذا كانت هناك أسباب لتفضيل الرهن دون نقل حيازة على الرهن الحيازى ، فالأجدر أن يوضع النظامين معاً مع ترك المفاضلة بينهما لإرادة المتعاقدين وحاجات العمل .

والرهن الحيازى كما يعرفه المشرع فى المادة ١٠٩٦ هو « عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشىء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء فى أى يد يكون » .

والرهن الحيازى ينشأ بمقتضى عقد رضائى لا يشترط لانعقاده أى شكل خاص كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمى ، وكان القانون المدنى القديم يشترط لانعقاد الرهن الحيازى أن يتم بالفعل تسليم الشىء المرهون ، وكان العقد لهذا السبب من العقود العينية . أما القانون المدنى الحالى فقد جعل التسليم التزاماً على الراهن وأثراً للعقد لا شرطاً لانعقاده فأصبح الرهن الحيازى من العقود الرضائية (٣) .

---

(١) سمير تناغو ، التأمينات العينيه على الطائرات ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثانى ، السنة السابعة ، يوليو ١٩٦٥ ، ص ٢٠٦ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٤٣٧ .

(٣) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ١٩٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والرهن الحيازى قد يرد على عقار أو على منقول ، وهذا ما تقرره المادة ١٠٩٧ « لا يكون محلا للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول وعقار » . والمنقول الذى يرد عليه الرهن قد يكون مادياً أو معنوياً كالديون (١).

ولكن أهم ما يتميز به الرهن الحيازى هو انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان . والمرتهن يصبح حائزاً للعقار المرهون وصاحب حق فى حبسه حتى يستوفى دينه . وأهم أحكام الرهن الحيازى تدور حول حيازة المرتهن للشيء المرهون وحقه فى الحبس (٢) .

والرهن الحيازى يعطى الدائن المرتهن فوق ذلك حقا عينيا تبعيا على الشيء المرهون هو الحق فى الرهن يخوله أن يتقدم فى استيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون على الدائنين العاديين والتالين له فى المرتبة وأن يتتبع الشيء المرهون فى أى يد يكون (٣) .

٧٩ – انعقاد الرهن الحيازى :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . . . » (م ٨٩) . والقانون لم يشترط أى شكل خاص فوق ذلك لانعقاد الرهن الحيازى .

وقد أحال المشرع فى المادة ١٠٩٨ إلى بعض أحكام الرهن الرسمى فيما يتعلق بأركان الرهن وهى أحكام المادة ١٠٣٣ المتعلقة برهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ، وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ وهى تتعلق بضرورة تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون ، ومبدأ عدم تجزئه الرهن ، ومبدأ عدم إنفصال الرهن عن الدين المضمون ، وما يترتب على ذلك من حق الكفيل العينى فى التمسك

---

(١) رهن الديون يعكس أهمية الرهن الحيازى فى القانون الحديث ، راجع ، أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٢ ، ٨٥٠ ، فقره ٤ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٤٨ .

(٣) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٥٤ ، ٥٥ ، ٧٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ولو نزل المدين عن هذا الحق . ويرجع إلى باب الرهن الرسمى لدراسة هذه الأحكام (١) . وننتقل الآن إلى دراسة آثار الرهن الحيازى مع دراسة التطبيقات المختلفة له بحسب محله ، ثم دراسة إنقضائه .

(١) لم يضع المشرع فى انعقاد الرهن الحيازى سوى ثلاثة نصوص ، الأول نص المادة ١٠٩٦ فى تعريف الرهن الحيازى الذى تبدو منه صفته الرضائيه، والثانى نص المادة ١٠٩٧ فى بيان أن الرهن الحيازى يرد على عقار أو منقول ، والثالث نص المادة ١٠٩٨ فى الاحالة إلى أحكام الرهن الرسمى . وليس هناك مايدعو بطبيعة الحال إلى إعادة دراسة ماسبق دراسته فى الرهن الرسمى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الأول
آثار الرهن الحيازى

٨٠ - نشأة الحق العينى فى الرهن :

عقد الرهن الحيازى كما تقرر المادة ١٠٦٩ هو عقد يلتزم بمقتضاه الراهن بترتيب حق عينى تبعى هو حق الرهن ، على شىء يسلمه للدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان. وحسب القواعد العامة فإن الالتزام بانشاء حق عينى على شىء معين بالذات يملكه الملتزم ينشىء فى الحال هذا الحق (م ٢٠٤) (١) .

وهذا الحكم ينطبق على عقد الرهن الحيازى الذى يرد على شىء معين بالذات يملكه الراهن . وينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن بمجرد العقد دون حاجة إلى تأخير ذلك إلى وقت تسليم الشىء المرهون إلى الدائن أو إلى الأجنبى الذى يعينه المتعاقدان ، أو إلى وقت اتخاذ الإجراءات الأخرى اللازمه لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير .

وكما تقرر المذكرة الإيضاحية « قبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العينى ، ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً . ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع لأن الرهن لا ينفذ فى حق الغير قبل التسليم » (٢) .

وقد عرضنا لهذه المسألة من قبل عند دراستنا للرهن الرسمى ، ورأينا أن البعض يرى أن الحق فى التنفيذ مستمد من حق الدائن فى الضمان العام باعتباره دائنا عاديا لامن حقه فى الرهن الذى لاينشأ قبل التسليم واتخاذ الإجراءات الأخرى اللازمة لنفاذه فى مواجهة الغير .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، ص ٧٦٧ ومابعدها .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٢٠٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وقد رجحنا القول بأن الحق فى التنفيذ مستمد من الحق فى الرهن لامن الحق فى الضمان العام بدليل أن الدائن لايكون له حق فى الضمان العام فى بعض الأحوال ، كما لو كان الرهن مقدماً من شخص آخر غير المدين وهو الكفيل العينى الذى لايجوز التنفيذ على ماله الا مارهن من هذا المال ، فلا يكون التنفيذ إلا على أساس الرهن الذى ينشأ بمجرد العقد (١) .

ونشأة حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن هو الأثر الأساسى لعقد الرهن الذى تترتب عليه آثار الرهن الأخرى فيما بين المتعاقدين .

---

(١) راجع فقرة ٢٦ من هذا الكتاب .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الأول

آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

تنشأ عن عقد الرهن التزامات على عاتق الراهن والتزامات أخرى على عاتق المرتهن ، تدور كلها حول فكرة انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن . فالراهن يلتزم بتسليم الشيء المرهون ويضمن فوق ذلك سلامة الرهن ونفاذه .

والمرتهن يلتزم بالمحافظة على الشيء وإدارته واستثماره ثم رده عند انقضاء الرهن . غير أن التزامات المرتهن تعبر في نفس الوقت عن حقة في الحيازة .

§ ١ - التزامات الراهن

٨١ - الالتزام بالتسليم :

الالتزام بالتسليم ينشأ عن عقد الرهن لتمكين المرتهن من حيازة الشيء وهو في نفس الوقت شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير .

والمادة ١٠٩٩ تقرر أنه « (١) على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمة . (٢) ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع » .

والاحالة إلى أحكام تسليم الشيء المبيع المقصود بها أحكام زمان التسليم ومكانه وكذلك كيفية التسليم مع مراعاة الطبيعة الخاصة لعقد الرهن . ومع ذلك فإن الراهن يكون قد أوفى بالتزامه إذا راعى أحكام التسليم في البيع وذلك بوضع الشيء تحت تصرف المرتهن بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام قد أعلمه بذلك . (م ٤٣٥/١) . وكذلك إذا كان التسليم حكمياً . (م ٤٣٥/٢) (١) .

---

(١) أنظر في أحكام تسليم الشيء المبيع ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ٤٢١ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

غير أن التسليم بهذا الوجه إذا كان مبرئا لذمة الراهن إلا أنه لا يؤدى إلى نفاذ الرهن فى مواجهة الغير حيث يشترط فيه انتقال الحيازة الظاهرة الفعلية إلى الدائن المرتهن ، ودوامها طالما بقى الرهن . (م ١١٠٩/١) [1] .

والحيازة الظاهرة الفعلية تتحقق بخروج الشيء من حيازة الراهن بحيث لا يبقى عنصرا من عناصر الائتمان فى ذمته من الناحية الظاهرية وإن بقى كذلك قانونا إذ يجوز له رهنه بعد ذلك رهنا رسميا أو حيازيا ضمانا لديون أخرى . وكذلك بدخول الشيء فى حيازة الدائن المرتهن الذى يصبح حائزاً لحق الرهن على الشيء وحائزاً عرضيا بالنسبة لحق الملكية الذى يبقى لمصلحة الراهن ، أو بدخوله فى حيازة أجنبي يعينه المتعاقدان يجوز الشيء لحساب الدائن فى حق الرهن ولحساب الراهن بالنسبة للملكية .

وتسليم الشيء المؤدى إلى نقل الحيازة يختلف بحسب طبيعة الشيء وهل هو عقار أو منقول مادى أو معنوى ، وهو ما سنبينه عند دراسة نفاذ الرهن الحيازى بالنسبة لهذه الأنواع المختلفة .

وإذا انتقلت الحيازة إلى الدائن أو إلى الأجنبي فينبغى أن تستمر له طالما بقى الرهن . وإذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون إخلال بحقوق الغير ، (م ١١٠٠) . ورجوع المرهون إلى حيازة الراهن قرينة على انقضاء الرهن ، غير أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها باثبات أن الرجوع كان لسبب وقتى طارىء كقيام الراهن باصلاح الشيء المرهون مثلا . أو إثبات أن الشيء

---

(١) وهى تقابل المادة ٢٠٧٦ من القانون المدنى الفرنسى . راجع ، بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٦٨ . ولكن انتقال الحيازه فى القانون الفرنسى شرط لانعقاد الرهن ، فهو لهذا السبب من العقود العينيه كما كان الوضع فى القانون المدنى المصرى القديم . أما القانون الجديد فيعتبر نقل الحيازه التزاما على عاتق الراهن ناشئا عن عقد الرهن الذى انعقد بالفعل بالاتفاق الرضائى ، وكذلك فهو يعتبر نقل الحيازه شرط لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

رجع إلى حيازة الراهن بصفته مستأجراً له إذا كان الشيء عقاراً وهذا جائز بشرط التأشير على هامش قيد الرهن فى هذه الحالة . (م ١١١٥) (١) .

وفى الوقت الذى يوجد فيه الشيء فى حيازة الراهن فإنه يدخل فى عناصر إئتمانه فى الظاهر ، فإذا نشأت للغير حسن النيه حقوق على الشيء فى هذا الوقت كانت نافذة فى حق الدائن المرتهن (٢) .

٨٢ – التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه :

تنص المادة ١١٠١ على أنه « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون . »

رأينا أن الراهن فى الرهن الرسمى يلتزم بضمان سلامة الرهن ، وأن هذا الالتزام يرادف الالتزام بضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه ، لأن المقصود بالهلاك ليس هو الهلاك المادى فقط ولكن كل مايؤدى إلى خروج الشيء من ضمان الدائن ولو رجع ذلك إلى تصرف قانونى كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، أو بيع العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار المرهون إلى مشتر حسن النية . وأن الراهن يضمن الهلاك أو التلف سواء رجع إلى فعله أو إلى فعل الغير أو إلى سبب أجنبي . وأن الفكرة الرئيسية فى الضمان أنه حق للدائن والتزام على الراهن ، بمعنى أن المرتهن يحق له أن يدفع كل مساس بسلامة الرهن ولكنه لايلتزم بذلك فيستطيع أن يتخذ موقفا سلبيا ، أما الراهن فهو يلتزم بدفع كل مساس بسلامة الرهن وهو التزام بتحقيق نتيجة (٣) .

---

(١) ويعبر عن هذا بأن نقل الحيازه ينبغى أن يكون دائما . مازو ، ج ٣ ، فقرة ٦٨ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٧٣ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٨٧ ، ٨٨ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ٢٢٢ .

(٣) راجع ماسبق ، فقرة ٣١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وكل هذه الأحكام تصدق على الرهن الحيازى باستثناء واحد راجع إلى أن الشيء المرهون ينتقل إلى حيازة المرتهن ، ولذلك فهو يلتزم بصيانته والمحافظة عليه . فالمرتهن يحوز الشيء لحساب المالك فيما يتعلق بحق الملكية ويلتزم برده عند انتهاء الرهن ولذلك يجب عليه أن يحافظ على الشيء حماية لحق الراهن فى الملكية وحقه هو فى الرهن (١) .

غير أن التزام المرتهن بالصيانة والحفظ هو التزام يبذل عناية الرجل العادى لابتحقيق نتيجة . فإذا هلك الشيء المرهون أو تلف لسبب أجنبي فإن المرتهن لا يلتزم بشيء قبل الراهن ، بل أن الراهن هو الذى يصبح ضامنا للهلاك أو التلف فى هذه الحالة رغم أن الشيء كان فى حيازة المرتهن .

وهذا ماتقرره المادة ١١٠٣ « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لايد له فيه » . فوجود الشيء فى حيازة المرتهن وقت الهلاك أو التلف ، قرينه على أنه تسبب فى ذلك بتقصيره ولكنها قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس (٢) .

وعلى هذا النحو فالتزام المرتهن بالمحافظة على الشيء لايعفى الراهن من التزامه بالضمان ولكنه ينقل عبء الإثبات فقط فإذا نفى المرتهن عن نفسه التقصير فى الصيانة تحمل الراهن نتيجة الهلاك أو التلف .

والمادة ١١٠٢/١ تقرره يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة » .

---

(١) نظرا لأن نقل الحيازه فى القانون الفرنسى ، ليس التزاما على عاتق الراهن وانما هو شرط لانعقاد الرهن ، أمكن القول أن الالتزام الوحيد الذى ينشأ عن عقد الرهن هو التزام المرتهن برد الشى المرهون عند انقضاء الرهن ، ويترتب على هذا الالتزام ، التزامه بالمحافظة على الشيء أثناء الرهن . راجع ، بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٢٠٣ ومابعدها ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١١١ .

(٢) قارن ، شمس الدين الوكيل ، ص ٥١٢ ومابعدها ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٢٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فإذا حدث الهلاك أو التلف قبل التسليم رجع عليه الراهن بالضمان على الوجه المبين فى المادة ١٠٤٨ السابقة دراستها فى الرهن الرسمى ، وهو رجوع تختلف أحكامه بحسب ما إذا كان الهلاك أو التلف نشأ عن خطأ الراهن أو بسبب أجنبى . وإذا حدث الهلاك أو التلف بعد تسليم الشىء إلى المرتهن ونفى هذا الأخير تقصيره فى المحافظة على الشىء، فإنه لا ينفى مسئوليته فحسب ولكنه يثبت أيضا حقه فى الرجوع بالضمان على الراهن طبقا لأحكام المادة ١٠٤٨ المقررة فى الرهن الرسمى (١) .

وإذا ترتب على الهلاك أو التلف حلول قيمة أخرى محل الشىء المرهون كمبلغ تعويض أو تأمين أو ثمن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة أو ثمن بيع الشىء المرهون إلى مشتر حسن النية ، فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى هذه القيمة ، وهو نفس الحكم المقرر بمقتضى المادة ١٠٤٩ فى الرهن الرسمى .

والمادة ١١٠٢ تحيل صراحة إلى أحكام الرهن الرسمى فيما يتعلق بهلاك الشىء المرهون أو تلفه فتقرر أنه « تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشىء المرهون رهنا رسميا أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشىء المرهون إلى ما حل محله من حقوق » (٢) .

وإذا كان المرتهن يلتزم بالمحافظة على الشىء فلا يغير هذا شيئا فى كون الضمان حق له والتزام على الراهن ، ويظهر هذا بوضوح من تحمل الراهن تبعة هلاك الشىء المرهون لسبب أجنبى ولو كانت حيازته قد انتقلت إلى المرتهن .

ويظهر ذلك أيضا فى أن المرتهن إذا كان يقوم بالمحافظة على الشىء فإنما يفعل

---

(١) راجع ما سبق فقرة ٣١ .

(٢) انتقال حق الدائن المرتهن من الشىء المرهون إلى القيمة المالية التى حلت محله ، له صفة استثنائية بحضه فى القانون الفرنسى . ولا توجد تطبيقات له خاصة بالرهن الحيازى . بل أن نص المادة ٢٠٧٦ من القانون المدنى الفرنسى التى تقرر أن الحق فى الأفضلية لا يبقى إلا إذا استمرت الحيازة لدى المرتهن أو الغير الذى عينه المتعاقدان ، سمحت للبعض بالقول أن هذا النص يحول دون تطبيق فكرة الحلول العينى اطلاقا . راجع ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ . فقرة ٨٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ذلك لحساب الراهن وعلى نفقته وهو ما تقرره الفقرة الأخيرة من المادة ١١٠١ من أن « للدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون » .

وقد رأى البعض أن هذا الحكم المنقول عن الرهن الرسمى لا يتفق كثيرا مع الرهن الحيازى حيث تنتقل الحيازة إلى المرتهن وتصبح المحافظة على الشيء المرهون التزاما عليه لاحقاً له (١) .

ولكن الصحيح أن الضمان فى الرهن الحيازى كما هو الشأن فى الرهن الرسمى حق للمرتهن واجب على الراهن . وإذا كان المرتهن يلتزم بالمحافظة على الشيء فمرجع ذلك وجود الشيء من الناحية الفعلية تحت سيطرته فيقوم بالمحافظة عليه لحساب الراهن وعلى نفقته فيما يتعلق بالملكية ولحسابه هو فيما يتعلق بالرهن . والراهن هو الذى يتحمل تبعة الهلاك أو التلف فى حالة القوة القاهرة ، وهو الذى يتحمل نفقات المحافظة على الشيء (٢) .

الخلاصة أن الراهن يضمن هلاك الشيء المرهون أو تلفه سواء حدث ذلك قبل تسليمه إلى المرتهن أو بعد التسليم . وهو يضمن الهلاك أو التلف إذا نشأ عن خطئه هو أو عن سبب أجنبي . ومن أمثلة خطأ الراهن أن يهدم العقار المرهون أو أن يبيع المنقول المرهون إلى مشتر حسن النية يكتسب عليه حقا يحتج به فى مواجهة الدائن المرتهن . ومن أمثلة الهلاك أو التلف بسبب أجنبي أن تنزع ملكية العقار للمنفعة العامة أو أن يهلك هلاكاً مادياً بسبب الطبيعة أو بفعل الغير . وإذا حدث هذا قبل التسليم فلا يطالب المرتهن باثبات شيء ، أما إذا حدث بعد التسليم فيكفى أن ينفى المرتهن تقصيره فى المحافظة على الشيء حتى تنشأ مسئولية الراهن ، فلا زالت فكرة الضمان فى الرهن الحيازى هى بذاتها فى الرهن الرسمى وهى أنه حق للدائن والتزام على الراهن .

---

(١) سليمان مرقس ، فقرة ٢٧١ .

(٢) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٨٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ أن نص المادة ١١٠١ يقرر على الراهن التزاما بالعمل على نفاذ الرهن وهو ما سبينه عند دراسة الإجراءات اللازمة لنفاذ الرهن الحيازى فى مواجهة الغير.

§ ب – التزامات المرتهن

يلتزم المرتهن بالمحافظة على الشيء وبادارته واستثماره وبرده بعد أن يستوفى كامل حقه. وتنفيذ هذه الإلتزامات يؤدى إلى تحقيق الرهن ويعود بالفائدة على المرتهن نفسه.

٨٣ – الالتزام بالمحافظة على الشيء :

التزام المرتهن بالمحافظة على سلامة الشيء ينشأ من وقت انتقال حيازة الشيء إليه. فإذا كان الشيء قد سلم إلى أجنبى وهو العدل فإن الالتزام يقع على عاتق هذا الأخير (١).

وأساس هذا الالتزام أن الراهن لاينقل للمرتهن ملكية الشيء وإنما ينقل له الحيازة فقط وبصفة مؤقتة. وإحتفاظ الراهن بالملكية مع نقل الحيازة للمرتهن يؤدى بذاته إلى ضرورة قيام المرتهن بالمحافظة على الشيء الموجود فى حيازته حماية لحق المرتهن فى الملكية (٢).

والتزام المرتهن هو التزام بعمل المطلوب منه فيه أن يبذل عناية الرجل العادى فى المحافظة على الشيء (م ١١٠٣) وحسب نص المادة ١/٢١١ « فى الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطه فى تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العنايه كل مايبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا مالم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك ».

---

(١) بودان وفواران، ج ١٣، فقرة ٢٠٤؛ مازو، ج ٣، فقرة ٨٢.

(٢) التزام المرتهن بالمحافظة على الشيء نتيجة طبيعية لالتزامه برد الشيء عند انقضاء الرهن بلانيول وريبير وبيكيه، ج ١٢، فقرة ١١١.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والقانون نص صراحة على أن العنايه المطلوبه من المرتهن فى المحافظة على الشيء هى عناية الرجل العادى (م ١١٠٣) . والتزام المرتهن على هذا النحو هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجه . فإذا لم يقصر المرتهن فى بذل عناية الرجل العادى فى المحافظة على الشيء ولكنه هلك مع ذلك أو تلف فلا مسئولية عليه (١) .

ولكن المشرع ألقى على عاتقه فى هذه الحالة أن يثبت أن الهلاك أو التلف راجع إلى سبب أجنبى . والواقع أن الهلاك أو التلف إذا لم يكن يرجع إلى تقصير المرتهن فهو يرجع حتما إلى سبب أجنبى كقوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الراهن . وإذا نفى الراهن عن نفسه التقصير أدى هذا ضرورة إلى إرجاع الهلاك أو التلف إلى سبب أجنبي . ولكن المشرع لم يكتفى من المرتهن بنفى التقصير عن نفسه ولكنه تطلب تحديد السبب الأجنبي الذى ينتج عنه الهلاك أو التلف .

ويعتبر هذا تشدداً من المشرع فى نفى المسئولية عن المرتهن ، ولكنه لا يؤدى كما اعتقد جانب من الفقه إلى اعتبار التزام المرتهن التزاما بنتيجة (٢) . فالالتزام لا يكون التزاما بنتيجة بالمعنى القاطع إلا إذا تحمل فيه المدين تبعة الحادث

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى يعتبر التزام المودع لديه بالمحافظة على الشيء التزاما ببذل عنايه ، الوجيز ، ص ٧٧٢ .

(٢) الواقع أن الاتجاه الغالب فى الفقه المصرى يذهب إلى اعتبار التزام المرتهن التزاما بنتيجه ونكتفى هنا بالاشارة إلى بعض ماقاله أستاذنا الدكتور شمس الدين الوكيل فهذا الشأن. فهو يلاحظ « وجوب مراعاه الحيطه فى الرجوع إلى النصوص، للاستدلال منها على تحديد نطاق تقسيم الالتزامات إلى بذل عنايه أو تحصيل نتيجة . فلا يكفى أن يرد نص فى القانون يقرر أن المدين ملتزم ببذل عنايه معينة للقول بأنه غير ضامن لتحقيق النتيجة التى تؤدى إليها هذه العنايه عادة . وانما يجب الاستناد إلى معيار آخر ، وهو الراجح بين الفقهاء ، المروجين لهذا التقسيم ، قوامه أن العبرة بمدى احتمال وقوع النتيجة ، ومدى سيطرة المدين عليها وقدرته على تحقيقها . فإن كانت العناية المطلوبة منه تؤدى إلى الغاية منها ، كنا بصدد التزام بتحصيل نتيجة . المثال الحى الذى يصدق عليه المعيار المتقدم هو التزام الدائن المرتهن المقرر فى نص م ١١٠٣ » (شمس الدين الوكيل ص ٥١٣) . ومن نفس الرأى ، راجع ، منصور مصطفى منصور ، ص ٢٢٤ ؛ محمد على أمام ، ص ٥٢٤ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٤٧٩ ؛ سليمان مرقس ، فقرة ٢٨٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المفاجىء أو القوة القاهرة ، والأمر غير ذلك بالنسبة للمرتهن حسب نصوص القانون ، إلا إذا وجد اتفاق يجعل المرتهن مسئولا عن الهلاك أو التلف فى جميع الأحوال وهو اتفاق جائز قانونا وفى هذه الحالة فقط يصبح التزام المرتهن التزاما بتحقيق نتيجة (١) .

والمحافظة على سلامة الشيء تؤدى أيضا إلى المحافظة على سلامة الرهن . ومع ذلك فضمان سلامة الرهن يقع فى النهاية على عاتق الراهن كما رأينا من قبل . وهذا يؤكد مرة أخرى أن التزام الراهن هو التزام ببذل عناية فقط .

والعنايه التى يبذلها الراهن فى المحافظة على الشيء من شأنها أن تؤدى إلى المحافظة على الملكية وعلى الرهن ، ولكن إذا حدث الهلاك أو التلف رغم هذه العناية بسبب أجنبى فإن الراهن هو الذى يتحمل العبء فى آخر الأمر ، فمن ناحية تزول ملكيته أو تنتقص دون أن يرجع على المرتهن بشيء . ومن ناحية أخرى يزول الرهن أو ينقضى مما يعطى للمرتهن أن يرجع عليه بالضمان طبقا لأحكام المادة ١٠٤٨ السابق دراستها فى الرهن الرسمى (٢) .

---

(١) الفائدة من البحث فيما إذا كان التزام المدين بعناية أو بوسيلة ، هى معرفه حدود مسئولية هذا المدين ، فاذا بين المشرع أو الاتفاق حدود هـذه المسئولية ومتى يمكن دفعها ، لم تعد للبحث فى طبيعة الالتزام أدنى أهميه عمليه .

وفى هذا المعنى يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى « أن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام بغايه ، وأن الالتزام بغايه قـد ينقلب إلى التزام بعناية ، وأن المهم فى كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبى ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ التافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، يتدرج المدين فى مسئوليته العقدية وفقا لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والتزام بعناية » (الوجيز ، ص ٢٥٩) .

(٢) حدود المسئولية بين الراهن والمرتهن واضحه فى الواقع ، فاذا أثبت المرتهن أن الهلاك نشأ عن قوة قاهره أو فعل الغير أو فعل الراهن ، انقضى التزام المرتهن بالمحافظة على الشيء ونشأ التزام الراهن بضمان الرهن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٨٤ - الالتزام بالإدارة والاستثمار :

الغرض من إنتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن ، ليس هو فقط تأكيد سيطرته عليه ، ولكن تمكينه أيضا من استيفاء حقه من ثمار الشيء أو إيراده ، إذا كان منتجا لشيء من هذا .

ويترتب على ذلك التزام منطقي على عاتق الدائن المرتهن ، بأن يتولى إدارة الشيء المرهون وإستثمارة .

وعليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد (١) . ومقتضى هذه العناية أن يقوم باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى دخله ، كما لو اقتضى الأمر تغيير طريقة استغلال الشيء بتحويل المنزل المعد للسكن إلى فندق مثلا (٢) . وفى هذا تقرر المادة ١١٠٦/١ « يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد . وليس له أن يغير من طريقة إستغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله » (٣) .

وإذا أساء المرتهن إدارة الشيء المرهون ، كان للراهن أن يطالب باسترداده وهو مانعرض له فيما بعد (م ١١٠٦/٢) .

والدائن المرتهن يتولى إدارة الشيء واستثمارة لحساب الراهن (٤) ، فهذا الأخير هو مالك الشيء وإليه تعود ثماره (٥) .

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، ص ٢٧٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٢٥ .

(٣) ويلاحظ أن واجب اخطار الراهن لا يعرض فقط بمناسبة إدارة الشيء المرهون ، ولكن بمناسبة التزام المرتهن بالمحافظة عليه أيضا .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٠٨ .

(٥) تنص المادة ١١٠٤ من القانون المدنى على أنه « (١) ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . (٢) وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا مالم يتفق على غير ذلك . (٣) وما حصل =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن نظراً لأن الراهن مدين للمرتهن بالدين وفوائده وملحقاته، فان المرتهن يخصم ثمار الشيء أو مقابل الفائدة التي جناها باستعماله، من مستحقاته قبل الراهن. « ... على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظه على الشيء وفي الاصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين » (م ١١٠٤/٣) .

على أن المقابلة بين ثمار الشيء وفوائد الدين اقتضت من المشرع أن يضع لها نصا خاصا (م ١١٠٥) . وحسب هذا النص لايخرج الأمر عن ثلاثة فروض:

١ — أن يتفق في العقد على سعر الفائدة، وهو اتفاق صحيح في حدود ٧٪ وهو الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية (م ٢٢٧) ، وفي هذه الحالة تقع المقاصة بين الثمار وبين الفوائد .

٢ — ألا يتفق في العقد على سعر الفائدة، ولكن يتفق على أن تجعل الثمار مقابل الفوائد . مثل هذا الاتفاق لاينبغي أن يؤدي إلى زيادة سعر الفائدة عن ٧٪ ، فاذا زادت الثمار عن هذا القدر ، فلايستحق الدائن منها إلا مايقابل ٧٪ فقط من الدين ، أي أنه يستحق عن الدين ، أقل القيمتين ٧٪ أو ثمار الشيء إذا قلت قيمتها عن ذلك .

٣ — ألا يتفق في العقد على سعر الفائدة ، ولا يتفق كذلك على أن تجعل الثمار مقابل الفوائد . في هذه الحالة يستحق الدائن الفوائد القانونية (٤٪ في المسائل المدنية ، ٥٪ في المسائل التجارية) ، بما لايتخطى قيمة الثمار .

أي أنه في الفرضين الأخيرين يستحق الدائن كفائدة عن الدين ، أقل القيمتين: قيمة الثمار ، أو قيمة الفائدة الاتفاقية أو القانونية (١) . أما في الفرض الأول

= عليه الدائن من صافي الريع وما استفادة من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ... » . أنظر نقض مدني ، جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة ، ج ١ ، ص ٣٩٣ ، فقرة ١٠ .

(١) تنص المادة ١١٠٥ من القانون المدني على أنه :

« (١) إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فقد تزيد الفائدة عن الثمار بشرط الاتتخطى ٧٪ ، وقد تقل عنها بحسب الاتفاق.

ونظراً لأن الثمار تستهلك فى الغالب مقابل الفائدة ، فان الدائن لايستوفى شيئا من أصل الدين وملحقاته الأخرى ، عن طريق الخصم من الفوائد .

ورغم ذلك فقد نص المشرع على أنه « . . . إذا لم يعينا ميعاداً لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استنزاله من قيمة الثمار ، دون اخلال بحق المدين فى الوفاء بالدين فى أى وقت أراد » .

والواقع أنه إذا كان اجل الدين غير محدد ، فان الدائن لايستطيع أن يطالب بحقه ويتخذ إجراءات التنفيذ على الشىء المرهون ، لأن اقتضاء الدائن لحقه مشروط بأن يكون مستحق الأداء . والمشرع يعطيه فقط أن يستوفى حقه خصما من الثمار، وهو حق غير منتج إذا لم يكن للثمار فائض ، ولذلك يجوز للدائن أن يلجأ إلى القضاء لتحديد أجل حلول الدين .

وفى هذا تقرر المذكرة الإيضاحية ، أنه « إذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل ، فيحدد القاضى أجلا للحلول مراعيا فى ذلك موارد المدين الحاليه والمستقبلة ومقتضيا عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه . وغنى عن البيان أن المدين يستطيع أن يوفى الدين فى أى وقت شاء فيسترد العين المرهونة » (١) .

والخلاصة أن الدائن المرتهن يستثمر الشىء المرهون لحساب الراهن، ولكنه يحتفظ بالثمار خصما من الدين .

= كله أو بعضه فى مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذا فى حدود أقصى مايسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية » .

« (٢) فاذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار فى مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار ...».

(١) المذكرة الإيضاحية ، ج ٢ ، ص ٢٢٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٨٥ - الالتزام بالرد :

حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون ، حيازة عرضية مؤقته فى مواجهة المالك. ولذلك فهو يلتزم برد الشيء عند انقضاء حقه فى الرهن .

والتزام المرتهن بالرد ، التزام تعاقدى ينشأ عن عقد الرهن ذاته ، إلا أنه التزام معلق على شرط هو استيفاء الدائن حقه قبل المدين (١) .

وفى هذا تنص الماده ١١٠٧ من القانون المدنى « يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، ومايتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات . » والمقصود بهذا أن يستوفى الدائن كل حقوقه المضمونة بالرهن كما تحددها المادة ١١١١ التى سندرسها فيما بعد .

ويلاحظ أنه بحسب نص المادة ١١١١ فان الرهن يضمن المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشيء ، دون المصروفات النافعة التى تؤدى إلى تحسينه فقط . ومع ذلك فللدائن أن يمتنع عن الرد حتى يستوفى المصروفات النافعة ليس تطبيقا لحقه فى الحبس الناشئ عن الرهن ، ولكن تطبيقا للحق العام فى الحبس المقرر فى المادة ٢٤٦ ، وهو يضمن المصروفات الضروريه والمصروفات النافعة أيضا (٢) .

ومن ناحية أخرى فان المرتهن قد يجبر على الرد قبل حلول أجل الدين ، إذا أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك أهمالا جسيما . ويترتب على الرد إما وضع الشيء تحت الحراسة وفى هذه الحالة لاينقضى الرهن، وإما أن يسترد الراهن الشيء مقابل دفع ماعليه وفى هذه الحالة ينقضى الرهن والدين معاً . (م١١٠٦/٢) .

ويلاحظ أن الرد فى الفرض الأخير ، مشروط أيضا بأن يستوفى الدائن حقوقه قبل المدين . على أنه إذا كان المبلغ المضمون لاتسرى عليه فائدة ، ومعنى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١١١ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٣٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذلك أن الفائدة محسوبة فى أصل الدين ، ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكن للدائن إلا دينه مخصوما منه الفائدة بالسعر القانونى عن المدة الباقية (١) .

وحق الراهن فى استرداد الشيء المرهون ، هو حق شخصى ينشأ من عقد الرهن، ويتقادم بمضى ١٥ سنة، وهى مدة التقادم العادية بالنسبة للالتزامات . وتبدأ هذه المدة فى السريان من وقت انقضاء الرهن وهو الوقت الذى يستطيع فيه الراهن المطالبة بالاسترداد (٢) .

على أن الراهن له دعوى أخرى عينية ، هى دعوى الاسترداد المقررة لكل مالك وهى لاتسقط بالتقادم . ولن يعوق استعمال هذه الدعوى ماللمرتهن من حيازة ، لأنها حيازة عرضيه فى مواجهة الراهن ، وهى لن تؤدى بذاتها إلا اكتساب المرتهن الملكية بالتقادم ، بل لابد أن يقوم بتغيير سند حيازته بعمل إيجابى فيه معنى المنازعة فى حق المالك (م ٩٧٢) ، كاتخاذ إجراءات قضائية أو القيام بأعمال مادية فى هذا المعنى (٣) .

---

(١) تنص المادة ١١٠٦/٢ « فاذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك اهمالا جسيما ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ماعليه . وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لاتسرى عليه فائده ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا مايبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة مابين يوم الوفاء ويوم حلول الدين » .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١١١ .

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٣٢؛ قارن ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١١١ . والمسألة محل خلاف فى الفقه الفرنسى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المبحث الثانى

آثار الرهن بالنسبة إلى الغير

الحق العينى فى الرهن لاينفذ فى مواجهة الغير إلا بانتقال حيازة الشى المرهون من الراهن إلى المرتهن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان .

وانتقال الحيازة ليس شرطا لانعقاد الرهن كما هو الشأن فى القانون الفرنسى والقانون المدنى القديم ، ولكنه شرط لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير (١) .

وانتقال الحيازة يتحقق بتنفيذ الراهن التزامه بالتسليم وهو من آثار الرهن فى العلاقة بين الراهن والمرتهن (٢) .

وانتقال الحيازة إلى المرتهن يعطيه الحق فى حبس الشىء المرهون فالمرتهن صاحب حق فى الرهن وصاحب حق فى الحبس أيضا . ووجود الحقين معاً يسمح له بمباشرة الأفضلية والتتبع على الشىء المرهون اقتضاء لحقه .

وبجانب انتقال الحيازة ، لابد من توافر شروط أخرى لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، هى القيد بالنسبة للعقار ، واثبات التاريخ بالنسبة للمنقول ، وهو ماندرسه عند التعرض للأنواع المختلفة للرهن الحيازى .

وندرس فيما يلى ، الحيازة ، والحبس ، والأفضلية ، والتتبع .

٨٦ - الحيازة :

يجب أن تنتقل حيازة الشىء المرهون من الراهن إلى المرتهن أو الأجنبى الذى يعينه المتعاقدان بصورة ظاهرة ومستمرة .

١ — والمقصود بأن تكون حيازة المرتهن ظاهرة أن يفقد الراهن حيازة

---

(١) المذكرة الايضاحية ، جـ ٧ ، ص ٢٠٠ .

(٢) راجع مابسبق ، فقرة ٨١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الشيء بحيث لايبقى عنصراً من عناصر ائتمانه فى مواجهة الغير (١) .

ولايقصد بذلك أن الشيء لايصلح بعد الرهن لتقرير حقوق عينية أخرى عليه ، بل على العكس من ذلك فان المشرع يقرر أنه « يجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون » (١١٠٩/٢) . غاية الأمر أن كل دائن مرتهن جديد يعلم عندما يرى أن حيازة الشيء المرهون قد انتقلت من الراهن إلى المرتهن أنه قد سبق تحميل هذا الشيء برهن آخر فيتعاقد على الرهن الجديد على هذا الأساس .

والحيازة قد تنتقل إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان (١١٠٩/١). والأجنبي يحوز الشيء لحساب الراهن فيما يتعلق بحق الملكية ولحساب المرتهن فيما يتعلق بحق الرهن . ووجود الشيء فى حيازة شخص أجنبي يسمح من الناحية العملية برهن نفس الشيء أكثر من مرة واحدة ، لأنه أسهل أن يحوز شخص أجنبي الشيء لحساب عدة دائنين مرتهنين ، من أن يحوز هذا الشيء أحد هؤلاء لحسابه وحساب الآخرين (٢) .

والهدف الأساسي من انتقال الحيازة هو الاعلان عن حق الدائن على الشيء ، ويبدو هذا ضروريا بالنسبة للمنقول ، لأن الحيازة هى أساس الاعتراف بالحقوق الواردة عليه والوسيلة الطبيعة لشهر هذه الحقوق (٣) . ولكن هذا الهدف لايبدو واضحا بالنسبة للعقار ، وقد اشترط المشرع قيد الرهن حتى ينفذ فى مواجهة الغير ، وكان يكفى هذا الشرط دون اشتراط نقل الحيازة بعد ذلك (٤) .

وقد راعى المشرع بالفعل الفارق بين العقار والمنقول ، فأجاز أن يكون نقل الحيازة حكميا فقط بالنسبة للعقار (١١١٥) بأن يبقى العقار فى حيازة الراهن بصفة مستأجر مثلا مع ذكر ذلك فى القيد أو التأشير به على هامشه ، على ماسنذكره

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٨٧ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٤٢ .

(٣) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٦٩ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، فقرة ٨٦ .

(٤) شمس الدين الوكيل ، ص ٤٨٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٤٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فيما بعد . أما بالنسبة للمنقول فلا بد أن تنتقل الحيازة حقيقه إلى المرتهن وأن يفقد الراهن هذه الحيازة فعلا (١) . ومسألة انتقال الحيازة فعلا وبشكل ظاهر من الراهن إلى المرتهن ، مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضى عند النزاع (٢) .

وانتقال الحيازة الظاهرة من الراهن إلى المرتهن تختلف شروطه بحسب طبيعة الشيء المرهون وما إذا كان عقاراً أو منقولا أو دينا ، وهو ماسنبينه عند دراسة الأنواع المختلفة للرهن الحيازى .

٢ — وانتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن ينبغى أن يكون مستمرا ودائما. وفى هـذا ينص المشرع فى المادة ١١٠٠ على أنه « إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون اخلال بحقوق الغير » .

والمقصود بهذا النص وهو مأخوذ من القانون الفرنسى ، وضع حد للعادات التى كانت تجرى فى روما ومن الممكن أن تجرى فى أى مجتمع ، من انتقال الحيازة فعلا من الراهن إلى المرتهن ، ثم عودتها بعـد ذلك إلى الراهن بصفه أخرى باعتباره مستأجراً من المرتهن مثلا ، وهو مايؤدى إلى زيادة ائتمان الراهن دون حق ، ويؤدى إلى الاضرار بحقوق الغير الذى يتعامل مـع المرتهن على أساس أن الشيء فى حيازته خال من كل حق عليه (٣) .

ولـكن هذه القاعدة تسرى فقط بالنسبة للمنقول،أما العقار فيجوز أن يعود

---

(١) إذا كان المنقول فى حيازة المرتهن من قبل بصفة مستأجر أو مستعير ، ثم تغير سند حيازته فصار مرتهنا فان التسليم فى هـذه الحالة يـكون حكميا ، ومع ذلك فأن الحيازه تعتبر حقيقية . ولـكن الصورة العكسيه للتسليم الحـكمى وهى أن يبقى الشيء المرهون فى حيازةالمالك الراهن بصفة مستأجر مثلا ، فهىلاتؤدى إلى حيازة المرتهن الحقيقيه ، ولاتؤدى إلى نفاذ رهن المنقول فى مواجهة الغير . راجع ، بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٢ ، فقرة ٨٧ .

(٢) بودان وفواران ، جـ ١٣ ، فقرة ١٧٠ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، جـ ١٢ ، فقرة ٨٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إلى حيازة المرتهن بصفة مستأجر مثلا بشرط التأشير بذلك فى هامش القيد ، وهو مايكفى لاعلان الغير بحق الدائن المرتهن . (م ١١١٥)

وبالنسبه للمنقول إذا عاد إلى حيازة المرتهن بصفة مؤقتة فقط ولأمر عارض، لاصلاحه مثلا ، فلا يؤدى هذا إلى انقضاء الرهن . ومع ذلك فحماية للغير ، إذا ترتبت لهم حقوق على المنقول فى هذه الفترة فلا يحتج فى مواجهتهم بالرهن . (م ١١٠٠)(١) .

وانتقال الحيازة الظاهرة والمستمرة إلى الدائن المرتهن يمكنه من حبس الشىء المرهون حتى يستوفى حقوقه .

٨٧ - الحبس :

تنص المادة ١١١٠ على أنه : « (١) يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون . (٢) وإذا خرج الشىء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة » .

والدائن المرتهن يتمكن من حبس الشىء المرهون بانتقال حيازته إليه ، أو إلى الأجنبى الذى عينه المتعاقدان ، والذى يباشر الحبس لمصلحه الدائن ويسأل أمامه عن أى اخلال بذلك (٢) .

والحق فى الحبس غير ناتج عن الحق فى الرهن ، ولكنه مستقل عنه . والقول بغير ذلك يجعله مقيدا بحدود ما للدائن من سلطتى الأفضلية والتتبع ، ويجعله بالتالى عديم الفائدة (٣) ، مع أن فائدة هذا الحق لاتظهر إلا فى الحالات التى لايعمل

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١١ ، فقرة ٨٧ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٧٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٤٤ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٤٨٨ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٢١٧ .

(٣) قارن ، منصور مصطفى منصور ص ٢٥٩ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٥٥١ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٤٩٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فيها حق الدائن فى الأفضلية أو التتبع . وهو لهذا السبب نوع من الحبس المقرر فى القواعد العامة (١) .

ورغم استقلال الحبس عن الرهن فهو يعمل على تدعيمه .

وللدائن المرتهن أن يحبس الشيء المرهون فى مواجهة الراهن حتى يستوفى كل حقوقه قبله .

وإذا تصرف الراهن فى الشيء المرهون ، فان المرتهن يحتج فى مواجهة الغير بحقه فى الحبس .

وإذا قام أحد الدائنين العاديين بالتنفيذ على الشيء المرهون ، فللمرتهن أن يحبس الشيء فى مواجهة الراسى عليه المزاد حتى يستوفى كل حقوقه (٢) .

وإذا كان المرتهن لا يستطيع التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلنى ، كما هو الشأن فى الملكية الزراعية الصغيرة التى لا تزيد على خمسة أفدنة ، فهو يستطيع مع ذلك حبس الشيء حتى يستوفى كامل حقوقه . وهنا تظهر فائدة الحبس فى أنه يعمل استقلالا رغم عدم قدرة الدائن على مباشرة حقه فى التنفيذ على العقار المرهون (٣) .

ولكن التساؤل يثور عن إمكان الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة دائنين مزودين بتأمينات عينيه تفضل فى الدرجة حق المرتهن رهنا حيازيا . إذا قلنا أن الحق فى الحبس مستقل تماما عن التأمينات وأنه يحتج به فى مواجهة أصحابها جميعا ولو كانوا يفضلون فى الدرجة صاحب الرهن الحيازى ، لترتب على ذلك أن المرتهن رهنا حيازيا يحتج على سائر الدائنين بما له من حقه فى الحبس ، ولو كان لا يتقدم عليهم بما له من حقه فى الرهن . وهذا مايقول به البعض فعلا (٤) .

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٧٨ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٢١٨ .

(٣) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٢١٨ .

(٤) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٧٨ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٠٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولكن الرأى الذى نفضله هو أن الحبس نفسه أنواع مختلفة ، وأنه فى الحالات التى يتلقى فيها صاحب الحق حقه بمقتضى عقد ، فانه يكون خلفا خاصاً للمتعاقد معه ، وبالتالى فلا يمس حقه فى الحبس ، الحقوق الأخرى الواردة على الشىء والتى تم حفظها قانوناً (١) .

ويتفق هذا مع نص المشرع على أن الرهن يعطى للمرتهن حقا فى الحبس « دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون » (م ١١١٠) .

وفى هذا الشأن تنبغى التفرقه بين العقار والمنقول .

فاذا كان الشىء المرهون عقاراً فان الاعتراف بالحقوق عليه يتم عن طريق الشهر ، ولذلك فلا يجوز للدائن المرتهن رهنا حيازيا أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة دائن آخر له رهن مقيد على العقار سابق فى المرتبة على الرهن الحيازى ، وعند التنفيذ على العقار فليس للدائن الذى يحبس العقار أن يمتنع عن تسليمة للراسى عليه المزاد ولو لم يستوفى كل حقوقه طالما أن ثمن العقار قد دفع لدائنين متقدمين عليه فى المرتبة (٢) .

والواقع أنه بالنسبة للعقارات فلا تبدو فائدة الحق فى الحبس ، إلا فى الحالات التى يمتنع فيها أصلا التنفيذ على العقار ، كما هو الشأن فى الملكية الزراعية الصغيرة . وفى هذا الفرض يستفيد الدائن المرتهن من حقه فى الحبس ، كوسيلة لاستيفاء حقه من ثمار الشىء أو للضغط على المدين حتى يوفى الدين اختياراً . أما الدائنون الذين لاحق لهم فى الحبس فلا يستفيدون من حقوقهم العينيه شيئا ولو كانت متقدمة فى المرتبة .

أما بالنسبة للمنقول فان الدائن المرتهن لا يحتج بحقه فى الرهن ، أو بحقه فى الحبس الا إذا كان حسن النية لا يعلم بحقوق الغير على المنقول . وإذا كان حسن النية فهو

---

(١) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٢٨٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٥٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يحتج بحقه فى الحبس والرهن حتى فى مواجهة أصحاب الحقوق على المنقول كالمالك له مثلا .

وإذا كان الراهن قد أنفق مصروفات نافعة على الشيء المرهون ، فهو يحبس هذا الشيء حتى يستوفى هذه المصروفات وإن كانت لاتدخل فى موضوع الأفضلية بحسب الرهن . وفى هـــذا الفرض يعمل الحق فى الحبس استقلالا عن الحق فى الرهن (١) .

ويظل الحق فى الحبس قائما ولو خرج الشيء المرهون من حيازة الراهن دون علمه أو رغم إرادته ويكون له فى هذه الحالة الحق فى استرداده وفقا لأحكام الحيازة (م ١١١٠/٢) ، ويعتبر الشيء المرهون فى هذه الحالة فى حكم الشيء المسروق أو الضائع (٢) . ويباشر المرتهن حقه فى الاسترداد حتى فى مواجهة الراهن (٣) .

والحق فى الحبس وإن كان مستقلا فى أساسه عن الحق العينى فى الرهن ، ويعمل أحيانا بصفة مستقلة عن الرهن ، إلا أنه ينشأ عن عقد الرهن ولذلك فصاحب الحق فى الحبس هو خلف خاص للراهن ، وبالتالى لايجوز أن يمس الحبس بحقوق الغير التى تم حفظها قانونا . وننتقل الآن إلى دراسة مضمون الحق العينى فى الرهن بالنسبة للغير .

٨٨ - الأفضلية والتتبع :

حق الدائن فى التقدم هو قوام الرهن الحيازى ، كما هو الشأن بالنسبة للتأمينات العينية الأخرى .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٣٠ .

(٢) والمرتهن يسترد الشيء كالمالك له . وفى هذا تنص المادة ٩٧٧ « (١) يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقدة أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . (٢) فاذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٥١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والدائن يباشر حقه فى الأفضلية على ثمن الشيء المرهون بعد بيعه بالمزاد العلنى ، أو على القيمة المالية التى حلت محل الشيء المرهون فى حالة هلاكه أو تلفه. (م١٠٩٦ ، م ١١٠٢/٢) .

ومرتبة الدائن فى الأفضلية تتحدد بوقت القيد بالنسبة للعقار ، ووقت إثبات تاريخ العقد بالنسبة للمنقول ، والتاريخ الثابت للإعلان أو القبول بالنسبة للديون كما سنرى فيما بعد . (المواد ١١١٤ ، ١١١٧ ، ١١٢٣/١) ، وذلك بشرط توافر الحيازة الظاهرة المستمرة للمرتهن ، وهو الشرط المشترك لنفاذ الرهن الحيازى بأنواعه المختلفة فى مواجهة الغير .

وموضوع الأفضلية هو أصل الدين ، وكذلك ملحقاته وهى تشمل :

أ — المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشيء أى التى بدون انفاقها كان الشيء يهلك أو يتلف . وهذه المصروفات يضمنها الحق فى الحبس المقرر فى القواعد العامة (م٢٤٦) ، ويضمنها كذلك إمتياز مصروفات الحفظ والصيانة إذا كانت قد أنفقت على منقول، على ماسنرى عند دراسة حقوق الامتياز(م١١٤٠). أما المصروفات النافعة فلا يضمنها الحق فى الرهن ، ولكن يضمنها الحق فى الحبس ، الناشيء من عقد الرهن أو الناشيء عن القواعد العامة (١) .

ب — التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء ، كما لو كان الشيء المرهون حيوانا مريضا بمرض معد انتقل إلى حيوانات أخرى يملكها المرتهن .

حـ — مصروفات عقد الدين ، وكذلك عقد الرهن ، وقيده إذا تعلق بعقار ، وتجديد القيد ، وكذلك مصروفات تنفيذ الرهن ، كمصروفات نقل حيازة الشيء المرهون مثلا .

د — جميع الفوائد المستحقة وفى هذا الشأن لم يقيد المشرع الفوائد بأن تكون عن السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية فقط كما هو الشأن بالنسبة

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٤١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

للرهن الرسمى (١٠٥٨/٢) ، ولكنه قيد الفوائد بما جاء فى نص المادة ٢٣٠ فقط وهى التى تسرى على الرهن الرسمى أيضا وتمنع سريان الفوائد فى مواجهة الراهن بعد رسو المزاد (١) . وقد جاءت كل هذه الأحكام فى المادة ١١١١ من القانون المدنى (٢) .

والدائن المرتهن « يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى إقتضاء حقه من ثمن الشيء فى أى يد يكون » (م ١٠٩٦) ، وهذا هو الحق فى التتبع ، والمقصود به أن تصرفات الراهن فى الشيء المرهون بعدالرهن لاتؤثر فى حقوق الدائن المرتهن ، الذى يحتج بحقه وينفذ على الشيء ، رغم إنتقال ملكيته ، أو أى حق عينى آخر عليه إلى الغير .

ويشترط حتى يستطيع الدائن أن يتتبع العقار ، أن يكون حقه نافذا فى مواجهة الغير . وهو لايكون كذلك إلا إذا كانت حيازة المرتهن للشيء قائمة ومستمرة . ولهذا السبب فان أحكام التتبع تتشابه بالنسبة للعقار والمنقول على السواء ، لأنها تخضع دائما لفكرة الحيازة (٣) .

فاذا فقد الدائن المرتهن حيازة المنقول المرهون ، الذى إنتقلت حيازته إلى شخص آخر حسن النية ، فان الدائن لايستطيع الاحتجاج بحقه فى مواجهة الحائز الجديد ، فمن ناحية لم يعد حق الدائن المرتهن نافذا فى مواجهة الغير ، ومن ناحية أخرى فللحائز الجديد أن يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول وعدم جواز التمسك

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٤٢ .

(٢) وهى تنص على أنه « لايقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق وانما يضمن أيضا وفى نفس المرتبة مايأتى : (ا) المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشيء. (ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء (ج) مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازى وقيده عند الاقتضاء (د) المصروفات التى اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازى . (هـ) جميع الفوائد المستحقه مع مراعاة ماجاء فى المادة ٢٣٠ » .

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ٤٧٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فى مواجهته بحقوق على المنقول لم يكن يعلم بها أو يستطيع أن يعلم بها وقت إنتقال الحيازة إليه (م ١١١٨) (١) .

وإذا كان الشيء المرهون عقاراً ، وفقد الدائن المرتهن حيازته ، فلا يستطيع التمسك بعد ذلك بحقه فى الرهن فى مواجهة الغير ، ويصبح فى مواجهتهم مجرد دائن عادى ، حتى ولو كان حقه قد قيد . (م ١١٠٩/١) (٢) .

أما إذا كان الرهن نافذا فى مواجهة الغير ، فان اقتضاء الدائن المرتهن حقه بالتنفيذ على الشيء المرهون ، تختلف إجراءاته بالنسبة للعقار عنه بالنسبة للمنقول.

فبالنسبة للعقار يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على العقار المقررة فى قانون المرافعات ، وكذلك القواعد المقررة فى الرهن الرسمى . والفكرة الأساسية فى هذا الشأن أن الإجراءات واحدة سواء باشرها دائن عادى أو دائن مرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا ، أو غير ذلك من التأمينات (٣) . وأنه لايجوز بصفة خاصة الاتفاق على أن يتملك المرتهن الشيء المرهون عند عدم الوفاء أو يبيع العقار باجراءات أخرى غير الإجراءات المقررة فى قانون المرافعات ، وكذلك إذا كان التنفيذ فى مواجهة الكفيل العينى ، فلا يجوز لهـــذا الأخير أن يدفع بالتجريد .

---

(١) ولكن يلاحظ أنه إذا خرج المنقول من حيازة المرتهن دون علمه أو رغم إرادته ، فله أن يسترده ، طبقا لقواعد استرداد الشيء المسروق أو الضائع (م ١١١٠/١) ويعتبر هذا تتبعا ماديا للشيء ، وهو غير التتبع القانونى ، ولكنه يؤدى إلى استرداد الشيء واعادته إلى حيازة الدائن ، والحيازة هى شرط التتبع القانونى ، أى الحق فى التنفيذ على الشيء رغم انتقال ملكيته إلى شخص آخر ، راجع فى التتبع الفعلى ، والتتبع القانونى ، شمس الدين الوكيل ، ص ٥٤٦ .

(٢) ولكن إذا كانت الحيازة قد انتقلت إلى الراهن بوصفه مستأجرا من المرتهن وذكر ذلك فى قيد الرهن أو تم التأشير به على هامش القيد ، فان حق الدائن المرتهن يكون نافذا فى مواجهة الغير (م ١١١٥) .

(٣) راجع ماسبق ، فقرة ٣٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

(م ١١٠٨)(١).

أما بالنسبة للمنقول ، فان إجراءات التنفيذ هى كقاعدة عامة إجراءات الحجز على المنقول ، ومع ذلك فقد نص المشرع على قواعد أخرى سندرسها عند التعرض للرهن على المنقول . وننتقل الآن إلى دراسة بعض أنواع الرهن الحيازى .

---

(٢) تنص المادة ١١٠٨ على أنه « يسرى على رهن الحيازه أحكام المادة ١٠٥٠ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين وأحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون اجراءات » .

وسريان هذه القواعد على الرهن الحيازى تقيد بالنسبة للمنقول ، على ماسنرى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الثانى

بعض نواع لراهن الحيازى

رغم وحده القواعد التى تسرى على الرهن الحيازى ، فهناك بعض الاختلافات ترجع إلى الشىء المرهون وما إذا كان عقاراً أو منقولا أو دينا .

٨٩ - الرهن العقارى :

القواعد السابق دراستها عن إنعقاد الرهن وأثاره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، تسرى على الرهن العقارى (١) . ومع ذلك فهناك مسألتان فى حاجة إلى شىء من الإيضاح .

١ — بالنسبة لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، فان الرهن العقارى لاينفذ إلا بانتقال الحيازة إلى المرتهن وقيد الرهن . وهذا ماتنص عليه المادة ١١١٤ من أنه « يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب إنتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى » .

وفيما يتعلق بانتقال الحيازة ، فهناك حكم خاص بالرهن العقارى ، يجوز بمقتضاه أن يحتفظ الراهن بالحيازة عند العقد ، أو أن تعود إليه الحيازة أثناء العقد ، بصفة مستأجر للعقار المرهون ، بشرط ذكر ذلك فى القيد ، أو التأشير به على هامش العقد .

وفى هذا تنص المادة ١١١٥ « يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن فى حق الغير . فاذا اتفق على الإيجار فى عقد الرهن وجب ذكر ذلك فى القيد ذاته . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب

---

(١) الرهن الحيازى على عقار له فى فرنسا نظام خاص هو الـ ANTICHRÈSE يختلف عن الرهن الحيازى على منقول وهو الـ GAGE وقد وحد المشرع المصرى النظامين فى نظام واحد ، وان كان قد راعى بعض الاختلافات التى تفرضها طبيعة محل الحق .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أن يؤشر به فى هامش القيد. إلا أن هذا التأشير لا يكون ضروريا إذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً.

والواقع أن اشتراط إنتقال الحيازة لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير، أمر غير سائغ بالنسبة للعقار، ولذلك خفف المشرع هذا الحكم، وجعل العبرة فى نفاذ حق الدائن المرتهن بالقيد، كما هى القاعدة العامة فى جعل الإعتراف بالحقوق على العقارات على أساس الشهر وليس على أساس الحيازة (١).

وإجراءات القيد واحدة بالنسبة للرهن الرسمى والرهن الحيازى وكذلك سائر الحقوق العينيه التبعية على العقارات. والأفضلية بين هذه الحقوق المختلفة (رهن رسمى، رهن حيازى، إختصاص، إمتياز عقارى خاص) تتحدد بوقت القيد (٢). وبالنسبة للرهن الحيازى لابد من توافر الشرطين معاً، القيد وإنتقال الحيازة، مع مراعاة ماسبق ذكره بشأن تأجير العقار للراهن.

٢ — والدائن المرتهن لعقار عليه واجب المحافظة عليه وإدارته واستثماره، وقد درسنا ذلك من قبل. ولكن هناك مسألة واحده جديره بالذكر وهى واجب الدائن المرتهن فى دفع مايستحق على العقار من ضرائب وتكاليف مستحقه للخزانة العامة. وهذه الحقوق وإن كانت تنشأ بعد نشأة حق الرهن، إلا أنها تتقدم عليه، فهى من حقوق الامتياز الخاصة العقارية التى لايجب بشأنها الشهر، ومع ذلك تتقدم على سائر الحقوق المقيده على العقار (م ١١٣٤/٢).

والدائن المرتهن يدفع هذه المستحقات ولكنه يستوفيها من الراهن وفى نفس مرتبه الرهن، وهو بطبيعة الحال يخصمها من الثمار إذا كان العقار منتجا لثمار. ومع ذلك فقد تكون هذه المستحقات، أو المصروفات الأخرى التى تقتضيها المحافظة على العقار، شديده العبء على الدائن المرتهن، ولذلك أجاز له المشرع أن

---

(١) شمس الدين الوكيل، ص ٤٨٢؛ منصور مصطفى منصور، ص ٢٤٢.

(٢) راجع ماسبق، الفقرات، ٣٣، ٣٤، ٣٧.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يتحلل منها . إذا هو تنازل عن حقه فى الرهن (١) .

٩٠ - رهن المنقول :

اختص المشرع رهن المنقول بقواعد خاصة بنفاذه فى مواجهة الغير ، وكذلك طريقة بيع المنقول بالمزاد العلنى أو بغيره .

١ — تنص المادة ١١١٧ على أنه « يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازه أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا . وهـذا التاريخ الثابت يحدد مرتبه الدائن المرتهن » .

وكتابة ورقة ثابته التاريخ ، هو شرط لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير ،وليس لانعقاده أو لإثباته ، ولذلك تلزم كتابة الورقة أياكانت قيمة الدين ولو كانت أقل من عشرة جنيهات (٢) .

والورقة ثابتة التاريخ لابد أن تتضمن بيانات فيها تخصيص للرهن من حيث الشيء المرهون ، والدين المضمون (٣) .

وفائدة الورقة ثابتة التاريخ التى تتضمن تخصيصا للرهن ، تحقيق الحماية الكافية للغير من غش المدين ، وذلك بمنعه من اخراج بعض المنقولات من الضمان العام الدائنين بترتيب رهن عليها لدائن صورى ، أو بدين مبالغ فى قيمته ، أو بتفضيل دائن على غيره بدون حق (٤) .

---

(١) وفى كل هذا تنص المادة ١١١٦ « (١) على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانه وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع مايستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف على أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمه ما أنفق أو يستوفى هـذه القيمة من ثمن العقار فى المرتبة التى يخولها له القانون . (١) ويجوز للدائن أن يتحلل من هـذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن » .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٤٧ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٨٠ .

(٤) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٧١ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ١٥٢ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وعلى أى الأحوال فإن اشتراط إثبات التاريخ، هو القاعدة العامة للاحتجاج بالورقة العرفية فى مواجهة الغير (م ٣٩٥) وليس حكما خاصا برهن المنقول رهنا حيازيا. (١) ومرتبه الرهن تحسب من وقت تحرير الورقة ثابتة التاريخ ، بشرط تحقق الحيازة للدائن المرتهن فى نفس الوقت أيضا ، فتحسب المرتبة من وقت اجتماع الشرطين معا (٢) .

٢ — ونظر للطبيعه الخاصة للمنقول فان الحيازه تلعب بالنسبة له دوراً يتخطى النفاذ فى حق الغير ، فهى تؤثر فى وجوده وانقضائه . ومن هذا أن الراهن إذا كان غير مالك للمنقول المرهون ، فإنه طبقا لنص المادة ١٠٣٣/١ ، وهى التى تحيل إليها المادة ١٠٩٨ فى الرهن الحيازى ، لاينعقد الرهن صحيحا ، حسب مارأينا عند دراسة رهن ملك الغير (٣) . ومع ذلك إذا كان الدائن المرتهن حسن النية وقت انتقال حيازة المنقول إليه ، بحيث لايعلم ولايستطيع أن يعلم أن الراهن غير مالك للمنقول المرهون ، كان له أن يتمسك بحقه فى الرهن فى مواجهة المالك الحقيقى. فالحيازة فى هذا الفرض تؤكد للمرتهن وجود الرهن وليس فقط مجرد نفاذه.

ومن ناحية أخرى إذا باع الراهن الشىء المرهون إلى مشتر حسن النية، وانتقلت حيازته إليه ، وهو لايعلم ولايستطيع أن يعلم بأن المنقول مثقل برهن حيازى ، فإن الملكية تنتقل إليه خالية من الرهن ، وهو مايعنى ليس فقط عدم نفاذ الرهن بل انقضائه أيضا .

وقد نصت على هذه الأحكام المادة ١١١٨ التى تقرر أن .

(١) الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول » .

« (٢) وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى

---

(١) سليمان مرقس ، فقرة ٢٩٨ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٤٨ .

(٣) راجع ما سبق فقرة ٢١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفى الحاله الأولى يشترط للإذن بالبيع ألا يكون الراهن قد عرض تقديم شيء آخر المرتهن بدل الشيء المعرض للهلاك أو التلف ، وكذلك يجوز أن يصدر طلب البيع من الراهن أو الدائن . أما فى الحالة الثانية فلا يصدر طلب البيع إلا من المرتهن دون الراهن .

وفى الحالتين فان الرهن لاينقضى ، ولكنه ينتقل إلى الثمن ، الذى يحدد القاضى كيفية إيداعة (١) . وإذا أودع الثمن عند الدائن المرتهن نفسه ، وقعت المقاصة بين الثمن والدين عند حلول الأجل (٢) .

٩١ - رهن الدين :

رهن الالتزام أو الحق الشخصى هو حوالة لهذا الحق على سبيل الرهن . ولهذا فهو لاينشىء فى نظر البعض حقا عينيا للدائن المرتهن ، لأن الالتزام لايصلح أن يكون محلا للحق العينى (٣) .

وندرس فيما يلى نفاذ الرهن واستثماره والتنفيذ بمقتضاه .

١ — وبالنسبة لنفاذ الرهن لابد من التفرقة بين الديون العادية والديون الثابتة فى سندات إسميه أو إذنيه . أما السندات لحاملها فقد إعتبرها المشرع فى حكم المنقولات المادية وأجرى عليها حكمها فى الرهن (م ١١١٨/١) .

أ — بالنسبه للديون العادية فان رهنها هو كما ذكرنا حوالة لهذا الحق على سبيل الرهن ، ولهذا فهو لايكون نافذا فى حق المدين بالدين المرهون إلا باعلان هذا

---

(١) تقرر المادة ١١١٩/٢ « ويفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه » . ونفس الحكم تقرره المادة ١١٢٠ .

(٢) بودان وفوارات ، ج ١٣ ، فقرة ٢١١ .

(٣) حسن كيره ، الحقوق العينيه الأصلية ، ص ٦٦ ؛ شمس الدين الوكيل ، التأمينات ، ص ٥٥٤ . ومع ذلك فمن الممكن الدفاع عن فكرة لحق العينى على أساس ورود ه على سند الدين الذى تنتقل حيازته للدائن المرتهن . وسند الدين ليس مجرد دليل اثبات لحق شخصى ، انما هو فى ذاته شيء مادى له قيمة مالية هى قيمة الدين المرهون . فبقدر مايعتبر السند تجسيما للدين ، بقدر مايكون الدين تعبيرا عن قيمة هذا السند .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الرهن إليه أو قبوله له وفقا للمادة ٣٠٥ (م١١٢٣/١) (١) .وحسب نص المادة ٣٠٥ فلا تكون الحوالة نافذه فى حق الغير إلا من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول (٢) . ويشترط زيادةعلى ذلك الشرط المشترك بين كل أنواع الرهن الحيازى وهو انتقال حيازة سند الدين إلى الدائن المرتهن . وتحسب مرتبه الرهن من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول بشرط تحقق الحيازة للمرتهن فى نفس الوقت (٢/١١٢٣) .

ب — أما السندات الإسمية والسندات الإذنية فيتم رهنها بالطريق الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن،ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان .(م ١١٢٤).

فالسندات الإسمية يتم رهنها بقيد فى سجلات المؤسسة التى صدرت منها هذه السندات ، وكذلك بالتأشير على صك السند ذاته ، وتحسب مرتبة الرهن من وقت إتخاذ هذه الإجراءات . أما السندات الإذنيه فيتم رهنها بطريق التظهير ، على أن يذكر أن القيمة للضمان .

وفى الحالتين لابد من إنتقال حيازة السند إلى الدائن المرتهن (٣) .

أما « إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز فلا يجوز رهنه » (م١١٢٥)، وقد يكون كذلك لسبب راجع إلى اتفاق أو وصية أو حكم القانون (٤) .

٢ — ويلتزم المرتهن بالمحافظة على الرهن ويقوم بالإدارة والاستثمار ، وهى القاعده بالنسبة الرهن الحيازى بصفة عامة .

---

(١) تنص المادة ٣٠٥ على أنه « لاتكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغيرإلاإذا قبلها المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، ص ١٠٧٠ ومابعدها .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٤٩ .

(٤) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٢ ، ص ٨٦١ ، فقرة ١٨٣ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٥٥٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والالتزام بالمحافظة على الرهن تكون عن طريق المحافظة على الدين المرهون وفى هذا تقرر المادة ١١٢٦ « ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون . فاذا كان له أن يقتضى شيئا من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر باخطار الراهن بذلك . » والمرتهن يباشر باسمه شخصيا إجراءات المحافظة على الدين المرهون ، من هذا حق الدائن المرتهن لأسهم الشركة أن يثير مسئولية مديرى هذه الشركة عن أعمال الإدارة اللاحقة لنشأة الرهن أو حتى السابقة عليه (١) .

وكذلك يقوم الدائن المرتهن باستثمار الدين ، ويكون ذلك عن طريق الحصول على فوائده ومستحقاته الأخرى خصما من حقوقه قبل المدين الراهن . وفى هذا يقرر المشرع ، « للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون والتى تحل بعد الرهن ، وكذلك له أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التى لهذا الدين على أن يخصم مايستول عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا مالم يتفق على غيره » .

وهذا النص محض تطبيق لالتزام المرتهن رهنا حيازيا باستثمار الشىء المرهون (م ١١٠٤ ، م ١١٠٥) (٢) .

على أنه إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون ، فلا يجوز للمدين بالدين المرهون أن يوفى به إلا للمرتهن والراهن معاً ، لتعلق حق كل منهما بهذا الدين . وقد يتفق الراهن والمرتهن فى هذه الحالة ، إما على إستبدال رهن الدين برهن آخر ومن هذا إيداع قيمة الدين المرهون لدى شخص آخر بحيث ينتقل حق الدائن المرتهن فى مواجهة هذا الشخص الجديد . وقد يتفق الطرفان على أنهاء الرهن .

أما إذا لم يحدث اتفاق بينهما فان المدين بالدين المرهون يتخلص من التزامه

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٠٨ .

(٢) راجع ماسبق ، فقرة ٨٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

إذا هو أودع الدين إيداعا قانونيا . وكذلك لكل من الراهن أو المرتهن أن يلزمه بايداع الدين . وإذا رفع نزاع فى هذا الشأن ، فان القاضى يفصل فى مسألة إيداع الدين وينتقل حق الرهن إلى ماتم إيداعة (١) .

٣ — وحتى ينفذ المرتهن بحقه فهو يرجع بذلك على المدين بالدين المضمون . ولهذا الأخير أن يتمسك قبل المرتهن بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل الراهن وقت نفاذ الرهن ، وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الرهن ذاته . وهذا تطبيق للقواعد العامة فى حوالة الحق (٢) . ولكن المشرع أفرد له نصا خاصاً ، فقرر فى المادة ١١٢٧ أنه « يجوز للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التى تكون له هو قبل دائنه الأصلى ، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال له » .

وعلى ذلك يجوز للمدين بالدين المرهون أن يدفع فى مواجهة المرتهن ببطلان الدين المرهون أو إنقضائه ، وكذلك ببطلان الدين المضمون أو انقضائه ، وكذلك ببطلان الرهن ذاته (٣) . فاذا لم يكن هناك مايمكن الدفع به فى مواجهة الدائن

---

(١) تقرر المادة ١١٢٨ أنه « (١) إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع مايؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ماتم إيداعه . (٢) وعلى المرتهن والراهن ان يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، ومع المبادره إلى إنشاء رهن جديد لمصلحه هذا الدائن » .

ويلاحظ البعض أن صياغة الفقرة الثانية من هذا النص معيبه ، لأنها توجه الراهن والمرتهن إلى التعاون ، مع أنه كان الواجب وضع حكم مباشر للفرض الذى لايحدث فيه اتفاق بين الطرفين. راجع ، منصور مصطفى منصور ، ص ٢٣٢ ، هامش ١ .

(٢) تنص المادة ٣١٢ على أن « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحواله فى حقه ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحواله » . راجع ، عبد الرزاق السنهورى ، الوجيز ، ص ١٠٨٧ وما بعدها.

(٣) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٥٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المرتهن ، كان له أن يستوفى حقه من الدين المرهون وذلك بشرط حلول أجل هذا الدين . لأنه إذا حل دين الدائن المرتهن أولا فانه لايستطيع أن يرجع مع ذلك على المدين بالدين المرهون قبل حلول أجل هذا الدين . وعلى الدائن المرتهن أن ينتظر فى هذه الحالة حتى يحل أجل الدين المرهون .

والدائن المرتهن لايستوفى حقه من الدين المرهون ، إلا إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء . وفى هذه الحالة إذا كان محل كل منهما مماثل للآخر كمبلغ من النقود مثلا فان الدائن المرتهن يقبض مايساوى حقه قبل الراهن من هذا المبلغ . أما إذا كان محل الدين المرهون شيئا آخر غير محل الدين المضمون ، فللدائن المرتهن أن يطلب بيع هذا الدين أو يطلب تملكه وفقا للأحكام السابق دراستها بخصوص التنفيذ على المنقول المادى (١) .

والخلاصة أن رهن الدين هو حواله لحق الراهن على سبيل الضمان . ولذلك تسرى عليه أحكام حوالة الحق وأحكام الرهن فى نفس الوقت .

ونختتم هذا الباب بالاشارة إلى أسباب إنقضاء الرهن الحيازى .

٩٢ - انقضاء الرهن الحيازى :

أسباب انقضاء الرهن الحيازى لاتخرج عن أسباب انقضاء الرهن الرسمى . فالرهن ينقضى بصفه تبعية نتيجة لانقضاء الدين المضمون بالرهن . وفى هذا يقرر المشرع « ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النيه قد كسبها قانونا فى الفترة مابين انقضاء الحق وعودته » . وهذا النص مطابق لنص المادة ١٠٨٢ فى شأن انقضاء الرهن الرسمى (٢) .

---

(١) راجع ماسبق ، فقرة ٩٠ .

وقد جاءت هذه الأحكام فى المادة ١١٢٩ التى تقرر أنه « إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون مايكون مستحقاً له وأن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقا للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية . » راجع شمس الدين الوكيل ، ص ٥٦٠ .

(٢) راجع ماسبق ، فقرة ٦٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وينقضى الرهن الحيازى بصفة مستقلة رغم بقاء الدين المضمون ، بتنازل الدائن المرتهن ، أو باتحاد الذمة أو بهلاك الشيء المرهون . وقد نص المشرع على ذلك فى الماده ١١١٣ التى تقرر أنه :

ينقضى أيضا الرهن الحيازى بأحد الأسباب الآتيه :

(أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هـذا الحق وكان ذا أهلية فى إبراء ذمه المدين من الدين . ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلى الدائن باختيارة عن الشيء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ . على أنه إذا كان الرهن متقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فان تنازل الدائن لاينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا أمره .

(ب) إذا إجتمع حق الرهن الحيازى مع حق الملكية فى يد شخص واحد .

(حـ) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون . .

وهذه الأحكام لاتخرج عما سبق دراسته عن إنقضاء الرهن الرسمى بصفة أصلية استقلالا عن الدين (١) .

---

(١) راجع ماسبق ، فقرة ٩٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباب الرابع
حقوق الامتياز

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria



https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الباب الرابع

حقوق الامتياز

نتناول فى الفصل الأول من هذا الباب ، الأحكام العامة لحقوق الامتياز ، ثم ندرس فى الفصل الثانى ، أنواع الحقوق الممتازة .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الأول
أحكام عامة

٩٣ - مركز الامتياز من التأمينات العينية :

حق الامتياز تأمين ينشأ بمقتضى نص فى القانون . وهو فى هـذا يختلف عن الرهن الرسمى والحيازى وكلاهما ينشأ بمقتضى عقد ، وعن حق الإختصاص وهو يتقرر بأمر من القاضى . والإختلاف فى المصدر هو الذى يميز أساساً بين هـذه التأمينات المختلفة ، رغم إتفاقها جميعا فى الجوهر والغاية ، فكل تأمين أيا كان نوعه هو فى جوهرة أفضلية أو أولوية مقررة لدائن على دائنين آخرين . والمشرع يعرف الإمتياز فى المادة ١/١١٣٠ بأنه « أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » (١) .

وفى هذا التعريف يشير المشرع إلى فكرة لايختلف فيها الإمتياز عن غيره من التامينات الأخرى . وهى أنه أولوية لحق من الحقوق . فكل تأمين يحقق لصاحبه هذه الأولوية خروجا على قاعدة المساواة بين الدائنين .

ولكن الذى يميز حق الإمتياز عن غيرة من التأمينات الأخرى أن القانون هو الذى يعطى للدائن هذه الأولوية . والقانون لم يشأ أن يقصر الخروج على قاعدة المساوة بين الدائنين على إتفاق الافراد أو حكم القاضى ، ولكنه تدخل بنفسه ليعطى لبعض الحقوق أولوية على غيرها بمقتضى قواعد عامة صادرة عنه (٢) .

وبطبيعة الحال فالقانون هو المصدر غير المباشر لكل التأمينات، إلا أنه بالنسبة لحقوق الإمتياز فهو مصدرها المباشر .

والذى يبرر تدخل المشرع على هذا النحو هو صفة الدين الذى يقرر له هذه

---

(١) ويقابل هذا النص فى القانون الفرنسى ، نص المادة ٢٠٩٥ . راجع ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٣١ .

(٢) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٥٨ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الأولوية . فهناك إعتبارات تملى تفضيل بعض الديون على غيرها دون إنتظار حدوث إتفاق بين الأفراد على هذا التفضيل . ومن هذه الإعتبارات المصلحة العامة وهـــو ماراعاة المشرع فى تقرير إمتياز المبالغ المستحقة للخزانه العامة . ومنها إعتبارات إجتماعيه كما هو الشأن فى الإمتياز المقرر للأجراء ضمانا لحقوقهم قبل رب العمل . ومنها إعتبار أن الدائن هو الذى أدخل المال فى ذمة المدين ، كما هـو الشأن فى الإمتياز المقرر لبائع العقار أو بائع المنقول على الشيء المبيع . وفى كل إمتياز نجد دائما حكمة ظاهرة لتفضيل الحق المقرر له على غيره من الحقوق (١) .

والإعتبارات التى تملى هذه الأولوية ، هى إعتبارات دائمه ، تبرر تقرير الإمتياز فى نص قانونى تطبيقاته عامة وغير محدودة .

والمشرع ينص على أن الاعتبار الذى يبرر حق الإمتياز يتعلق بصفة فى الدين، مما أدى بالبعض إلى القول بأن مايراعيه المشرع هـو صفه الدين ، وليس صفه الدائن (٢) .

ولكن الفصل على هذا النحو لايبدو مقبولا ، خاصة وأن صفة الدائن لها تأثير لاشك فيه على صفه الدين . فالدائن إذا كان هو الدولة ، فإن صفته تؤثر فى صفه الدين من حيث تعلقه بالمصلحة العامة . والدائن إذا كان أجيراً ، فإن صفته هى التى تطبع الدين بطابعة الإجتماعى والإنسانى .

والمشرع تحاشى فى تعريفه الإشارة إلى ماإذا كان الإمتياز يخصص مالالضمان حق الدائن ، أو أنه يعطيه حقا عينياً على شيء مملوك للمدين . وكذلك تحاشى النص على حق الدائن فى التتبع . وسبب هذا أن الامتياز ليس حقاً واحداً من طبيعة واحدة ولكنه أكثر من حق (٣) . فهناك حقوق إمتياز متعددة يرد بعضها على

---

(١) ومع ذلك فهذه الاعتبارات ليست هى التى تحكم دائما حقوق الامتياز فى القانون ، حيث تتداخل أحيانا حقوق الامتياز مع التأمينات الاتفاقية. راجع بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٣١٤ ويحدث هذا التداخل فى القانون الفرنسى خاصه .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٢٨٤ .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٠١ ، فقرة ٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

عام يرد على كل أموال المدين .وكذلك بظهور مايسمى بالرهن الممتاز الذى يتقدم صاحبه على كل أصحاب حقوق الرهن العادية دون إعتداد بتاريخ نشأة الحق .

ويلاحظ أن هذا التطور إنما يعبر عن إكتساب حق الرهن لبعض خصائص الإمتياز ، وذلك بظهور الرهن القانونى العام الممتاز . إلا أنه لم يحدث تطور عكسى يكتسب به حق الإمتياز بعض خصائص الرهن ، فظل الامتياز في القانون الرومانى وصفا للالتزام لايعطى لصاحبه أى حق عينى على مال مخصص لوفاء الدين (١) .

وقد حدث هذا التطور بالفعل فى مرحلة لاحقه فى ظل القانون الفرنسى القديم حيث ظهرت حقوق الامتياز الخاصة العقارية التى ترد على عقار معين وهذه لاتختلف عن الرهن العقارى إلا فى المصدر فقط . وكذلك ظهرت حقوق الامتياز الخاصة المنقولة التى ترد على منقول معين وهذه لاتختلف عن رهن المنقول إلا فى المصدر فقط . وهكذا تطورت حقوق الامتياز واكتسبت خصائص حق الرهن ، وأهمها تخصيص مال معين لضمان حق الدائن . وهذا التخصيص يعطى للدائن حقا عينيا على هذا المال . إلا أنه بقيت مع ذلك حقوق الامتياز العامة التى ترد على كل أموال المدين العقارية والمنقولة وهذه لاتخصيص فيها ، ولا ترد على مال معين ، ولاتعطى لصاحبها حقا عينيا (٢) . وقد إنتقلت كل هذه الأنواع إلى القانون الفرنسى وكذلك القانون المصرى .

وقد وصل الإقتراب بين الرهن والإمتياز فى القانون الفرنسى إلى درجه إعتبار كل حق إمتياز عقارى خاص بمثابة حق رهن على هذا العقار ، إلا أنه رهن ممتاز يتقدم صاحبه على أصحاب الرهون العادية .

---

(١) راجع فى نشأة حقوق الرهن القانونى والرهن الممتاز . مونييه ، القانون الرومانى ، جـ ٢ ، فقرة ٢٣٤ .

(٢) راجع فى التطور التاريخى ، أوبرى ورو ، جـ ٣ ، فقرة ٢٥٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وفى هذه الصورة الأخيرة فإن الإمتياز أصبح حق رهن من كل وجه يعطى لصاحبه حقا عينيا فى جميع الأحوال وبهذا يختلط الرهن بالامتياز تماماً . وهذه الصورة الاخيرة تمثل آخر درجات التطور فى التأمينات العينية ، وفيها يندمج الرهن فى الإمتياز لتظهر طائفة جديدة هى طائفة الرهن الممتاز (١) .

والمشرع المصرى لم يأخذ بهذا التطور الأخير ، فلا زال يفرق بين الامتياز وبين الرهن ، حتى وإن قرر فى شأن الامتياز العقارى الخاص سريان أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لايتعارض مع الامتياز . وتطبيق أحكام الرهن الرسمى على الامتياز العقارى الخاص يعنى إقتراب النظامين من بعضهما دون أن يؤدى ذلك إلى إندماجهما معاً كما حدث فى القانون الفرنسى . وعلى ضوء هذا التطور يمكن تعريف حق الامتياز فى القانون المصرى .

٩٥ – تعريف الامتياز :

نظراً لأنه لايوجد حق امتياز واحد من طبيعة واحدة ، وإنما حقوق امتياز متعددة ذات طبيعة مختلفة ، فلا يمكن إعطاء تعريف يجمع خصائص هذه الأنواع كلها . فبعض حقوق الامتياز لازال يحتفظ بطبيعته القديمة من حيث هو وصف للالتزام لا يرد على مال معين ولايعطى لصاحبه حقا عينيا (حقوق الامتياز العامة) ، والبعض الآخر تطـــور وإقترب من الرهن الرسمى وكاد يختلط به (حقوق الامتياز الخاصة العقاريه) ، فصاحب الامتياز الخاص الوارد على عقار يكتسب حقاً عينيا على هذا العقار لايختلف كثيراً عن حق الرهن الرسمى.

فإذا أريد إعطاء تعريف موحد لحقوق الامتياز وجب تحاشى الإشارة إلى خصائص هذه الحقوق المختلفة (٢) ، والاكتفاء بالصفة الوحيدة التى تفصل حقوق

---

(١) بيير رينو، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢١٥ ، فقرة ٤ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٥٨ — ١ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ٢٢ ، فقرة ٤ — ٥ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٣١٣ ، ٣٢١ ؛ مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٣١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٦٣ ، هامش ١ ؛ وبيير وبولانجيه ، ج ٣ ، فقرة ٩٥ ؛ مازو ج ٣ ، فقرة ١٣١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الامتياز عن التأمينات الأخرى وهى مصدر الحق . فحقوق الامتياز تتميز أساساً بأنها تأمينات قانونية تنشأ بمقتضى نص قانونى . ولهـــذا يبدو موفقا تعريف المشرع (١) للامتياز بأنه « أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » (م ١١٣٠) .

وهذا التعريف يلحق الإمتياز بغيره التأمينات الأخرى من حيث أنه أولوية، ثم يفصله عنها بالإشارة إلى مصدره وهو القانون. فالامتياز هو تأمين قانونى ،أو أولوية مقررة بحكم القانون .

٩٦ – مصدر الامتياز :

يتضح مما سبق أن أكثر مايتميز به حق الإمتياز هو مصدره ، وهو القانون . وتنص المادة ١١٣٠/٢ على أنه «لايكون للحق إمتياز إلا بمقتضى نص فى القانون». فلا ينشأ الامتياز باتفاق بين الأفراد ، أو بحكم من القاضى .

ويرى البعض أن النصوص التى تقرر امتيازاً لبعض الحقوق تخرج على القاعدة العامة فى المساواة بين الدائنين ولذلك يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا ، ولايجوز التوسع فى تفسيرها بطريق القياس لاعطاء امتياز لحقوق أخرى تدخل فى نفس الطائفة التى تقررت لها الحقوق الممتازة (٢) .

ويبدو لنا هذا الرأى محل نظر ، لأن النص الذى يقررا امتيازا لطائفة من

---

(١) انتقد البعض تعريف المشرع على أساس أنه لا يشير إلى مايرتبه الامتياز من حق عينى . ويرى تعريف الامتياز بأنه « حق عينى يقرره القانون ضمانا لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته . . . » (عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٥٣٣). ويعيب هـذا الرأى، على الأقل ، أنه حسم برأى فى مسألة لا اتفاق عليها فى الفقه ، بينما يميل الاتجاه الراجح إلى اعتبار حقوق الامتياز العامة مجرد أوصاف للالتزام لايترتب عليها نشأة حق عينى للدائن . راجع ، بيير رينو ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٠١ ، فقرة ٤ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٥٦٦ ومابعدها .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٦٣ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٥٧١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحقوق يخضع قاعدة عامة بالنسبة لها تنطبق على جميع أفرادها ، وتخضع فى تفسيرها للقواعد العامة فى التفسير . والامتياز كغيره من التأمينات الأخرى هو نظام قانونى مستقل يقوم على قواعد عامة عديدة يصعب النظر إليها جميعها باعتبارها إستثناء من قاعدة المساواة بين الدائنين . لأنه بوجود نظم التأمينات فإن القانون يعرف المساواة بين الدائنين كما يقرر عدم المساواة بينهم أيضا .

ويبدو لنا أيضا أن مصدر الامتياز ليس هو التشريع فقط ، ولكن مصادر القانون الأخرى ، فالقضاء فى مجموعه إذا تواترت أحكامه على إعطاء امتياز لحق من الحقوق ، فإن هذا الحق يصبح ممتازاً بحكم القانون (١) .

ونميل إلى الإعتقاد بأن المقصود بالقانون هـــو النظام القانونى فى درجاته المتفاوته (تشريع ، لائحة أو قرار إدارى) . وأغلب الظن أن الإدارة فى نشاطها الواسع تقوم بدور منشىء بالنسبة للإلتزامات . وهـو دور يحتاج فى بيانه إلى دراسة خاصة غير موجودة فى الفقه حتى الآن (٢) .

وقد نص القانون المدنى فى الباب الرابع من كتابه الرابع على معظم حقوق الامتياز (المواد ١١٣٠ — ١١٤٩) ، وقرر أن « الحقوق المبينة فى المواد الاتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة » (م ١١٢٧) .

وقد وردت بعض هذه النصوص الخاصة فى القانون المدنى ذاته ، ومنها نص المادة ٦٦٢ التى تقرر حقا مباشرا للمقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلى قبل

---

(١) أنظر فى اعتبار القضاء من مصادر القانون ، كتابنا بالفرنسية ، الالتزام القضائى ، فقرة ٩٠ . وفى هذا الموضع نرى أن اجماع الفقه الحديث منعقد على هذا الرأى .

(٢) من مصادر القانون فى القانون الرومانى ، التشريع ، وكذلك « الأوامر الصادرة من هؤلاء الذين لهم سلطة الأمر » (جايوس ، النظم ، ١ ، ٢) ، والقانون الرومانى هو الأصل التاريخى للتقسيمات الحديثه عن مصادر القانون ومصادر الالتزام ، ولا نعتقد أن الادارة فى القانون الحديث تلعب دوراً انشائيا فى حدود الشرعية ، أقل من الدور الذى كانت تلعبه الادارة فى القانون الرومانى ، ولكن الأمر يحتاج فقط إلى دراسة خاصة للتصرف الادارى كمصدر للالتزام .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون هذا الأخير مدينا به قبل المقاول الأصلى وقت رفع الدعوى ، ويكون لكل منهم حق ممتاز على مايتم توقيع الحجز عليه قبل رب العمل كل بقدر نصيبه فى الدين . وكذلك نص المادة ٨٨٠ التى تقرر امتيازا لنفقات تصفية التركة على هذه التركة فى نفس مرتبة امتياز المصروفات القضائية .

ونص المادة ٨٦٩ الذى يقرر امتيازاً للقروض التى عينها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار . وتوجد حقوق امتياز أخرى مقررة بنصوص خارج القانون المدنى ، وسنقتصر فى دراستنا على حقوق الامتياز المنصوص عليها فى الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدنى (١) .

٩٧ – أنواع حقوق الامتياز :

يمثل التعدد الوضعى لحقوق الامتياز ، المراحل المختلفة التى مرت بها هذا الحقوق فى تطورها . وعلى هذا النحو فتطور حقوق الإمتياز خلق أنواعاً جديدة منها دون أن يؤدى إلى إندثار فكرتها القديمة . فإذا كان القانون يعرف الآن حقوق الامتياز التى تشبه إلى حد كبير حق الرهن الرسمى ، إلا أنه لازال يحتفظ بحقوق امتياز أخرى تقوى من ضمان الدائن دون أن تعطيه تأمينا خاصا على مال معين من أموال المدين (٢) .

وحقوق الامتياز المقررة فى التشريع الوضعى هى حقوق الامتياز العامة .

---

(١) ولكن تجب ملاحظة أن القوانين الخاصة هى التى تحدد أحيانا الشروط اللازمة لمباشرة حقوق الامتياز المنصوص عليها فى القانون المدنى ، كما هو الشأن بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . نقض رقم ١٣١ لسنة ٣٠ ق ، جلسة ١١ مايو سنة ١٩٦٦ ، مجلة إدارة قضايا الحكومه ، السنةالعاشرة ، العددالرابع ، أكتوبر ١٩٦٦ ص ١٦٧ ومابعدها.

(٢) الغالب أن التطور التاريخى يستبدل نظما جديدة بأخرى قديمة ، أما أن يضاف الجديد إلىالقديم فى نفس النظام ، فهوالذى يفسر تعددحقوق الامتياز واختلافطبيعة كل منها.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وحقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول ، وحقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار . وهذا مايقرره المشرع فى المادة ١١٣٢ « ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين » .

والتفرقة بين حقوق الامتياز على أساس محلها تؤدى إلى كل الفروق الأخرى بين هذه الحقوق من حيث المرحلة التى تمثلها فى التطور ومن حيث طبيعتها وما تؤدى إليه من كيفية حساب مرتبتها ، وبالتالى بيان قيمتها كضمان للدائنين .

فحقوق الامتياز العامة ترد على كل أموال المدين من عقار أو منقول دون تخصيص ، فلا تعطى للدائن حقا عينيا على عقار بعينه من أموال المدين ، ولاتعدو بهذا أن تكون وصفا يلحق بالتزام الدائن يقدمة على غيره من الديون الأخرى(١).

أما حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول فهى تأمين عينى على منقول مملوك للمدين . إلا أن الدائن لايحوز هذا المنقول . وهو بهذا تأمين عينى على منقول دون نقل حيازة يشبه هذا الفكرة الجديدة فى رهن المنقول دون حيازة ، ومع ذلك فلا يعطى للدائن ضمانات هـــذه الفكرة الجديدة . لأن صاحب حق الامتياز الخاص الوارد على منقول لا يحتج بحقة على من « حاز المنقول بحسن نية » (م ١١٣٣/١) .

أما حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار فهى تقترب إلى درجة كبيرة من حق الرهن الرسمى ، فهى تعطى للدائن حقا عينيا تبعيا على عقار معين بالذات مملوك للمدين ، يجب فيه الشهر وتتحدد مرتبة الدائن حسب تاريخ القيد .

وتحديد نوع حق الامتياز يبين كيفية تحديد مرتبته ، وبعض هـذه الحقوق يتقدم على البعض الآخر ، كما أن بعضها يتقدم على جميع التأمينات الأخرى .

---

(١) بيير رينو ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٠٠ ، فقرة ٤ ؛ شمس الدين الوكيل ؛ ص ٥٦٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٩٨ – كيفية حساب مرتبة الامتياز :

يختلف الأمر بحسب ما إذا كان حق الامتياز يرد على عقار أو على منقول :

أولا : الامتياز الوارد على عقار من نوعين ، إمتياز ممتاز يشبه الرهن الممتاز فى القانون الفرنسى ، وامتياز عادى :

١ ــ الامتياز الممتاز يعطى لصاحبه الحق فى التقدم ليس فقط على أصحاب الديون العادية بل وعلى أصحاب التأمينات العينية ، أيا كان نوعها (رهن رسمى ، رهن حيازى على عقار ، إختصاص ، أو امتياز عقارى عادى) ، ودون إعتبار لتاريخ نشأتها أو وقت قيدها . فبمجرد ظهور الدين المضمون بامتياز ممتاز يتقدم صاحبه على جميع الديون السابقة أو اللاحقة ، عادية كانت أو مضمونة بتأمين عينى .

والامتياز الممتاز من درجتين ، الأولى مقررة لضمان المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، فإذا استحقت هـــذه المبالغ بمناسبة عقار كضريبة المبانى ، أو ضريبة الأراضى الزراعية ، كان لها إمتياز ممتاز من الدرجة الأولى على هذا العقار وهـو إمتياز لايجب بشأنه الشهر ويتقدم على جميع الحقوق الأخرى (١) .

أما الدرجة الثانية فهى مقررة لحقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من عقار . وحقوق الامتياز العامة كامتياز النفقة أو امتياز المبالغ المستحقة للعمال قبل رب العمل ترد على كل العقارات والمنقولات المملوكة للمدين . وهى فيما ترد عليه من عقار تعتبر حقوقا ممتازة تتقدم على جميع الحقوق الأخرى حتى ولو كانت مضمونة بتأمين عينى ، إلا أن هذه الحقوق لاتعطى لصاحبها تتبع العقارات الواردة عليها ،

---

(١) يلاحظ أنه لو اعتبرنا امتياز المصروفات القضائية من حقوق الامتياز العامة التى قد ترد فى بعض الأحيان على عقار أو منقول ، لزم القول أنه فيما يرد عليه من عقار فهو امتياز ممتاز من الدرجة الأولى يتقدم على امتياز الخزانة العامة . ومع ذلك فهناك شك فى تحديد طبيعة هـذا الامتياز ، فهو نسبى لايحتج به إلا فى مواجهة الدائنين الذين أنفقت المصروفات لمصلحتهم دون غيرهم وهو لذ يتقرر فى مواجهة هؤلاء ، فلأنهم هم والواقع المدينون بدين المصروفات وليس مدينهم الذى تباشر الاجراءات فى مواجهته . وفى جميع الأحوال فان الامتياز لا يعدو أن يكون استقطاعا من حصيلة التنفيذ . راجع ، بيير رينو ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ص ٢٠١ ، فقرة ٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لأنها لاترد على عقار بعينه ولكنها ترد على كل عقارات المدين دون تخصيص . فمرتبتها الممتازة لاتظهر إلا عند التنفيذ وبالنسبة للعقارات التى تظل مملوكة للمدين إلى هذا الوقت . وحقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من عقار تعتبر ممتازة من الدرجة الثانية لأنها تتأخر عن الامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة العامة(١).

وهذا مانصت عليه المادة ١١٣٤ فى فقرتها الثانية « ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لايجب فيها الشهر ولايثبت فيها حق التتبع ، ولاحاجة للشهر أيضا فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقه للخزانة العامة .وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق فى المرتبة على أى حق إمتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ،فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة » .

الخلاصة إذن أن حقوق الامتياز الممتازة لايجب فيها الشهر وتتقدم على جميع الحقوق الأخرى المشهرة أيا كان تاريخ شهرها .

ب — أما الامتياز العادى فهو كالرهن الرسمى يجب فيه الشهر وتتحدد مرتبته من وقت شهره . وقد نص القانون المدنى على ثلاثة حقوق من هذا النوع وهى إمتياز بائع العقار (م ١١٤٧) وإمتياز المقاول والمهندس المعمارى (م ١١٤٨)، وإمتياز المتقاسم فى العقار (م ١١٤٩) . ويتقدم أصحاب هذه الحقوق بعضهم على بعض ، أو على أصحاب التأمينات العينيه الأخرى ، كل حسب وقت قيد حقه (١١٣٤/١) (٢).

(١) يلاحظ أننا نستعمل لأول مرة فى الفقه المصرى اصطلاحات الامتياز العادى، والامتياز الممتاز . وهذه الاصطلاحات ليست غريبه على لغة القانون . فالقانون الفرنسى يعرف الرهن العادى والرهن الممتاز . وهذه الاصطلاحات هى وحدها التى تسمح بتفسير أفضلية بعض حقوق الامتياز الوارده على عقار رغم عدم شهرها ، على التأمينات العينيه الأخرى السابق قيدها على نفس العقار .

(٢) تنص المادة ١١٣٤/١ على أنه « تسرى على حقوق الامتياز الواقع على عقار ، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ،وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد ومايترتب على القيد من آثار ومايتصل به من تجديد ونحو » .

وهذه الفقرة وضعت القاعدة العامة بالنسبة لحقوق الامتياز الوارده على عقار، فهى تنطبق =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ثانيا : حقوق الامتياز الواردة على منقول :

نص المشرع على حقوق الامتياز الواردة على منقول فى عدة نصوص متتالية، وجعل ترتيب هذه النصوص ترتيبا فى نفس الوقت لدرجة الحق الممتاز . وهذا الترتيب هو الآتى : إمتياز المصروفات القضائية ، إمتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، إمتياز مصروفات حفظ المنقول ، حقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من منقول ، إمتياز المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد ، إمتياز صاحب الفندق وإمتياز المؤجر وهما فى درجة واحدة ، إمتياز بائع المنقول ، ثم أخيرا إمتياز المتقاسم فى المنقول . (المواد من ١١٣٨ — ١١٤٦) .

وهذا الترتيب الذى وضعه المشرع هو الذى يحدد درجة الامتياز دون إعتداد بتاريخ نشأة الحق .

أما بالنسبة لحقوق الامتياز المنصوص عليها فى غير الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدنى ، فان النص الذى يقررها هو الذى يحدد مرتبتها أيضا ، فإذا لم يحدد مرتبتها جاءت متأخرة عن جميع الحقوق السابق ذكرها . وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ١١٣١/١ بقوله «مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فاذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب » .

وينص المشرع فى الفقرة الثانية من نفس النص على أنه « إذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحده ، فانها تستوفى بنسبة قيمة كل منها مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . وهذه قاعدة تستفاد من القواعد العامة ولم تكن هناك حاجة للنص عليها ، فقسمة الغرماء تجرى إذا لم يكن هناك سبب لتفضيل دائن على آخر .

ويلاحظ أن حقوق الامتياز الواردة على منقول هى كقاعدة عامة تأمين عينى على منقول دون حيازة . فصاحب حق الامتياز لا يحوز المنقول الذى يرد عليه

= على حقوق الامتياز العادية فقط، أما الفقرة الثانية من النص فقد استثنت من ذلك بعض حقوق الامتياز ، وأعطتها حكما خاصاً جعلها تستحق ما وصفناها به من أنها حقوق امتياز ممتازه على النحو المذكور فى المتن .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

حقه ، وفى هذا سر ضعف هذا التأمين (١) . فإذا إنتقل المنقول محل الامتياز إلى حائز حسن النية فى أن المنقول خال من كل حق عليه ، فان الامتياز يصبح عديم القيمة . وحسب نص المادة ١١٣٣/١ « لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية » .

وتوجد صورة واحدة لامتياز وارد على منقول يعتبر صاحبة فى نفس الوقت حائزاً للمنقول محل الامتياز ، وذلك بالنسبة لصاحب الفندق أو مؤجر العقار ، فكلاهما يعتبر حائزاً لمتعلقات مستأجر العقار أو نزيل الفندق . وهو ماتنص عليه المادة ١١٣٣/٢ « ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين الموجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه » .

ورغم أن امتياز الموجر وصاحب الفندق هو فى الدرجة السادسة فى ترتيب حقوق الامتياز الواردة على منقول ، إلا أن كون صاحب الامتياز حائزاً فى نفس الوقت يجعله يتقدم من الناحية العملية على جميع الحقوق الممتازة الأخرى الواردة على نفس المنقول ، لأنها جميعا غير نافذة فى حقه .

ونظراً لأن نقل حيازة المنقول المحمل بالامتياز إلى حائز حسن النية يؤدى إلى عدم إمكان الاستفادة من الحق ، فقد أعطى المشرع صاحبه أن يتخذ الإجراءات التحفظية لحماية حقه . فالمادة ١١٣٣/٣ تقرر أنه « إذا خشى الدائن لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة » . وقد حافظ المشرع بقدر الإمكان على حق الدائن فى حالة هلاك الشىء محل الامتياز أو تلفه .

---

(١) فى الأحوال التى أمكن فيها رهن المنقول دون نقل حيازته، وضع نظام لشهر الرهن سمحت به الطبيعة الخاصة لبعض المنقولات (السفن ، الطائرات . . الخ) . أما أن يتقرر التأمين على المنقول دون حيازه ودون شهر ، فانه يظل دائما مهددا بدخول المنقول فى حيازة شخص آخر حسن النية .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٩٩ - هلاك الشيء أو تلفه :

تنص المادة ١١٣٥ على أنه « يسرى على الامتياز مايسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » .

وقد ورد هذا النص فى الجزء المخصص للقواعد العامة للامتياز بحيث يفهم إنطباقه على جميع أنواع الامتياز . ومع ذلك فهو لا ينطبق على الامتياز العام الذى لا يرد على شيء معين من أموال المدين (١) .

وإذا كان النص يحيل إلى أحكام الرهن الرسمى وهو رهن وارد على عقار ، إلا أنه يمكن تطبيقه على الامتياز الخاص الوارد على عقار وكذلك على الامتياز الخاص الوارد على منقول .

وأحكام هلاك الشيء أو تلفه هى مانص عليها المشرع فى المادة ١٠٤٨ التى تقرر مسئولية المدين عن هلاك الشيء أو تلفه . وكذلك مانص عليه المشرع فى المادة ١٠٤٩ التى تقرر أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

والمقصود بهلاك الشيء أو تلفه هو المعنى الواسع لهذا اللفظ بما يعنى خروج الشيء عن ذمة صاحبه بطريقة تؤدى إلى امتناع تتبعه سواء ترتب ذلك على حادث مادى أو تصرف قانونى (١) .

ومن أمثلة التصرف القانونى الذى يؤدى إلى هلاك الشيء بالنسبة لصاحب الامتياز ، بيع المنقول الذى يرد عليه الحق ونقل حيازته إلى شخص آخر حسن النية . فى هذه الحاله ينتقل الحق إلى ثمن البيع ويجوز لصاحب الامتياز أن يحجز عليه تحت يد المشترى ويستوفى حقه منه حسب مرتبه امتيازه .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٨٢ .

(٢) راجع ماسبق ، فقرة ٣١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٥٠٤ - انقضاء الامتياز :

«ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك» (م ١١٣٦) . ويكون مقصوداً بهذه الإحالة العامة أن حق الامتياز الوارد على عقار ينقضي بنفس الطرق التي ينقضي بها الرهن الرسمي ، وقد إهتم المشرع أن ينص بصفة خاصة على إنطباق أحكام التطهير على الامتياز العقاري (١١٣٤/١)، ويترتب على تطهير العقار تخليصه من كل الحقوق الواقعة عليه بما في ذلك الامتياز العقاري .

أما الامتياز الوارد على منقول فينقضي بنفس الطرق التي ينقضي بها الرهن الحيازي على منقول .

أما حقوق الامتياز العامة الواردة على كل مايملكه المدين من عقار أو منقول فلا تنقضي إلا بصفة تبعية بانقضاء الدين الممتاز ذاته . أما هلاك مال من أموال المدين ، فلا يترتب عليه إنقضاء الامتياز العام لأنه لايرد على مال بذاته ، ولذلك فإن إحالة المشرع في انقضاء الامتياز إلى أحكام إنقضاء الرهن الرسمي والرهن الحيازي يراعى فيها أن الامتياز العام لايعدو أن يكون وصفا لالتزام الدائن ، ولا يتأثر إلا بأسباب إنقضاء الدين الممتاز نفسه (١) .

وبعد هذه الدراسة العامة لأحكام الامتياز ، ندرس حقوق الامتياز المختلفة المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدني ، ونتبع في دراستها نفس الترتيب الوارد في القانون المدني .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٨٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

١٠١ - تقسيم :

رغم أن الحقوق الممتازه على ثلاثة أنواع إلا أن المشرع نص على أحكامها فى تقسيم ثنائى . ففى قسم أول وضع أحكام حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، وفى قسم ثان وضع أحكام حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار . وهكذا أدخل المشرع حقوق الامتياز العامة مع حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول فى ترتيب واحد .

والحق أنه فى بعض النظم القانونية تقترب حقوق الامتياز العامة وهى التى ترد على كل أموال المدين من عقار ومنقول ، من حقوق الامتياز الواردة على منقول على أساس أن الامتياز العام لا يمتد إلى عقارات المدين إلا إذا استنفدت أولا قيمة المنقولات ، بمعنى أن حقوق الامتياز العامة هى أساساً حقوق إمتياز على منقولات ولا ترد على العقارات إلا بصفة إحتياطية . وهذا ماينص عليه التنفيذ المدنى الفرنسى فى المادة ٢١٠٥ (١) .

ومثل هذا النص لامقابل له فى القانون المصرى حيث ترد حقوق الامتياز العامة على العقارات فى نفس الوقت الذى ترد فيه على المنقولات . ولعل مايبرر إدخال حقوق الامتياز العامة فى نفس طائفة حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول :

١ ــ أن حقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من منقولات تحتاج إلى بيان مرتبتها بالنسبة لحقوق الامتياز الأخرى الواردة على منقول .

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٤٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

٢ — أن حقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من عقارات تبتعد عن حقوق الامتياز الخاصة العقارية فى أنه لايجب بشأنها الشهر وتتحدد مرتبتها بنص القانون لا بوقت القيد . وهى دائما تتقدم على حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار .

٣ — أن صفة العمومية فى حقوق الامتياز العامة ليست مطلقة . فبعضها يتدرج مابين العمومية والتخصيص . فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة قد يكون عاما يرد على كل أموال المدين من عقارات ومنقولات (ضريبة الايراد العام) ، أو خاصا عقاريا (ضريبة الأراضى الزراعية) ، أو خاصا منقولا (الرسوم الجمركية) .

وهذه الأسباب تدعونا أيضا إلى إتباع تقسيم المشرع .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الأول

حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

الترتيب الذى سنتبعه فى دراسة هذه الحقوق هو نفس ترتيبها فى الأفضلية .

١٠٢ - أولا - إمتياز المصروفات القضائية :

نص المشرع فى المادة ١١٣٨ من القانون المدنى على أن :

«(١) المصروفات القضائية التى انفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها ، لها إمتياز على ثمن هذه الأموال».

«(٢) وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم . وتتقدم المصروفات التى انفقت فى بيع الأموال على تلك التي انفقت فى إجراءات التوزيع» .

طبيعة الحق :

امتياز المصروفات القضائية من حقوق الامتياز العامة فى القانون الفرنسى . أما القانون المصرى فقد وضعه فى طائفة حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول دون تحديد نوعه على وجه الدقة .

والرأى السائد فى الفقه المصرى أنه امتياز خاص على منقول حتى ولو كانت المصروفات قد أنفقت بصدد التنفيذ على عقار . لأن الامتياز يرد فى جميع الأحوال على ثمن البيع وهو مبلغ من النقود ، وليس العقار ذاته محل الاجراءات (١) . وفى تقديرنا أن هذا الرأى محل نظر لأنه لو صح لاعتبرنا الرهن الرسمى رهنا المنقول

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٧٣ ؛ محمد على أمام ، ص ٥٨١ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٥٢٢ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٥٥٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

على أساس أن حق الدائن المرتهن فى الأفضلية يرد على المقابل النقدى للعقار المرهون وليس على العقار ذاته ، وهو مالم يقل به أحد .

ولذلك فالصحيح القول بأن إمتياز المصروفات القضائية قد يرد على عقار أو على منقول أو على مجموع من العقارات والمنقولات ، حسب طبيعة المال الذى أنفقت هذه المصروفات فى بيعه أو فى توزيع ثمنه (١) .

وعلى هذا فالامتياز يكون عاماً إذا تعلقت الاجراءات بكل أموال المدين من عقار ومنقول كمصروفات دعوى الإفلاس ، ويكون خاصا عقاريا إذا تعلق الأمر ببيع عقار بالذات ، ويكون خاصا منقولا إذا أنفقت المصروفات فى بيع منقول بالذات .

ومع ذلك فهناك شك فى إعتبار هذه الحقوق ممتازة أصلا . ويرى البعض أن الأمر يتعلق فقط باستنزال قيمة المصروفات التى أنفقت فى بيع أموال المدين من الثمن المتحصل من البيع قبل توزيعه (٢) .

ومما يؤيد هذا الرأى نسبية امتياز المصروفات بالنسبة لبعض الدائنين وبالنسبة لبعض أموال المدين ، فالمصروفات القضائية تتقدم فقط على حقوق الدائنين الذين أنفقت هذه المصروفات لمصلحتهم دون غيرهم ، فمصروفات دعوى الإفلاس تتقدم على حقوق الدائنين العادين الذين يكونون جماعة الدائنين ويستفيدون من إجراءات التصفية الجماعية ، ولكنها لاتتقدم على حق دائن مرتهن لأنها لم تنفق فى مصلحته فهو لايدخل فى جماعة الدائنين ويستوفى حقه مقدماً عليهم (٣).

ومن ناحية أخرى فالأفضلية المقررة للمصروفات القضائية نسبية فيما يتعلق بأموال المدين ذاته ، فهى لاتتقرر إلا على المال محل الإجراءات ، ويترتب على

---

(١) فى هذا المعنى ، شفيق شحاته ، فقرة ٢٥٦ .

(٢) بيير رينو ، أنسيكلوبيدى داللوز ، جـ ٤ ، ص ٢٠١ ، فقرة ٨ .

(٣) مازو ، جـ ٣ ، فقرة ١٤٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

هذا أنه إذا لم يكف هذا المال لتغطية المصروفات ، تحملها الدائنون المباشرون للاجراءات (١) .

ومع ذلك فيبدو لنا أنه رغم نسبية الأفضلية المقررة للمصروفات القضائية فى مواجهة بعض الدائنين وبالنسبة لأموال المدين ، إلا أنه يمكن إعتبار هذه الأفضليه إمتيازا لهذه المصروفات فى حدود هذه النسبية .

الحق الممتاز :

هو حق من أنفق مصروفات نافعة لجميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيع ثمن البيع ، ومايتعلق بهذا من إجراءات فرعية أو تمهيدية . والدائن بهذه المصروفات قد يكون هو أحد الدائنين وهذا هو الغالب ، أو شخصا أجنبيا عن الدين كالسنديك أو الحارس فيما يستحق لهما من أجر أو ماقاما بتقديمه من نفقات ، أو الخزانة العامة فيما تستحقه من رسوم متعلقة بالتنفيذ . وحتى ينشأ هذا الحق الممتاز ، لابد من إنفاق هذه المصروفات (٢) :

١ — بصدد إجراءات قضائية ، كمصروفات الحجز ، والبيع الجبرى ، والتوزيع ، ووضع الاختام ، والحراسة ، ودعوى الإفلاس وإجراءاته . وكذلك نفقات تصفيه التركة وقد أعتبرها المشرع ممتازة بنص خاص (م ٢/٨٨٠ مدنى) . ومن هذا أيضا نفقات أستعمال حقوق المدين ، والدعوى البوليصية(٣).

والمقصود بحفظ أموال المدين هو الحفظ القانونى وليس الحفظ المادى ، لأن مصروفات هذا الأخير يضمنها إمتياز حفظ المنقول وصيانته (٤) .

٢ — ومقتضى هذا أن تكون الإجراءات رسمية منتظمه، فإذا تمت إجراءات

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٨ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٩١ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه، ج ١٢ ،فقرة ١٩؛أوبرى ورو ،ج ٣ ،فقرة ٢٦٠ — ١.

(٤) منصور مصطفى منصور ٢٧٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

تصفية أموال المدين بطريقة ودية ، ودون تكليف صادر من جميع أصحاب الشأن، فلا تكون مصروفات هذه التصفية ممتازه (١) .

٣ — ويجب أن تنفق هذه المصروفات فى مصلحة جميع الدائنين ، ويترتب على هذا أن المصروفات التى ينفقها أحد الدائنين لمصلحته الشخصية كنفقات الدعوى التى يطالب فيها بحقه قبل المدين ، لايكون لها هذا الامتياز ، ويستوفى الدائن هذه المصروفات بنفس الطريقة التى يستوفى به حقه المحكوم له به وفى نفس درجته (٢) .

إلا أن هذا الشرط لايعنى أن هذه المصروفات ينبغى أن تكون قد أنفقت فى مصلحة جميع الدائنين دون إستثناء ، وإنما يعنى أنه إذا وجد دائن أو دائنون لايستفيدون من هذه المصروفات ، فلا يحتج بها فى مواجهتهم. من هذا مصروفات دعوى الإفلاس فلا يحتج بها فى مواجهة الدائن المرتهن الذى يخرج عن جماعة الدائنين ويتقدم عليهم ، وهذا ماذكرناه من قبل من نسبية هذا الامتياز إزاء بعض الدائنين . فيكون معنى هذا الشرط إذن ، أن الامتياز لايتقرر لمصروفات أنفقت لمصلحة دائن بمفرده ، ولايحتج به فى مواجهة دائن آخر لم تنفق هذه المصروفات لمصلحته (٣) .

وعاء الأفضلية :

سبق القول أنه فى القانون الفرنسى يوضع إمتياز المصروفات القضائية بين حقوق الامتياز العامة ، ومع ذلك فمن المتفق عليه فى فرنسا أن المشرع يقصد بذلك الوضع الغالب الذى تتعلق فيه الإجراءات بكل أموال المدين ، أما إذا أنفقت المصروفات للتنفيذ على مال معين بالذات أو حفظه ، فإن وعاء الأفضلية يتحدد

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٢٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٢١.

(٣) بيير رينو ، أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، ص ٢٠١ ، فقرة ١٠ ، ١٢ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٠ وهامش ٧ ، ٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

بقيمة هـذا المال فقط . ولذلك فليس صحيحا أن يعتبر هذا الامتياز فى القانون الفرنسى إمتيازاً عاما فى جميع الاحوال (١) .

ولاشك فى مصر أن الامتياز لا يرد إلا على ثمن الاموال التى أنفقت هـذه المصروفات فى حفظها أو بيعها وتوزيع ثمنها ، ولا يمتد إلى غيرها من أموال المدين الأخرى (٢) .

درجة الأفضلية :

المصروفات القضائية تتقدم على جميع الحقوق الأخرى التى أنفقت هـذه المصروفات من أجل إستيفائها . وقد نص المشرع على مرتبة إمتياز المصروفات القضائية فى صياغة تبدو لنا معيبة، إذ يقرر « وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضمونا برهن رسمى ... » وهذا غير صحيح على إطلاقه لأن هذا الامتياز لا يتقدم على الرهن الرسمى إلا إذا كانت المصروفات قد أنفقت لمصلحة هذا الرهن أيضا . أما إذا كانت المصروفات غير مفيدة لصاحب الرهن الرسمى ، ومثلها ماذكرناه من قبل عن مصروفات دعوى الإفلاس التى لا يستفيد منها الدائن المرتهن ، فلا تتقدم هـذه المصروفات على حق الدائن المرتهن الذى يستوفى حقه حسب مرتبته وقبل جميع الدائنين العاديين (٣) .

ولذلك كان يجب استكمال هذا النص باشتراط أن تتقدم المصروفات القضائية على الرهن الرسمى وعلى حقوق الامتياز الأخرى ، « إذا كانت قد أنفقت لمصلحة الدائنين المرتهنين وغيرهم من أصحاب التأمينات الاخرى » . وبدلا من هذه الصياغة فإن المشرع قد إستكمل النص بعبارة تؤكد العيب فى صياغته تقرر أن « تستوفى هـذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضمونا برهن رسمى بما فى

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٤٥ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٢٣ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٥٩٠ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٢١ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤١٠٥ ، ٤١٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٧٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم » . فكأن حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم هى ضمن حقوق أخرى يتقدم عليها إمتياز المصروفات القضائية فى المرتبة ، بينما هى فى الواقع الحقوق الوحيدة التى يتقدم عليها إمتياز المصروفات القضائية ، أما إذا كانت هذه المصروفات لم تنفق لمصلحة حقوق رهن أخرى أو تأمينات عينية أخرى فلا تتقدم على هذه التأمينات بأى حال .

وعلى هـــذا النحو فإن إمتياز المصروفات القضائية هو إمتياز ممتاز من الدرجة الأولى يتقدم على جميع الحقوق الأخرى طالما أن هذه المصروفات قد أنفقت لمصلحة هذه الحقوق . فإذا لم تنفق لمصلحة هذه الحقوق أو بعضها أصبح دين المصروفات القضائية دينا عاديا بالنسبة لها (١) .

وفى الحدود التى يكون فيها دين المصروفات القضائية ممتازاً ،فإن المصروفات التى أنفقت على بيع الأموال تتقدم على تلك التى أنفقت فى التوزيع .

وننتقل بعد هذا إلى الامتياز التالى فى المرتبة .

١٠٣ - ثانيا - امتياز المبالغ المستحقة للخزانه العامة :

ينص المشرع فى المادة ١١٣٩ من القانون المدنى على أن :

« (١) المبالغ المستحقة الخزانه العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها إمتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن . »

«(٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى عدا المصروفات القضائية » .

وتبرير هذا الامتياز هو المصلحة العامة المستمدة من صفه الدائن ، تأكيداً

---

(١) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤١٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لاستيفاء الدولة لحقوقها قبل الأفراد حتى تتمكن من القيام بوظيفتها (١) .

الحق الممتاز :

هو مايستحق للدولة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان . والضرائب والرسوم تمثل الجزء الأكبر من دخل الدولة ، وهى تمثل بالنسبة للأفراد أيضا جزءا هاماً من دخولهم الشخصية . فهذا الامتياز ضامن إذن لمبالغ جسيمة سواء من جهة الدائن أو المدين بها .

وهذا الامتياز ضامن أيضا للحقوق الأخرى من أى نوع كان غير الضرائب والرسوم . من هذا الحقوق الناشئة عن عقد بين الدولة والافراد ، على خلاف مايراه البعض من إستبعاد الحقوق العقدية من ضمان هذا الامتياز (٢) . فإيجار الأراضى الحكومية يضمنه هذا الامتياز وليس إمتياز المؤجر المتأخر عنه فى المرتبة .

إلا أن الأمر يتوقف على وجود قانون أو لائحة أو قرار يحدد للمبالغ المستحقة للخزانة العامة صفتها الممتازة . ويكفى فى هذا الشأن صدور قرار أو أمر إدارى ، ويعتبر هذا تنفيذاً لنص القانون المدنى .

ونظراً لتعدد الحقوق المستحقة للخزانة العامة ، فإن النصوص الخاصة بكل منها تحدد كيفية إستيفائها مع غيرها من الحقوق الأخرى .

وعاء الامتياز :

إمتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة قد يكون عاماً يرد على كل أموال المدين من عقار ومنقول ، من هذا الضريبة العامة على الإيراد . وقد يكون خاصاً يرد على عقار معين بالذات أو على منقول معين بالذات ، أو على عقارات ومنقولات معينة فى نفس الوقت . فالرسوم الجمركية ترد على البضائع المستورده

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ٥٧ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٣٣٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

المستحق عنها الرسم ، والامتياز هنا خاص واقع على منقول . وضريبة الأطيان الزراعية ترد على الأرض الزراعية المستحقة عنها الضريبة ، وكذلك على ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشى الملحقة بها ، فالامتياز هنا خاص وارد على عقار وعلى منقول فى نفس الوقت . وهو نفس الأمر بالنسبة لضريبة المبانى فهى تحصل من الإيجار والإيراد ومن المنقولات التابعة للمبانى ومن المبانى ذاتها والأرض المقامة عليها ، فالامتياز هنا خاص وارد على عقار وعلى منقول فى نفس الوقت . إلا أنه عند التنفيذ يبدأ أولا بالمنقولات فإذا لم تكفى قيمتها ينفذ على العقارات ، ولذلك فالامتياز يكون بصفة أصلية إمتيازاً على منقول وبصفة إحتياطية إمتيازاً على عقار (١) .

والقوانين والأوامر التى تنص على الحق الممتاز هى التى تحدد محله وكيفية استيفائه .

درجة الأفضلية :

١ — إذا كان الامتياز يقع على عقار فان درجة الأفضلية تحسب بالنسبة للتأمينات الأخرى الواقعة على نفس العقار . وقد إعتبر المشرع هذا الحق إمتيازاً ممتازاً من الدرجة الأولى يتقدم على جميع الحقوق الأخرى المقيدة على العقار وهى حقوق الرهن الرسمى والرهن الحيازى على عقار والاختصاص وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار . وكل هذه الحقوق تخضع لقاعدة الشهر وتتحدد مرتبتها من وقت قيدها . أما المبالغ المستحقة للخزانة العامة فلا يجب شهر الامتياز الضامن لها وتتقدم على جميع الحقوق الأخرى المقيدة سواء تم قيدها قبل نشأة حق الخزانة العامة أو بعده (م ١١٣٤/٢ ، م ١١١٣٩/٢) (٢) .

ويعتبر إمتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة على هذا النحو من التأمينات

---

(١) أنظر أهم الأحكام الواردة فى القوانين الخاصة بالضرائب ، شمس الدين الوكيل ، ص ٥٩٨ ومابعدها .

(٢) راجع ماسبق ، فقرة ٩٨ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الخفية التى لايستطيع من يتعامل بالنسبة للعقارات أن يعلم قدرها عن طريق الإطلاع على سجلات الشهر العقارى . وهذه المبالغ تكون عادة جسيمة مما يؤدى إلى الإضرار بالائتمان العقارى ، ولذلك حاول المشرع الفرنسى فى القانون المنظم للشهر العقارى الصادر عام ١٩٥٥ أن يقضى بقدر الإمكان على التأمينات المستترة من هذا النوع باشتراط وجوب شهرها (١) .

ولايتأخر هذا الامتياز فى المرتبة إلا عن إمتياز المصروفات القضائية ، مع التحفظ بأن المصروفات القضائية قد تكون هى نفسها رسوم قضائية مستحقة للخزانة العامة وبذلك يكون الأمر متعلقاً بترتيب المبالغ المستحقة للخزانة العامة ذاتها . وكذلك فإن امتياز المصروفات القضائية لايحتج به إذا كانت هذه المصروفات لم تنفق فى مصلحة الخزانة العامة .

٢ — وإذا كان امتياز المبالغ المستحقة للخزانه العامة يقع على منقول فإنه يأتى فى المرتبة الثانية بعد امتياز المصروفات القضائية مع ملاحظة التحفظات السابقة .

الحق فى التتبع :

نص المشرع على أنه «تستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقله بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ... » (م ١٠٣٩/٢) وهو مايعنى حق الخزانة العامة فى تتبع الأموال المثقلة بهذا الامتياز .

ومع ذلك فالحق فى التتبع غير متصور بالنسبة لحقوق الامتياز العامة والتى لاترد على مال معين بالذات يعتبر مثقلا بها (٢) .

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٣٤ .

(٢) وكان أول القائلين بهذا الرأى هو أستاذنا الدكتور شمس الوكيل ، رغم صياغة الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ التى تشمل فى عمومها كل المبالغ المستحقة للخزانة العامة حتى ولو كان الامتياز الضامن لها عاما يرد على كل أموال المدين .

وقد تأكد هذا الرأى فى حكم حديث لمحكمة النقض ، صدر بخصوص الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية والضريبه العامة على الايراد ، وحق الدولة فيها يضمنه امتياز عام . وقد =

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أما بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول فإن الحق فى التتبع يتعطل فى مواجهة حائز حسن النية ، لأنه حسب المادة ١١٣٣/١ « لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية » .

ولذلك فيكون المقصود بالتتبع هو الامتياز الخاص الواقع على عقار كامتياز ضريبة الأراضى الزراعية ، أو ضريبة المبانى . والحق فى التتبع مقرر رغم عدم وجوب شهر الامتياز . وقد يفاجأ مشتر لعقار باستحقاق مبالغ للخزانة العامة عن هذا العقار ، لم يكن يستطيع العلم بها عن طريق الإطلاع على سجلات الشهر العقارى ، مما يؤدى إلى الإضرار بالمعاملات العقارية والائتمان العقارى . ومع ذلك فلا تعدم وسيلة معرفة المبالغ المستحقة للخزانة العامة عن العقار المراد التعامل بشأنه ، وذلك عن طريق الإطلاع على ايصالات سداد جميع الضرائب والرسوم المستحقة على العقار ، وهى وسيلة ليست سهلة أو مضمونة فى جميع الأحوال .

١٠٤ - ثالثا - امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه :

ينص المشرع فى المادة ١١٤٠ على أنه :

« (١) المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله » .

« (٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها » .

= قررت المحكمة أن هذه الضرائب « تجرى فى شأنها ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ من القانون المدنى من أن حقوق الامتياز العامة « لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ولو كان محلها عقاراً » . . . ولا يغير من هذا الوضع ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ من القانون المدنى فى قولها « وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقله بهذا الامتياز فى أية يد كانت » إذ هى مقيده بما تقرره القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم . . . » (نقض رقم ١٣١ ، س ٣٠ ق ، جلسة ١١ مايو سنة ١٩٦٦ ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الرابعة ، العدد الرابع ، أكتوبر ١٩٦٦) .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وتقرير هذا الامتياز يقوم على أبسط قواعد العدالة ، فلولا المصروفات التي أنفقت لهلك الشيء أو تلف ، فيكون من العدل إعطاء من أنفقها أولوية فى استيفاء ما أنفقه من ثمن هذا الشيء .

وهذا الاعتبار يقوم بالنسبة للعقار والمنقول على السواء . ولذلك ينتقد الفقه فى فرنسا المشرع الفرنسى لقصره هذا الامتياز على مصروفات حفظ المنقول دون العقار (١) .

أما القانون المصرى القديم فقد أطلق النص على « ماصرف لصيانة الشيء » ؛ دون قصره على المنقول فقط ، وقد فهم ذلك على أن القانون أراد أن يتلافى ماوجه للقانون الفرنسى من نقد . ومع ذلك فعند وضع التقنين المدنى الجديد عاد المشرع مرة أخرى إلى قصر الامتياز على نفقات حفظ المنقول دون العقار . ولذلك يتعرض التقنين الجديد لنفس النقد الذى وجه للقانون الفرنسى .

ولعله مما يخفف من حدة هذا النقد ماقرره المشرع من امتياز للمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعمارين عما قاموا به من أعمال الإنشاء والترميم بالنسبة للمبانى والمنشآت الأخرى (١١٤٨) . إلا أن هذا الامتياز لايستفيد منه غير المقاولين والمهندسين المعمارين فنطاق تطبيقه محدود من حيث الأشخاص ، فلا يمتد إلى من يكلف هؤلاء بالقيام بهذه الأعمال ويدفع لهم أجرهم من ماله الخاص (٢) . ومع ذلك فامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين أوسع نطاقا من حيث الأعمال التى أنفقت الأموال فيها ، من امتياز حفظ المنقول وترميمه كما سنرى فيما بعد .

الحق الممتاز :

هو حق من أنفق مصروفات لحفظ المنقول أو ترميمه . وينبغى أن تكون هذه المصروفات قد أنفقت فى حفظ المنقول أو ترميمه ، أما إذا أنفقت فى تحسين المنقول وتجميله بما يرفع قيمته فلا يضمنها هذا الامتياز . ومعيار التفرقة بين

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٨١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٧٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مصروفات الحفظ ومصروفات التحسين أن الأولى كان يهلك المنقول بدون إنفاقها. وعلى عكس هـذا فإن امتياز المهندس والمقاول بالنسبة المبانى والمنشآت يمتد إلى مصروفات التحسين أيضا .

والمنقول الذى تنفق هذه المصروفات فى حفظه قد يكون ماديا أو معنويا ، وقد يكون حياً أو جماداً (١) .

وتفسير النص الذى يقرر هذا الامتياز يتأثر بالنصوص القانونية الأخرى ويختلف من نظام قانونى إلى آخر .

ففى فرنسا يمد الفقه والقضاء نطاق هذا الامتياز إلى المبالغ المنصرفة فى الزراعة كثمن مواد التخصيب والرى وأعمال الزراعة الأخرى على أساس أنها أنفقت فى حفظ المحصول الزراعى فيكون لها امتياز عليه (٢) . ويصعب الأخذ بهـذا فى القانون المصرى حيث يوجد امتياز خاص لما يستحقه العمال والأجراء ، وكذلك يوجد امتياز خاص ضامـن للمبالغ المنصرفة فى البذر والسماد و مواد التخصيب الأخرى . وهى حقوق امتياز متأخرة فى المرتبة عن امتياز حفظ المنقول وصيانته.

ويشمل هذا الامتياز بصفة خاصة مايستحق للميكانيكى الذى يصلح سيارة أو أية آلة آخرى، وما يستحق للطبيب البيطرى عن أتعاب علاج المواشى والحيوانات الأخرى ، ومايستحق للنجار من أجر اصلاح قطعه أثاث ، وما يستحق للمحامى من أتعاب عن الدفاع عن الحق المالى الذى يتقرر بحكم من القضاء (امتياز المحامى مقرر بنص خاص فى قانون المحاماه) ، وما يستحق للوكيل فيما بذله من نفقات أو مصروفات المحافظة على دين لموكله ، ومايستحق للسنديك والمصفى إذا لم يمكن لسبب ما إعتبار حقوقهما من المصروفات القضائية لأنه يصعب أحيانا من الناحية العمليه وضع حد فاصل بين فكرة الاتعاب وفكرة المصروفات القضائية (٣) .

(١) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥٠٠ .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، ص ٢٥٢ ، فقرة ٢٢٢ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٨١ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٥٥٩ ؛ بودان وفواران ، ج ١٢ ، فقرة ٥٠٠ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٧٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٦١٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الحق فى الحبس :

حقوق الامتياز الخاصه الواقعة على منقول هى كقاعدة عامه تأمينات عينيه على منقول بدون حيازة ، ولذلك يتعرض صاحبها دائما لخطر إنتقال حيازتها إلى شخص حسن النيه لا يمكن الاحتجاج فى مواجهته بحق الامتياز على المنقول . ومع ذلك بالنسبة لمن أنفق مصروفات حفظ وصيانة لمنقول حق فى حبسه حتى يستوفى ما يستحق له طبقا لنص المادة ٢٤٦ .

وهكذا يأتى الحق فى الحبس ليزيد من ضمان صاحب الامتياز . وبطبيعة الحال فان الحق فى الحبس مستقل عن الامتياز بحيث يتصور وجود أحدهما دون الآخر . فإذا كانت المصروفات قد انفقت فى تحسين المنقول دون حفظه كان لمن أنفقها حق حبسه دون أن يكون له امتياز على ثمنه ، أما إذا كانت المصروفات قد أنفقت لحفظ المنقول ولم يستعمل من أنفقها حقه فى الحبس وخرج المنقول من حيازته أو لو لم تكن له حيازته أصلا ، فإنه لايفقد حقه فى الامتياز ، بحيث إذا أمكن التنفيذ على المنقول وبيعه بالمزاد ، باشر حقه فى الامتياز على ثمن البيع . أما إذا إجتمع الحق فى الحبس مع الامتياز فإن ضمان الدائن يكون قوياً (١) .

مرتبة الامتياز :

امتياز مصروفات الحفظ والترميم متقدم فهو فى المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

والامتياز يرد على ثمن المنقول كله ، وهذا طبيعى لأنه بغير هذه النفقات لهلك المنقول أو تلف ؛ ولم يقرر المشرع امتيازاً لنفقات التحسين ، ولو كان قد قررها لأعطاها امتيازاً على مازاد فى قيمة الشىء بسبب التحسين وليس على قيمة الشىء كله .

وإذا تعددت هذه المصروفات فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى

---

(١) مازو ، حـ ٣ ، فقرة ١٨٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

لتواريخ إنفاقها. والحكمة من ذلك هو أن من أنفق آخر المصروفات هو الذى حفظ المنقول من الهلاك لمصلحة مالكة ، وأصحاب الحقوق الأخرى السابقة على نفس المنقول . وكذلك فى هذا تشجيع لمن ينفق آخر المصروفات فى أن يقوم بحفظ المنقول ولو كان حقه يتأخر على ماأنفق أولا أو يتساوى معه لتردد فى القيام بحفظ المنقول إذا كان ماأنفق عليه من قبل يستغرق قيمته (١) .

١٠٥ - رابعاً - حقوق الامتياز العام

تنص المادة ١١٤١ على أنه :

« (١) يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

« (ا) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة . »

« (ب) المبالغ المستحقه عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة . »

« (ح) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة . »

« (٢) وتستوفى هذه المبالغ مباشره بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقه الخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها . »

وقد جمع المشرع فى هذا النص أكثر من حق ، وأعطاها جميعا امتيازاً عاماً على كل مايملكة المدين من عقار أو منقول ، وجعلها أيضا فى نفس المرتبة . وهذه الحقوق هى حقوق الأجراء ، وحقوق الموردين والحق فى النفقة .

١ - حقوق الأجراء :

للعامل أو الأجير الذى يعيش على مايكسبه من عمله ، امتياز فى استيفاء مايستحق له من أجر قبل رب العمل ، وقد تقرر هذا الامتياز بنص القانون المدنى السابق

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٧٩ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٦١٦ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ذكره ، وكذلك بنص المادة ٨ من قانون العمل الصادر فى ٥ أبريل سنة ١٩٥٩ ، والتى تقرر أن « يكون للمبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بمقتضى هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول أو عقار وتستوفى مباشره بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانه العامه ومصروفات الحفظ والترميم » .

ونص القانون المدنى أوسع نطاقا من حيث الأشخاص فهو يشمل خدم المنازل ، بينما لا يدخل هؤلاء فى نطاق تطبيق قانون العمل . إلا أن النص المقرر فى قانون العمل أوسع نطاقا من حيث المبالغ المقرر لها الامتياز والمدة المستحقة عنها هذه المبالغ . ولذلك يعتبر هذا النص تعديلا لأحكام القانون المدنى فى نطاق تطبيقه (١) .

والمستفيد من هذا الامتياز هو كل من يؤدى عملا لحساب شخص آخر يتقاضى عنه أجراً ، ويقوم على رابطه تبعيه بينهما . ويشمل هذا خادم المنزل والمربيه والبواب وقائد السياره وعامل الجراج والبستانى وناظر العزبه والعامل الزراعى أو الصناعى أو التجارى . ويشمل كذلك كل من يؤجر ملكاته الذهنية أو الفنية كالموسيقى ، والصحفى الذى يعمل لحساب أحدى الصحف ، والمدرس بمعهد خاص ، ويشمل كذلك الوكيل المأجور طالما أنه يتلقى تعليماته من الموكل (٢) . وعلى عكس هذا لا يشمل هذا الامتياز كل من لا تربطة رابطة تبعية برب العمل ، فلا يشمل الشريك أو المدير العام للمشروع أو المقاول (٣) .

أما المبالغ الممتازة فهى ما يستحقه هؤلاء من أجر قبل رب العمل سواء كان الأجر نقداً أو عينا ، محسوبا باليوم أو الأسبوع أو الشهر أو السنه أو بوحدات أخرى غير زمنية كالحساب بالقطعة أو بمقدار ما يحققه الأجير من نجاح فى أعماله حتى ولو كان ذلك إحتمالياً .

وقبل صدور قانون العمل لم يكن للعامل إمتياز بالنسبة لمبالغ أخرى غير

---

(١) محمد لبيب شنب ، شرح قانون العمل ، ١٩٦٦ ، ص ٣٥٩ .

(٢) المذكرة الإيضاحية ، ص ٣٠٨ .

(٣) بيير رينو ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٠٣ ، فقرة ٣١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

السابق ذكرها . فلم يكن له أمتياز لما يستحقه من نسبة فى الأرباح ،أولاسترداد ماقدمه من نقود كفالة لقيامة بالتزاماته ، أو مايستحقه من تعويض عن الفصل التعسفى ، أوما أعطاه لرب العمل من قروض بمناسبة العمل الذى يقوم به ، أو ما أنفقه من ماله الخاص فى قيامه بعمله . غير أنه بصدور قانون العمل فإن الامتياز أصبح يشمل هـذه المبالغ كلها وذلك فى نطاق تطبيق قانون العمل وهو يكاد يستغرق نطاق تطبيق نص القانون المدنى.وقدبقيت طائفة واحدة فقط محكومة بنص القانون المدنى وهىطائفة خدم المنازل ، فليس لهؤلاء إمتياز إلا بالنسبة لأجورهم فقط دون المبالغ الأخرى .

وقد أطلق قانون العمل المدة التى تستحق عنها هذه المبالغ فلم يقيدها بستةشهور فقط كما هو مقرر فى نص القانون المدنى .

أما الطائفة التى لازالت تخضع لنص القانون المدنى وهى طائفة خدم المنازل فلا يكون لها امتياز إلا بالنسبة لما تستحقه من أجر عن ستة شهور فقط . والمقصود بهذا ،الستة الأشهر السابقة على إجراء الحجز على مال معين من أموال المدين ، أو الستة الأشهر السابقة على إجراءات تصفيه أموال المدين كلها إذا حدث ذلك لوفاته أو شهر إفلاسة (١) .

ويلاحظ أن حقوق العمال والأجراء تسقط بمضى سنة أو خمس سنوات على التفضيل المذكور فى باب التقادم (م ١/٣٧٥ ، ٣/٣٧٨)

(ب) حقوق الموردين :

المبالغ المستحقه عما تم توريدة للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس لها إمتياز على كل مايملكه المدين من عقار ومنقول .

---

(١) يلاحظ أن المادة الثامنة من قانون العمل التى نصت على امتياز العامل ، جاءت فى الفصل الثانى من الباب الأول المخصص للأحكام العامة ، ولذلك فهى تسرى على جميع العمال الخاضعين لقانون العمل حتى ولو كانوا مستثنين من الأحكام الخاصة بعقد العمل الفردى . أما خدم المنازل فلا يسرى عليهم قانون العمل أصلا . راجع ، محمد لبيب شنب ، قانون العمل ، ص ٣٥٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وهذا الامتياز تقرر فى الاصل لمصلحة المدين لتقوية إئتمانه إزاء الاشخاص الذين يوردون له ولأسرته المواد الأساسية اللازمة لحياته . وهو مقرر أيضا لمصلحة بقية دائنى المدين ، إذ لهم جميعا مصلحة فى إستمرار المدين فى القيام بنشاطه ولايتحقق ذلك بدون حصوله على المواد الاساسية اللازمة لمعيشته .

وهذه الفكرة هى التى تحدد معيار مايعتبر ممتازاً من المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين . فينبغى أن تتوافر فكرة ضرورة هذه المواد أو الخدمات لحياة المدين . ويدخل فى هذا المواد الغذائية كالخبز واللبن واللحوم والخضروات وغيرها ، وكذلك الملابس الجاهزة والأقمشه (١) . وتعتبر من المواد اللازمه الحياة ، الأدوية على خلاف مايراه البعض من إستبعادها (٢) .

أما إذا كان ماتم توريده من سلع الرفاهية فلا يشملها الامتياز ، من هذا وسائل التدفئة والتبريد فى بلد جوة معتدل مثل مصر ، وإن أعتبرت ضرورية فى بلاد أخرى . وكذلك المشروبات الروحية بأنواعها .

وتقرير ماإذا كانت السلعة ضرورية أم لا ، متروك لتقدير القاضى (٣) .

ويشترط أن يكون من قام بالتوريد ممن يتجر فى هذه المواد . فلا يشمل الامتياز مثلا الزارع الذى يبيع محصوله مباشرة إلى شخص يستهلكه . إلا أنه لايشترط أن يكون التاجر مقيداً بالسجل التجارى (٤) .

---

(١) نص المشرع صراحة على امتياز الدين الناشىء عن توريد الملابس ، أما القانون الفرنسى فلا يوجدفيه نص والمسألة محل خلاف . ومن أنصار اعتبار الدين ممتازا فى هذا الفرض ، جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٥٥٩ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٩ . ومن أنصار استبعاد دين الملابس ، أوبرى ورو ، فقرة ٢٦٠ وهامش ٢٦ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٥٠٩ .

(٢) قارن ، سليمان مرقس ، فقرة ٣٤٧ ؛ محمد على أمام ، فقرة ٤٤٠ .

(٣) بيير رينو ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ص ٢٠٤ . فقرة ٤٢ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٤٨ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤٢٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والامتياز يستحق تم عما توريده للمدين ولمن يعوله ، ويشمل هذا أفراد أسرته المقيمين معه أو بعيداً عنه ، فيعتبر ممتازا مايستحق عما تم توريدة لابن الأسرة الذى يقيم بعيداً عن أسرته وإن كان يعتمد على ربها فى حياته . ويشمل الامتياز كذلك ماتم توريدة للخدم المقيمين مع رب الأسرة ويعتمدون عليه فى معاشهم(١) .

والامتياز يستحق عن المبالغ المستحقة عما تم توريده فى الستة الأشهر الأخيرة محسوبة بنفس الطريقة السابق ذكرها .

(م) النفقة المستحقة لأقارب المدين :

لها امتياز عام على كل مايملكه المدين من عقار ومنقول . ويلاحظ أن النص أعطى هذا الامتياز لأقارب المدين . ورغم أن الزوجة لاتعتبر من ناحية التعبير الفنى الدقيق من أقارب المدين لأن صلتها بزوجها صلة خاصة غير القرابة ، إلا أن هناك إجماع فى الفقه على أن هذا النص يشملها ، فمن غير المعقول أن يتقرر إمتياز لغيرها من أفراد أسرة المدين ولايتقرر لها (٢) .

والامتياز مقرر لما يستحق من نفقات عن الستة الأشهر الأخيره كما هو الشأن بالنسبة لحقوق الامتياز السابق ذكرها .

ويقوم هذا الامتياز على إعتبارات إنسانية ، وهى نفس الاعتبارات التى يقوم عليها دين النفقه فى نشأته ، فهو ينشأ بنص القانون لنفس الاعتبارات الإنسانية. وبطبيعة الحال حتى يكون دين النفقة ممتازاً ، فينبغى أن يكو قد نشأ أولاسواء بالتراضى عليه ، أو بحكم القضاء .

محل حقوق الامتياز ومرتبتها :

ترد هذه الحقوق فى جميع الاحوال على كل مايملكة المدين من عقار أو منقول فهى دائما من من حقوق الامتياز العامة .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٦١٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٨٣ ، بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ ، فقرة ٥١ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٦١٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٨٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

أما مرتبتها فيختلف حسابها بحسب ما إذا كان الشيء محل الامتياز عقاراً أو منقولا . فإذا كان عقاراً فان الحق يكون امتيازاً ممتازاً من الدرجة الثانية . أما كونه امتيازاً ممتازاً فلأنه يتقدم على جميع التأمينات العينية الأخرى على نفس العقار وهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى والاختصاص وحقوق الامتياز الخاصة العادية الواقعة على عقار دون إعتداد بتاريخ نشأة هذه الحقوق أو تاريخ قيدها . أما كونه إمتيازاً ممتازاً من الدرجة الثانية ، فلأنه يتأخر عن إمتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة (م ١١٣٤/٢ ، م ١١٤١/٢)[1].

وهذا الامتياز لا يجب فيه الشهر ، ولذلك فهو امتياز مستتر قد يفاجأ به أصحاب التأمينات العينية الأخرى على نفس العقار ، وهو يتقدم على هذه الحقوق جميعاً وفى هذا إضرار بالائتمان العقارى المدين[2] . غير أن هذا الامتياز العام لا يعطى الحق فى تتبع العقارات المملوكة للمدين ، ومن هذه الوجهة يعتبر أضعف أثراً من التأمينات العينية الأخرى .

أما إذا كان الأمر يتعلق بمنقول فإن مرتبة الامتياز هى الرابعة بعد امتياز المصروفات القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وامتياز حفظ المنقول وترميمه .

---

(١) راجع فى كيفية حساب مرتبه الامتياز ، ماسبق ، فقرة ٩٨ .

(٢) القانون المصرى لايعرف كقاعدة عامة فكرة التأمينات المستتره ، بل القاعدة فيه هى وجوب شهر التأمينات الواردة على العقارات لامكان الاحتجاج بها . ووقت الشهر هو الذى يحدد مرتبه الحق . ومع ذلك فبالنسبه لحقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من عقار ، وكذلك بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، فأنه لايجب بشأنها الشهر ، ومع ذلك فهى تتقدم على سائر التأمينات الأخرى المقيده على العقار (م ١١٣٤) وهى بهذا المعنى تأمينات مستتره ، إلا أنها فى نفس الوقت ولنفس السبب ، تأمينات ممتازه بالنظر الى التأمينات العينية الأخرى .

والتأمينات المستتره كانت شائعه فى القانون الفرنسى ، وقد حاول المشرع هناك أن يقضى عليها باشتراط الشهر كأساس للاحتجاج بالحق وتحديد مرتبته ، وقد تم ذلك باصلاحين هامين فى عام ١٩٥٥ ، وعام ١٩٥٩ . راجع ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٣٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وإذا تعددت حقوق الامتياز تم توزيع الثمن بنسبة قيمة كل منها طالما أنها فى نفس المرتبة ، ولا عبرة بتاريخ نشأة الحق أو كونه امتيازاً لأجير أو لما يستحق عما تم توريده أو لنفقة مقررة لأحد أقارب المدين .

١٠٦ – خامساً – امتياز مصروفات الزراعة وامتياز المبالغ المستحقة عن الآلات الزراعية :

تنص المادة ١١٤٢ على أن :

« (١) المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة » .

« (٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر » .

« (٣) وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات » .

ويشمل هذا النص حقين من حقوق الامتياز لها نفس المرتبة ، وهما امتياز مصروفات الزراعة وامتياز المبالغ المستحقة عن الآلات الزراعية .

امتياز مصروفات الزراعة :

يحتاج انتاج المحصول الزراعى إلى كثير من المواد اللازمة لوجوده والمحافظة عليه ، وإلى أنواع مختلفة من الأعمال الزراعية فى مراحل نموه المختلفة . وحتى يتمكن الزارع من الحصول على هذه المواد ، وعلى هذه الأعمال بطريق الائتمان ، أعطى المشرع امتيازاً على المحصول ذاته لكل من ساهم فى إنتاجه بطريق الإعطاء أو العمل .

وهناك ما يبرر تفضيل الدائن فى هذه الحالة على بقية الدائنين ، لأنه بغير مساهمته ما خرج المحصول إلى الوجود .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويعتبر ممتازاً ما يستحق من ثمن بيع البذور بكل أنواعها ، وكذلك السماد ومواد التخصيب الأخرى ، وكذلك المواد المقاومة للحشرات .

ويلاحظ أن بائع هذه المواد له امتياز مقرر بنص آخر هو امتياز البائع . غير أن من مصلحته أن يتمسك بامتياز مصروفات الزراعة لأنه فى المرتبة الخامسة بينما امتياز بائع المنقول فى المرتبة السابعة . وكذلك فانه يشترط للتمسك بامتياز البائع أن يظل المنقول محتفظاً بذاتيته ولا يتحقق هذا بالنسبة لمواد الزراعة التى تختلط بالتربة مباشرة . وزيادة على ذلك فإن امتياز البائع يرد على نفس المنقول المبيع ، بينما امتياز مصروفات الزراعة يرد على المحصول الذى استخدمت هذه المواد فى إنتاجه (١) .

ويشمل هذا الامتياز ما يستحق عن أعمال الزراعة من حرث وري وحصاد وجنى وغير ذلك . ولكن العامل فى هذه الحالة ليست له مصلحة فى التمسك بامتياز مصروفات الزراعة إلا إذا لم يتمكن لأى سبب من الاستفادة من امتياز العامل وهو امتياز عام فى الدرجة الرابعة يتقدم على امتياز مصروفات الزراعة . أما فى القانون الفرنسى فمن مصلحة العامل أن يتمسك فى هذه الحالة بامتياز مصروفات الزراعة وهو امتياز خاص وارد على المحصول ، لأنه فى هذا القانون تتقدم حقوق الامتياز الخاصة على حقوق الامتياز العامة وليس لمثل هذا الترتيب مقابل فى القانون المصرى (٢) .

ويعتبر ممتازاً كذلك ما يستحق من مياه الرى للأرض الزراعية .

ولا يشترط أن يكون المدين مستأجراً للأرض الزراعية ، بل قد يكون هو مالكها يزرعها بنفسه أو بواسطة أتباعه .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٨٦ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥٢٧ .

(٢) والفقه الفرنسى فى مجموعه يقصر حق العامل فى التمسك بامتياز مصروفات الزراعة، على أجره عن المدة التى تم فيها انتاج المحصول الذى يباشر حقه عليه ، أما أجره عن مده أخرى فلا يضمنه إلا امتياز العامل. أوبرى ورو، ج ٣ ، فقرة ٢٦١ وهامش ٤٩؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥٢٧ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٨٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويلاحظ أن امتياز مصروفات الزراعة يعتبر فى القانون الفرنسى تطبيقاً لامتياز حفظ المنقول وترميمه ، على أساس أن المواد الزراعية وأعمال الزراعة ساهمت فى المحافظة على المحصول الزراعى (١) . غير أن هذا يعتبر تفسيراً موسعاً لفكرة الحفظ المقصود به المحافظة على منقول موجود فعلا من الهلاك أو التلف، وليس المساهمة فى انتاج محصول جديد لم يوجد بعد . إلا أنه فى الحالات القليلة التى يمكن فيها اعتبار أعمال الزراعة من أعمال حفظ المحصول ، يكون من حق من قام بها أو أنفقها أن يستفيد من امتياز حفظ المنقول وهو امتياز متقدم من الدرجة الثالثة.

محل الامتياز ومرتبته :

يرد هذا الامتياز على المحصول الزراعى الذى ساهمت المواد والاعمال فى إنتاجه . وهو لهذا إمتياز خاص وارد على منقول . ومرتبة هذا الامتياز هى الخامسة بعد امتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة وامتياز حفظ المنقول وحقوق الامتياز العامة . وإذا تعددت المبالغ التى تستحق عن محصول واحد فاستحق بعضها عن ثمن البذور أو السماد أو أعمال الزراعة فلا تفضيل لبعضها على بعض ويقسم ثمن المحصول بنسبة قيمة كل منها .

ويلاحظ أنه إذا خرج المحصول من حيازة الزارع وانتقل إلى حيازة شخص آخر حسن النية فلا يحتج بحق الامتياز فى مواجهته (٢) (م ١١٣٣/١) . ولكن إذا كانت الارض الزراعية مرهونة وسجل تنبيه نزع ملكيتها مما ترتب عليه الحاق الثمار بالعقار ، فانه على خلاف رأى البعض (٣) فإن الرأى الراجح الذى نؤيده هو أن امتياز مصروفات الزراعة يتقدم على حق الدائن المرتهن بالنسبة للمحصول

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٥٢ ، فقرة ٢٢٢ .

(٢) ويرى البعض أن مجرد بيع المحصول وقبل أن تنتقل حيازته إلى المشترى ، يترتب عليه اخراجه من امتياز مصروفات الزراعة . راجع كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٥٧٧ .

ولاشك فى عدم امكان الأخذ بهذا الرأى فى القانون المصرى حيث يشترط لعدم الاحتجاج بالامتياز أن تنتقل حيازة المنقول المثقل به إلى حائز حسن النية (م ١١٣٣/١) .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ص ٢٥٢ ، فقرة ٢٢٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الزراعى ، لأن قاعدة الحاق الثمار بالعقار المقصود بها تفضيل الدائن المرتهن على المدين الراهن نفسه وعلى الدائنين العاديين وليس على أصحاب الحقوق الممتازة على هذه الثمار (١) .

المبالغ المستحقة مقابل آلات الزراعية :

يقرر النص السابق ذكره امتيازا للمبالغ المستحقة مقابل آلات الزراعة . وقد جاءت صياغة النص عامة بحيث يشمل الامتياز مايستحق من ثمن بيع الآلات أو أصلاحها أو تحسينها (٢) .

وهذه المبالغ تضمنها حقوق امتياز أخرى غير هذا الامتياز . فما يستحق عن ثمن البيع يضمنه امتياز بائع المنقول ، غير أن من مصلحة البائع فى هذه الحالة أن يتمسك بامتياز مقابل آلات الزراعة لأنه فى المرتبة الخامسة بينما امتياز بائع المنقول فى المرتبة السابعة . وكأن المشرع قد ميز بائع آلات الزراعة عن كل بائع أخر فى إعطاءه امتيازا متقدما عن غيره من بائعى المنقولات الاخرى .

أما المبالغ المستحقة عن إصلاح الآله الزراعية فيضمنها امتياز حفظ المنقول وترميمة وهو إمتياز فى المرتبة الثالثة ولذلك فمن مصلحة من يستحق هذه المبالغ أن يتمسك بامتياز حفظ المنقول وليس بامتياز مقابل آلات الزراعة .

أما المبالغ المستحقة عن تحسين آلات الزراعة فلا يضمنها غير هذا الامتياز . ويلاحظ أن فى هذا تمييز أيضا لمن ينفق مصروفات أو يقوم بأعمال فى تحسين آلات الزراعة عن غيره ممن يبذل نفس الشىء بالنسبة لمنقول آخر ، فهذا الأخير لايستفيد من أى إمتياز على الاطلاق (٣) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٨٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٦٢١ .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٣١١ .

(٣) ويلاحظ أنه لافرق بين أن تكون هذه المبالغ مستحقة قبل مالك الأرض أو المنتفع بها أو المستأجر لها . راجع . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٨٣ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥٢٨ ، كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٥٥٧ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

محل الامتياز ومرتبته :

يرد هذا الامتياز على الآلات الزراعية التى استحقت المبالغ بسببها . وهو بهذا الوصف إمتياز خاص على منقول . وإذا كان النص على هذا الامتياز قد تضمن فى نفس الوقت النص على امتياز مصروفات الزراعة إلا أن محل كل منهما مختلف عن الآخر ، فأحدهما يرد على المحصول الزراعى والآخر يرد على آلات الزراعة، ولهذا لاتثور مشكلة تفضيل أحدهما على الآخر (١) .

أما مرتبة امتياز المبالغ المستحقة مقابل آلات الزراعة فتتحدد بالنسبة لحقوق الامتياز الأخرى ، وهى المرتبة الخامسة بعد امتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة وامتياز حفظ المنقول وحقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من منقول .

١٠٧ - سادسا - امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق :

يجمع بين هذين الامتيازين أن صاحب أى منهما ليس مجرد دائن بحق ممتاز ، ولكنه حائز فى نفس الوقت ، كما أن لكل منهما نفس المرتبة ، وهى المرتبة السادسة بعد حقوق الامتياز الأخرى على منقول السابق ذكرها (٢) .

أولا - امتياز المؤجر :

لمؤجر المبانى أو الأرض الزراعية إمتياز على المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين المؤجرة ضمانا لدين الأجرة وملحقاته .

وليس للمؤجر حق امتياز فحسب على هذه المنقولات ، بل هو حائز لها أيضا بحكم القانون .وكون المؤجر صاحب تأمين عينى على منقول فى حيازته ، يجعل مركزه قريب الشبه من مركز الدائن المرتهن رهنا حيازيا لمنقول . وهو يتمتع

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٨٨ .

(٢) امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق من حقوق الامتياز التى تقوم على فكرة الرهن الضمنى . راجع بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٤٠ ؛ مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٦٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

أيضا بالحق فى الحبس بالنسبة لمنقولات المستأجر. وعلى هذاالنحو فامتياز المؤجر يختلف عن حقوق الامتياز الأخرى السابق دراستها فى تداخل نظم أخرى مع حق الامتياز ، تؤثر فى أحكامة وتجعله من طبيعة خاصة ؛ فالمؤجر صاحب حق امتياز على منقولات المستأجر ، وهو فى نفس الوقت حائز لهذه المنقولات ، وله لهذا السبب حق رهن حيازى ضمنى عليها ، وله فى جميع الأحوال الحق فى حبسها.

المؤجر صاحب حق امتياز :

وقد نصت على هذا الحق المادة ١١٤٣ وهى تقرر فى فقرتها الأولى أن « أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعا إمتياز على مايكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى . »

وسندرس فيما بعد بالتفصيل ، الحق الممتاز ومحله ومرتبته .

المؤجر حائز :

إعتبر المشروع ،المؤجر حائزاً بحكم القانون للمنقولات التى يضعها المستأجر فى العين المؤجرة . وقد نص على هذا فى المادة ١١٣٣/٢ التى تقرر أنه « يعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة،..» ويلاحظ أن حيازة المؤجر حكمية وليست حقيقية لأن المستأجر هو الذى يسيطر سيطرة فعلية على المنقولات المملوكة له . ومع ذلك فحيازة المؤجر الحكمية تترتب عليها آثار الحيازة القانونية (١) .

المؤجر صاحب رهنا حيازيا ضمنيا :

يقوم امتياز المؤجر فى الفقه على فكرة الرهن الضمنى . وهى فكرة تبدو

---

(١) توجد فى الواقع حيازتان على المنقولات ، احداهما للمستأجر وهى فعلية ولكنها تتقيد بحيازه المؤجر الحكميه . فليس للمستأجر أن يتصرف فى منقولاته أو أن يخرجها من العين المؤجره ، وللمؤجر أن يعترض على اخراجها وأن يستردها إذا اخرجت رغم إرادته . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٤٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مجازية تماما لدى بعض الفقهاء . والحق أن المؤجر ليس دائنا مرتهنا رهنا حيازيا حقيقة . فلا يوجد عقد رهن بمقتضاه يضع المستأجر فى حيازة المؤجر منقولات مملوكة له ضمانا لدين الأجرة (١) . إلا أنه يمكن القول مع الفقه السائد أن هناك اتفاقا ضمنيا على وضع هذه المنقولات (٢) .

ومما يؤيد هذا وجود نص قانونى مكمل لإرادة المتعاقدين ، يلزم المستأجر بوضع هذه المنقولات(٣) والنصوص المكملة يقوم إلزامها على أساس رضاء الأطراف الضمنى بمضمونها ، مهما قيل من انعدام كل إرادة بشأنها . فالمادة ٥٨٨ تقرر أنه « يجب على كل من استأجر منزلا أو مخزناً أو حانوتاً أو مكاناً مماثلا لذلك أو أرضا زراعية أن يضع فى العين المؤجرة أثاثا أو بضائع أو محصولات أو مواشى أو أدوات تكون قيمتها كافيه لضمان الأجرة عن سنتين ، أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين ، هذا ما لم تكن الأجرة قد عجلت ، ويعفى المستأجر من هذا الإلتزام إذا تم الإتفاق على هذا الإعفاء أو إذا قدم المستأجر تأميناً آخر . »

غير أن وجود فكرة الرهن فى امتياز المؤجر لاتعنى فى الواقع أنه رهن بالمعنى الدقيق ، فلا زال الامتياز تأمينا قانونيا ينشأ بحكم القانون (٤) .

المؤجر صاحب حق فى الحبس :

وينص المشرع صراحه على هذا الحق فى المادة ٥٨٩ التى تقرر أن :

« (١) يكون للمؤجر ، ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٦٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٤٢ .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٩٢ ، هامش ١ .

(٤) وكذلك فلا زال الامتياز مختلفا اختلافا جوهريا عن الرهن الحيازى ، فى أن الحيازة لاتنتقل فعلا من المستأجر إلى المؤجر ، بل تظل الحيازه الحقيقيه الفعلية للمستأجر ، وتنشأ للمؤجر حيازة حكميه فقط ، بينما القاعده فى الرهن الحيازى هى وجوب انتقال الحيازه الفعلية إلى الدائن المرتهن . راجع ، أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٢٠ ، ٨٠ ومابعدها ؛ مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٦٤ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٤٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة للمستأجر . وللمؤجر الحق فى أن يمانع فى نقلها فاذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه، كان له الحق فى استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق . »

« (٢) وليس للمؤجر أن يستعمل حقه فى الحبس أو فى الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمراً اقتضته حرفه المستأجر أو المألوف من شؤون الحياة ، أو كانت المنقولات التى تركت فى العين المؤجرة أو التى تم استردادها تفى بضمان الأجرة وفاء تاماً . »

والمؤجر يفضل مركزه صاحب الحق فى الحبس فقط . لأن له فوق ذلك امتياز على ثمن الأشياء التى يحبسها . إلا أن مركزه أضعف من مركز صاحب الحق فى الحبس بصفة عامة ، لأن الأشياء التى يحبسها تقع تحت السيطرة الفعليه لمدينة وهو المستأجر (١) .

وعلى هذا النحو ففهم أحكام امتياز المؤجر لايكون بغير مراعاة تداخل نظم أخرى مع حق الامتياز . وهى نظم تعمل على تقوية هذا الحق . فالمؤجر بجانب أنه صاحب حق بمتاز ، فهو مرتهن رهنا حيازيا ضمنيا وهو حائز وصاحب حق فى الحبس . ومع ذلك فحقه يظل مهدداً دائما من الناحية الواقعية ، لأن حقوقه فى الحيازة والرهن والحبس لاتقوم على سيطرة فعليه على الشىء محل الحق . ومع ذلك فمركزه يفضل من غير شك مركز صاحب الامتياز المجرد عن الحقوق الأخرى التى يتمتع بها المؤجر . فرغم أن مرتبة امتياز المؤجر متأخرة ، إلا أنه بفضل هذه الحقوق يتقدم دائما على جميع أصحاب الامتيازات الأخرى السابقة له فى المرتبة . كما أن له بخلاف أصحاب الامتيازات الأخرى أن يتتبع المنقولات محل الامتياز .

وسندرس فيما يلى ، الحق الممتاز ومحله ومرتبته .

الحق الممتاز :

هو حق مؤجر العقار ، سواء كان المؤجر هو مالك العقار وهذه هى الحالة

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٦٣٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الغالبة . أو كان منتفعا به أو مستأجراً أصليا له حق تأجير العقار من الباطن (١) .

ويستفيد من الامتياز كل مؤجر لعقار أيا كانت طبيعته ، كالأرض الزراعية والمبانى والأرض الفضاء . ولأن نص المادة ١١٤٣ يشير فقط إلى الأرض الزراعية والمبانى فقد حسب البعض أن الامتياز قاصر فقط على هاتين الحالتين (٢) . غير أن الإتجاه الغالب فى الفقه يبسط الامتياز إلى إيجار كل عقار من أى نوع كان لأن المقصود بالامتياز هو حماية مؤجر العقار بصفة عامة وليس فقط مؤجر الأرض الزراعية أو المبانى، وهذا الإتجاه جدير بالتأييد (٣) . ولاأهمية للغرض من الإيجار سواء كان هو السكن أو الاستغلال التجارى أو الصناعى أو الزراعى أو عملا مهنيا (٤) .

ولكن يجب بطبيعة الحال أن يكون الغرض مشروعا وإلا كان الإيجار باطلا ، فلابد من وجود عقد إيجار صحيح (٥) .

ولايعتبر إيجاراً عقد الامتياز الذى تمنح به الدولة أحد الأفراد الحق فى الإنتفاع بعقار من مال الدولة العام .

وقد ثار خلاف فى الفقه فيما يتعلق بإيجار المساكن المفروشة ، وهل يكون للمؤجر امتياز على مايضعه المستأجر من منقولات فى المسكن المفروش . وهذا الخلاف قد لاتكون له أهميه كبيرة لأن المستأجر لايحضر معه فى هذه الحالة منقولات ذات أهمية كبيرة، ومن ناحيه أخرى فهذه المنقولات تكون غالبا من متعلقاته الشخصية التى لايجوز الحجز عليها (٦) . وغالبا مايحتاط المؤجر لنفسه

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ،ج١٢ ، فقرة١٤٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٥٩٤ .

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٤٠ ، فقرة ٢٢ .

(٤) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٦٧ .

(٥) ولكن يلاحظ أنه فى فرنسا وبمقتضى قانون صدر فى ٢٥أغسطس ١٩٤٨ باضافة فقرة إلى المادة ١٢٠٢ من القانون المدنى ، فان الامتياز أصبح ضامنا لحقوق المالك قبل شاغل المكان بأى صفه راجع ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٦٧ .

(٦) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٣٤٠ . فقرة ٢٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

باشترط دفع الإيجار مقدماً . غير أنه فى الحدود التى يكون فيها لهذا الخلاف أهمية ما ، فإن الرأى الراجح يذهب إلى القول بوجود الامتياز ضمانا لأجرة المساكن المفروشة (١) . غير أن الفقه المصرى يجمع على أن الامتياز لايضمن إلا ما يقابل إيجار المبنى فقط أما الزيادة فى الأجرة نتيجة لوجود أثاث فى المسكن فهى إيجار لهذا الأثاث وهو إيجار لمنقول لاامتياز له .(٢)

ولاخلاف فى أن الامتياز لايضمن إلا أجره العقار ، لاأجرة المنقول .

والامتياز يضمن دين الأجرة وماينشأ على عاتق المستأجر من التزامات أخرى بسبب عقد الإيجار ، كالتعويض عن عدم تنفيذ عقد الإيجار وعن الأضرار التى ألحقها المستأجر بالعين المؤجرة ، أو إساءة إستعمال العقار المؤجر أو إتلاف ملحقات العقار التى كان يجب عليه ردها عند إنتهاء الإيجار . وكذلك الفوائد المستحقة عن كل هذا ، والمصروفات التى أنفقها المؤجر لاستيفاء حقه(٣) .

ولاأهمية لكيفية وفاء المستأجر بالأجرة ، نقداً كان ذلك أو عيناً . وإذا كان الإيجار بطريق المزارعة فالامتياز يضمن مايجب على المستأجر أن يؤديه للمؤجر من نصيب فى المحصول الزراعى .

ولكن الامتياز لايضمن المبالغ الأخرى التى تكون للمؤجر فى ذمة المستأجر لسبب آخر غير الإيجار . كما لو أقرض المؤجر المستأجر نقوداً . ومع ذلك إذا كان القرض يتعلق بعقد الإيجار كما لو كان لمساعدة المستأجر لشراء آلات زراعية وموائى لازمة لاستغلال الأرض المؤجرة ، أو القيام باصلاحات تقع أصلا على

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٤٤ ؛ كولان وكابيتان ، ج ٢ ، فقرة ١٥١٦ ؛ مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٦٨ . قارن ، جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٥٨٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٩٠ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٦٢٧ ؛ محمد على أمام ، ص ٦٠٩ .

(٣) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٧٢ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٤٦ ومابعدها ؛ أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، فقرة ٢٧ ومابعدها .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

عاتق المستأجر فإن إمتياز المؤجر يضمن هذا القرض (١) .

وفيما يتعلق بدين الأجرة فإن الامتياز لايضمن سوى إيجار سنتين فقط أو مدة الإيجار كلها إذا قلت عن سنتين . والقانون الفرنسى لايحدد مدة معينة يضمنها الامتياز . فطالما أن دين الأجرة لم ينقض بالتقادم فهو مضمون بامتياز المؤجر . وطول المدة على هذا النحو فى القانون الفرنسى فيها تفضيل للمؤجر على غيره من دائنى المستأجر لمدة طويلة ، مما عرض نص القانون للنقد الشديد (٢) .

وقد تلافى المشرع المصرى هذا النقد باشتراط ألا يزيد الإيجار المضمون بالامتياز عن مدة سنتين . بحيث إذا زادت المدة التى لم يدفع عنها الإيجار عن سنتين فلا يكون ممتازاً إلا مايقابل أجرة السنتين الأخيرتين من هذه المدة . أما الحقوق الأخرى التى تكون للمؤجر غير دين الاجرة فيضمنها الامتياز دون تحديد مدة لها طالما أنها لم تنقض بالتقام .

محل الامتياز :

يرد الامتياز على المنقولات المملوكة للمستأجر ، والتى يضعها فى العين المؤجرة ويكون من الجائز الحجز عليها .

١ — فيجب أن تكون هذه المنقولات مما يجوز الحجز عليه . لان الغاية من الامتياز هى أن يستوفى الدائن حقه من ثمن بيع هذه المنقولات بالمزاد العلنى ، فإذا تعذر ذلك لم يعد هناك مبرر لوجود الامتياز ذاته . وقد نص قانون المرافعات فى المادة ٤٨٤ ومابعدها على الاشياء التى لايجوز الحجز عليها وهى الفراش اللازمة للمستأجر وزوجه وأقاربه وأصهارة على عمود النسب المقيمين فى معيشة واحدة، ومايرتدونه من ثياب ،والكتب وأدوات الصناعة اللازمة لمهنته وعتادة الحرب ، إلى غير ذلك (٣) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٩١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٤٧ ؛ مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٧٣ ؛ بودان وفواران ، فقرة ٤٧٦ ومابعدها .

(٣) أحمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ ، فقرة ١٢٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

٢ — والامتياز يمتد إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة سواء وضعت فيها عند بدء الإيجار أو أثناء سريانه . ويرد على كل هذه المنقولات ولو زادت قيمتها بكثير عن دين الاجرة .

والمستأجر يحتفظ بالحق فى إخراج المنقولات الموجودة بالعين واستبدالها بغيرها طالما أنه يحتفظ دائما بقدر من المنقولات يكفى لضمان دين الأجرة ، فحق الدائن لايرد على منقول معين بالذات من منقولات المستأجر ، ولكنه يرد على ماقد يوجد من منقولات فى العين ، ولا حق له إلا فى الاعتراض على إنقاص هذه المنقولات إلى درجة لاتكفى معها لضمان حقه .

ولئن كان من السهل تصور أن امتياز المؤجر لايرد على منقول معين بالذات ، إلا أنه يصعب تصور أن حقوقه الأخرى فى الحيازة والرهن والحبس لاترد على شىء معين بالذات . فالمؤجر لايحوز ولا يرتهن ولا يحبس منقولا بذاته ، ولكنه يحوز ويرتهن ويحبس ماقد يضعه المستأجر من منقولات فى العين ويسيطر عليها هذا الاخير السيطرة الفعلية . ويكشف هذا أكثر من أى شىء آخر عن المعنى الحكمى لما يتمتع به المؤجر من حيازة ورهن وحبس بالنسبة للمنقولات الموجودة بالعين المؤجرة .

ومع ذلك فالمستأجر غير مطلق الحرية فى إخراج المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة أو فى عدم وضع منقولات فيها إطلاقا . لأن المؤجر يستطيع أن يلزمه بوضع منقولات تكفى لضمان الوفاء بدين الأجرة (١) ، ويستطيع أن يعترض على إخراج هذه المنقولات أو بعضها طالما أنه لم يبق بالعين مايكفى للضمان . وله إذا أخرجت هذه المنقولات رغم عليه أو رغم معارضته أن يستردها ويتتبعها كما سنرى فيما بعد . وكل هذه الحقوق مصدرها ماله من حيازة ورهن وحبس بالنسبة لمنقولات المستأجر ، فكون هذه الحقوق حكمية تقوم على نص القانون وليس على السيطرة الفعلية ، وإنعدام التخصيص بالنسبة لمحلها ، لايمنع أنها تنتج آثارها القانونية .

---

(١) وهذا هو حكم المادة ٥٨٨ من القانون المدنى .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ولا يكفى أن توجد بعض منقولات المستأجر فى العين المؤجرة حتى يشملها الامتياز ، بل يجب أن تكون موجودة فيها بصفة عادية ، فإذا وجدت لأسباب عرضية فلا يشملها الامتياز . ولكن لا يشترط أن تكون موجودة بصفة دائمة ، بل قد تكون مخصصة أصلا للتصرف فيها كالبضائع فى المحل التجارى وهذه يشملها إمتياز المؤجر . ومن ناحية أخرى فإن المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة بصفة عادية يشملها الامتياز ولو خرجت منها بصفة طارئة طالما أن المفروض إعادتها إلى مكانها مرة أخرى (١) .

والمقصود بالمنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، المفروشات بالنسبة للمنازل وهى الأثاث وأدوات المطبخ والمائدة والسيارة والتيلفزيون والراديو والثلاجة ... الخ وينص القانون الفرنسى على أن تكون هذه الأشياء من مفروشات المسكن ، وعلى هذا النحو يستبعد الفقه والقضاء فى فرنسا كل مالا يعتبر من المفروشات كالنقود والأوراق المالية والمجوهرات الخاصة (٢) . وهذا هو ما يأخذ به الفقه المصرى أيضا (٣) .

ويبدو هذا الرأى منطقيا مع فكرة الرهن الضمنى فلا يمكن إعتبار النقود والأوراق المالية محلا لرهن لمصلحة المؤجر . وبالنسبة للأرض الزراعية فالامتياز يرد على آلات الزراعة والماشية والمحصول الزراعى . وبالنسبة للمحل التجارى يرد الامتياز على البضائع الموجودة به ، ولكنه لا يرد على الأشياء المعنوية كالإسم التجارى (٤) .

٣ — ويجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر أو لزوجته . فإذا كانت مملوكة للغير فلا يكون للمؤجر حق عليها إلا إذا كان حسن النية لا يعلم بأنها غير

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٥٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٥٦ ؛ بردان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤٦٧ .

(٣) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٩٥ ؛ شمس الدين الوكيل ، ص ٦٢٩ .

(٤) أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٤٢ ، فقرة ٥٨ ومابعدها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مملوكة للمستأجر . فبعد أن اشترط المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤٣ أن يكون المستأجر مالكا للمنقولات حتى ينشأ عليها إمتياز المؤجر ، عاد فقرر فى الفقرة الثانية من نفس المادة « (٢) ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة » .

فإذا كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر فيشملها الامتياز ولو كان المؤجر يعلم بملكية الزوجة لها ، وقد جرت العادة أن تكون مفروشات المنزل مملوكة للزوجة فإذا أخرجت من الضمان لم يبق شىء يذكر يرد عليه إمتياز المؤجر .ومع ذلك يجوز للزوجة أن تخطر المؤجر عند وضع منقولاتها أنها لاتوافق على تخصيصها لضمان الأجرة (١) والمؤجر لايستطيع أن يعترض على ذلك، وكل ماله من حق، أن يطالب المستأجر بأن يضع منقولات أخرى مملوكه له تكفى للضمان .

إما إذا كانت المنقولات مملوكة للغير فالأصل ألا يرد عليها امتياز المؤجر . ومع ذلك إذا كان هذا الاخير حسن النية لايعلم ولايستطيع أن يعلم بتعلق حق الغير على هذه المنقولات جاز له أن يحتج بما له من حيازة فى مواجهة مالكها. ووجود المنقولات بالعين المؤجرة قرينه كافية على أن المستأجر مالك لها ، وعلى مالكها أن يقيم الدليل على أن المؤجر كان يعلم أنها غير مملوكة للمستأجر . إلا أنه فى أحوال أخرى يكون من الظاهر أن المنقولات مملوكة لغير المستأجر كما لو تعلق الإيجار بجراج فلا يحق للموجر أن يدعى أن السيارات الموجودة به مملوكة للمستأجر أو أنه كان يعتقد ذلك (٢) .

وفى جميع الاحوال يستطيع الغير مالك المنقولات أن يجعل المؤجر فى مركز الحائز سىء النيه بأن يخطره عند إدخال المنقولات أنها مملوكة له (٣) .

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٥٩ .

(٣) ماوز ، ج ٣ ، فقرة ١٧١ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

وأيضا إذا كانت المنقولات مسروقة أو ضائعة جاز استردادها خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ولو كان الحائز لها حسن النية . فإذا كان المؤجر حسن النية فى إعتقادة بأن المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة مملوكة للمستأجر ، وكانت هذه المنقولات مسروقة أو ضائعة ، جاز لمالكها مع ذلك أن يستردها فى خلال ثلاث سنوات ولا يسرى الامتياز فى مواجهته (١) .

وجملة هذه الاحكام أن الامتياز لا يرد إلا على المنقولات المملوكة للمستأجر أو لزوجته ، أما المنقولات المملوكة للغير فيشملها الامتياز أيضا فى الحالات التى يكون فيها المؤجر حسن النية على أساس قاعدة الحيازة .

وقد نص المشرع فى الفقرة الثالثة من نفس المادة على الحالة التى تكون فيها المنقولات مملوكة للمستأجر من الباطن فقرر « (٢) ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد إشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذره فيه المؤجر » .

ويلاحظ أن صياغة هذه الفقرة قد وضعت إتفاقا مع أحكام المادة ٥٩٣ من القانون المدنى التى تجعل من حق المستأجر الأصلى أن يؤجر العين من الباطن مالم يشترط المؤجر صراحة غير ذلك ، ولكن بعد صدور قانون إيجار الاماكن أصبح لا يجوز للمستأجر الأصلى أن يؤجر العين من الباطن مالم يحصل على إذن كتابى بذلك من المؤجر (٢) . وأيا ما كانت أحكام القانون فى جعل الإيجار من

---

(١) وهذا هو حكم المادة ٩٧٧ التى تقرر فى فقرتها الأولى أنه « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقد أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

(٢) حسب نص المادة ٢ ب من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، يجوز للمؤجر طلب اخلاء العين المؤجرة « إذا كان المستأجر قد أجر من الباطن المكان المؤجر بغير إذن كتابى صريح من المالك فى تاريخ التأجير ... » أنظر ، سليمان مرقس ، شرح قانون إيجار الأماكن ، فقرة ٦٣ ؛ محمد لبيب شنب ، شرح أحكام الايجار ، ١٩٦٤ ، فقرة ٢٥٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الباطن أصلا أو إستثناء فإن الإيجار من الباطن يجوز فى بعض الحالات ولايجوز فى حالات أخرى . فإذا لم يكن من حق المستأجر الأصلى الإيجار من الباطن فإن إمتياز المؤجر يشمل المنقولات التى يضعها المستأجر من الباطن فى العين المؤجرة، ولو كان المؤجر يعلم بأنها غير مملوكة للمستأجر الأصلى . أما إذا كان المستأجر الأصلى أن يؤجر العين من الباطن فإن إمتياز المؤجر لايرد على منقولات المستأجر من الباطن إلا ضمانا للمبالغ التى تكون للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذر فيه المؤجر هذا الأخير بالدفع له (١) .

مرتبة الامتياز :

ينص المشرع فى المادة ١١٤٣/٤ على أنه « تستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية » .

وامتياز المؤجر متأخر فى المرتبة . فهو يأتي فى المرتبة السادسه بعد حقوق الامتياز الأخرى السابق دراستها . ومع ذلك فلأن المؤجر لايتمتع بالامتياز فحسب ولكن بالحيازة أيضا ، فإنه يتقدم بحقه على جميع الامتيازات الأخرى السابقة عليه إذا كان حسن النية لايعلم ولا يستطيع أن يعلم بوجود هذه الامتيازات على المنقولات المملوكة للمستأجر وقت وضعها بالعين المؤجرة . فحقوق الامتياز الأخرى الواقعة على منقول لايحتج بها فى مواجهة الحائز حسن النيه (٢) . فمن الناحيه العملية يرتفع امتياز المؤجر من المرتبة السابعة إلى المرتبة الأولى بسبب اجتماع الحيازة مع الامتياز فى نفس الوقت .

الحق فى التتبع :

على خلاف حقوق الامتياز الأخرى الواقعة على منقول فإن امتياز المؤجر

---

(١) منصور مصطفى منصور ، ص ٢٩٢ .

(٢) راجع المواد ١١١٨ ، ١١٣٣ ، ١١٤٣/٤ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢، فقرة ١٦٤ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

يعطى صاحبه الحق فى تتبع المنقولات محل الامتياز. ومصدر هذا الحق ليس هو الامتياز فى ذاته ، ولكن ما للمؤجر من حق فى الحيازة والحبس بالنسبه للمنقولات التى يرد عليها الامتياز . وقد نص المشرع على هذا الحق فى المادة ١١٤٣/٥ التى تقرر أنه :

« إذا نقلت الأموال المثقله بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقى الامتياز قائما على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقيا فى الميعاد القانونى . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى » (١) .

وأول مايلاحظ على هذا النص أن الحق فى التتبع لاينشأ إلا فى الحالات التى يؤدى فيها إخراج المنقولات من العين المؤجرة إلى إضعاف ضمان المؤجر بأن تكون المنقولات الباقية فى العين غير كافية لهذا الضمان . ويرجع هذا إلى أن حق المؤجر فى الحيازة والحبس لايرد على منقولات بذاتها ، ولكنه يرد على القدر الكافى من منقولات المستأجر لضمان حقوق المؤجر ، وعلى هذا النحو إذا بقيت منقولات فى العين المؤجر تكفى للضمان ، فإن المنقولات التى تنقل منها ، تخرج من امتياز المؤجر دون رجعة (٢) .

أما إذا كانت المنقولات الباقية فى العين لاتكفى للضمان ، كان للمؤجر أن يعترض على إخراج المنقولات الأخرى ، ويكون ذلك عن طريق توقيع الحجز التحفظى على هذه المنقولات إذا كانت لاتزال فى العين المؤجرة ، أو الحجز

---

(١) أنظر فى الأحكام المقابلة فى القانون الفرنسى ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٧٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٦٤ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الاستحقاق فى خلال ثلاثين يوماً من إخراجها إذا تم ذلك فعلا . وهذا ماتنص عليه المادة ٦٠٢ من القانون المرافعات التى تقرر أنه « لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات المؤجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر له فى القانون المدنى . ويجوز له ذلك إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة مالم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوماً».

فإذا أوقع المؤجر هذا الحجز الاستحقاق فى الميعاد وهو ثلاثون يوماً من تاريخ إخراج المنقولات بقى حقه فى الامتياز عليها ولو أضر ذلك بحق الغير حسن النية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت إخراجها (١) .

أما إذا لم يوقع الحجز الاستحقاق عليها فى الميعاد فلا يجوز له أن يحتج بحقه فى الامتياز فى مواجهة حائز هذه المنقولات بحسن نية . ومع ذلك يجوز له أن يتتبع المنقولات إذا إنتقلت إلى حائز سيء النية ولو لم يكن قد وقع عليها الحجز الاستحقاق فى الميعاد . أما إذا كان الحائز الجديد قد إشتراها وهو حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى (٢) .

وقد طبق المشرع على إخراج المنقولات من العين المؤجرة دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، أحكام المنقولات المسروقة أو الضائعة (م ٩٧٧) ، من حيث جواز استردادها وتتبعها .

ثانيا – امتياز صاحب الفندق :

يقرر المشرع فى المادة ١١٤ أن :

« (١) المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الإقامة

---

(١) أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ ، فقرة ٤٠٧ وما بعدها .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٦٣٣ — ٦٣٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٢٩٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والمؤونة وماصرف لحسابه ، يكون لها إمتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته » .

« (٢) ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يعارض فى نقل الأمتعة من فندقه مادام لم يستوفى حقه كاملا فاذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فان حق الامتياز يبقى قائما عليها دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نيه» .

« (٣) ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التى لامتياز المؤجر . فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ ، مالم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر . »

وصاحب الفندق كمؤجر العقار ليس له فقط امتياز على منقولات النزيل ، بل هو حائز أيضا لهذه المنقولات ويحق له حبسها ويقوم إمتيازه على فكرة الرهن الضمنى لها (١) . ولذلك فأحكام هذا الامتياز تكاد تتشابه مع إمتياز المؤجر السابق دراسته .

الحق الممتاز :

هو حق صاحب الفندق . والفندق هو المكان الذى يقدم لرواده المأكل والمأوى وماتعلق بهما من خدمات . فإذا اقتصر على تقديم المأكل فهو مطعم أو مقهى لاامتياز لصاحبه قبل العميل . وإذا اقتصر على تقديم المأوى كصاحب المسكن المفروش فلا إمتياز له إلا باعتباره مؤجراً لعقار وفى حدود ماتعلق بأجرة العقار . أما صاحب البنسيون فالغالب أن يشمله الامتياز لأنه وإن اقتصر على تقديم المأوى فقط دون المأكل ، فهو يقدم للنزيل خدمات أخرى تجعله أقرب إلى صاحب الفندق منه إلى مؤجر المسكن المفروش (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٦٦ ؛ بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤٤٨ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٥٦١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ ، فقرة ١٦٧ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٥٦٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والامتياز ضامن للمبالغ التى يستحقها صاحب الفندق قبل النزيل أو أحد أفراد أسرته أو خدمه بسبب اقامته بالفندق . من هذا ثمن المأكل والإقامة والمكالمات التليفونية وإرسال البرقيات والحجز له فى دور العرض أو دفع رحلاته السياحية داخل المدينة أو وضع الوقود فى سيارته ... ألخ (١)

والامتياز يشمل المبالغ التى يقرضها صاحب الفندق للنزيل ، وهذا هو مفهوم نص القانون المصرى وماتقرره المذكرة الإيضاحية (٢) ، على خلاف الحكم المقرر فى القانون الفرنسى (٣) . ومع ذلك ينبغى تقييد هذا بأن يكون القرض عاديا متعلقاً بالإقامة ،وليس قرضا للقيام بمشروع لاعلاقة له بالإقامة ويتخطى حدودها

ولا يشترط فى القانون المصرى أن يكون النزيل أجنبيا عن البلدة التى يوجد بها الفندق ، كما كان مقرراً فى القانون القديم ، وكما هو منصوص عليه فى القانون الفرنسى (٤) ، على أساس أن صاحب الفندق فى حاجة فقط إلى الحماية من النزيل الأجنبى الذى لايقيم عادة ببلدة صاحب الفندق ، والذى لايستطيع صاحب الفندق أن يعلم بدرجة يساره .

والامتياز ضامن للمبالغ المستحقة عن الإقامة الحالية فقط دون إقامة أخرى سابقة ، فإذا كانت هناك مبالغ مستحقة فى ذمة النزيل وسمح له مع ذلك صاحب الفندق أن يغادر الفندق مع أمتعته ، ثم عاد النزيل مرة أخرى فلا يعود الامتياز لضمان هذه المبالغ ، ويكون لصاحب الفندق إمتياز على المبالغ التى تستحق عن الإقامة الجديدة فقط (٥) » .

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦١ ، هامش ٧٦ .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ص ٣١٨ .

(٣) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤٤٧ .

(٤) كولان وكابيتان ، ج٢ فقرة ١٥٦٢ ؛ أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٤٤ ، فقرة ١٠٨ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٧ ، ص ٣١٨ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

محل الامتياز :

يرد الامتياز على مايكون مع النزيل من أمتعة فى الفندق أو ملحقاته . من هذا حقائبه والسيارة التى يضعها فى جراج الفندق ، وملابسه إلا ما إرتدى منها ، والمجوهرات والنقود وهذه لايشملها امتياز مؤجر العقار. وينبغى أن تكون هذه المنقولات مادية فهى وحدها التى يصدق عليها أنه قد أحضرها النزيل .ولايشترط أن يكون النزيل قد أحضرها عند بدء إقامته ، فقد يحضرها بعد ذلك أثناء الإقامة . وكذلك قد تكون هذه الأمتعة من متعلقات أفراد أسرة النزيل أو تابيعه الذين يقيمون معه فى الفندق (١) .

وإذا كانت هذه المنقولات مملوكة للغير ، وكان صاحب الفندق حسن النية لايعلم بتعلق حق الغير بها فإن الامتياز يرد عليها ويجوز لصاحب الفندق أن يتمسك بحيازته لهذه المنقولات بحسن نية . وذلك بشرط ألا تكون هذه المنقولات مسروقة أو ضائعة والإجاز استردادها فى خلال ثلاث سنوات ولو كان صاحب الفندق حسن النية فى حيازته (٢) .

الحق فى الحبس والحق فى التتبع :

لصاحب الفندق أن يحبس أمتعة النزيل حتى يستوفى حقه . وله أن يعترض على إخراجها من الفندق . فإذا أخرجت دون علمه أو رغم معارضته ، فإن حقه فى الإمتياز يبقى عليها ويجوز له أن يتتبعها .

ومع ذلك فالمشرع لم يعطه الحق فى توقيع حجز استحقاق عليها كما فعل بالنسبة لمؤجر العقار . فبمقضى الحجز الاستحقاق يمكن استرداد المنقول ولو فى مواجهة حائز حسن النية له ، ويأخذ المنقول بهذا الحجز حكم المنقول الضائع أو المسروق (٣).

---

(١) كولان وكابتان ، ج ٢ فقرة ١٥٦٤ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٦٩.

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٤٧٧ .

(٣) نص المشرع على حق المؤجر فى توقيع الحجز الاستحقاق فى الفقرة الخامسة من المادة ١١٤٣ ، ولايوجد لهذا الحكم مقابل فى نص المادة ١١٤٤ الخاص بامتياز صاحب الفندق . راجع ، شمس الدين الوكيل ، ص ٦٣٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ونظراً لأن صاحب الفندق لا يملك توقيع الحجز الاستحقاقى على أمتعة النزيل، ولو أخرجها هذا الاخير عنوة ودون رضاء صاحب الفندق، فلن يستطيع صاحب الفندق أن يستردها إذا إنتقلت بعد ذلك إلى حيازة شخص آخر حسن النية لا يعلم بتعلق حق صاحب الفندق بها. ولكنه يباشر إمتيازه على هذه المنقولات، إذا بقيت فى حيازة النزيل نفسه أو إنتقلت إلى حيازة شخص آخر سيء النية(١).

مرتبة الامتياز:

مرتبة الامتياز هى المرتبة السادسة بعد حقوق الامتياز الاخرى السابق دراستها وهى نفس مرتبة امتياز موجر العقار.

غير أنه فى التزاحم بين صاحب الفندق وصاحب امتياز آخر متقدم عليه، فإن امتياز صاحب الفندق يتقدم دائما طالما أنه لا يعلم بتعلق حق الغير بهذه الامتعة باعتباره حائزا حسن النية لها. وعلى هذا النحو فرغم أن هذا الامتياز متأخر فى المرتبة إلا أنه قد يتقدم على حقوق الامتياز الأخرى جميعها على أساس فكرة الحيازة.

أما عن التزاحم بين صاحب الفندق ومؤجر العقار، فان صاحب الحق الأسبق فى التاريخ هو الذى يتقدم على الآخر، إلا إذا كان حقه غير نافذ فى مواجهته على أساس فكرة الحيازة أيضا، فإذا نقلت المنقولات من عقار مؤجر إلى فندق وكان صاحب الفندق يعلم بتعلق حق مؤجر العقار بهذه المنقولات فإن حق المؤجر هو الذى يتقدم فإنه أسبق فى التاريخ. أما إذا كان صاحب الفندق لا يعلم بوجود حق المؤجر على هذه المنقولات فإن حقه هو الذى يتقدم على أساس الحيازة بحسن النية.

---

(١) يلاحظ أنه فى القانون الفرنسى يوجد نص خاص بحق المؤجر فى توقيع الحجز الاستحقاقى على المنقولات وتتبعها فى يد الحائز حسن النية، ولا يوجد نص بذلك بالنسبة لصاحب الفندق. وهذا هو نفس الوضع فى القانون المصرى. ومع ذلك فالمسألة ليست محل اتفاق فى فرنسا، فالبعض يرى اعطاء صاحب الفندق ما للمؤجر من حق توقيع الحجز الاستحقاقى، والبعض يرفض اعطائه هذا الحق لصفته الاستثنائية وضرورة النص عليه صراحة فى التشريع. راجع، مازو، ج ٣، فقرة ١٧٨.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

والعكس صحيح أيضا إذا نقلت المنقولات من الفندق إلى عقار مؤجر بعد أن تعلق بها حق صاحب الفندق ، فحق هذا الاخير يتقدم إلا إذا كان مؤجر العقار حسن النية فى إعتقاده بعدم تعلق حق آخر بنفس المنقولات (١) .

١٠٨ – سابعا – امتياز بائع المنقول وامتياز المقاسم فى المنقول :

نص المشرع على هذين الامتيازين فى آخر النصوص المتعلقة بحقوق الامتياز على منقول ، وأعطاهما آخر مرتبة لهذه الحقوق . ومع ذلك فسنرى أنهما يتقدمان على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق إذا لم تتوافر لهذين حسن النية فى عدم تعلق حق الغير بالمنقول .

أولا – امتياز بائع المنقول :

نص المشرع فى المادة ١١٤٥ على أن :

« (١) ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية . »

« (٢) ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول . إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق . »

وتبرير هذا الامتياز أن البائع قد فقد ملكية الشيء ونقلها للمشترى دون أن يتلقى ثمن البيع ، وأن المشترى اكتسب ملكية الشيء دون أن يدفع ثمنه . فيتحقق بهذا ظلم إثراء المشترى على حساب البائع دون سبب ، وهو ظلم ينبغى رفعه عن طريق تمكين البائع من استيفاء دين الثمن ، وليست هناك وسيلة أقرب فى ذلك من إعطائه امتيازا على الشيء المبيع ذاته . فالبائع هو الذى أدخل

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٦٤٠ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٣٠٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الشيء فى ذمة المشترى ومن حقه أن يتقدم سائر الدائنين فى استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء (١) .

ويرجع هذا الامتياز فى أصله التاريخى إلى القانون الفرنسى القديم. أما القانون الرومانى فكان يعطى للبائع حماية أكبر من هذا باعتباره البيع غير ناقل للملكية طالما لم يدفع الثمن ، وكان من حق البائع أن يسترد الشيء باعتباره مالكا له (٢) .

أما قانون نابليون فقد اعتبر البيع ناقلا للملكية ، ومع ذلك احتفظ للبائع بالحق فى الاسترداد وأعطاه امتيازاً على الشيء المبيع . والحق فى الاسترداد لا يستقيم مع إنتقال الملكية للمشترى . ولذلك فالفقه يفسر هذا الحق بأنه استرداد لمباشرة الامتياز وليس لمباشرة الملكية . وعلى ضوء هذا التفسير فإن الامتياز فى القانون الفرنسى مصحوب بالحق فى الاسترداد أو التتبع (٣) . وهو نفس الحكم فى القانون المصرى .

الحق الممتاز :

هو ثمن بيع المنقول . فينبغى أن يكون هناك عقد بيع صحيح لمنقول ، أو عقد مقايضة ضماناً لما يدفع من ثمن نتيجة لاختلاف القيمة بين الشيئين المتقايض فيهما ؛ إذ يسرى على هذا الثمن أحكام البيع .

وينبغى أن يرد البيع على منقول سواء كان الشيء مادياً أو معنوياً . فيعتبر بيعاً ، حوالة الحق وهو بيع لمنقول معنوى (٤) .

والدين الممتاز هو ثمن البيع وملحقاته من فوائد ومصروفات ، ولكن الامتياز لا يشمل التعويضات المحكوم بها قضاء أو المقررة بشرط جزائى فى العقد (٥) .

---

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، ص ٤٢٦ ، فقرة ١٤٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٨٨ .

(٣) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٨٧ .

(٤) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥١٣ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٣ ، فقرة ١٩١ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

وإذا أقرض شخص المشترى الثمن ليوفيه للبائع ، واشترط حلوله محل هذا الأخير ، كان له امتيازه (١) .

محل الامتياز :

هو الشيء المبيع ذاته بشرط أن يبقى محتفظاً بذاتيته . فإذا تخلف هذا الشرط إنقضى الامتياز. ومن أمثلة عدم احتفاظ الشيء بذاتيته أن يتحول القمح إلى دقيق، أو يتحول الدقيق إلى خبز ، أو تستعمل أحجار البناء والطوب المبيع فى إقامة المبنى بالفعل أو تتحول الأخشاب إلى أبواب ونوافذ فى أحد المبانى . . الخ .

إلا أنه ليس كل تحويل فى مادة الشيء يترتب عليه انعدام ذاتيته فالأقمشة يبقى عليها الامتياز ولو تحولت إلى ملابس ، وكذلك المرمر إذا تحول إلى تمثال (٢).

أما إلحاق المنقول بعقار ، وتخصيصه لخدمته وجعله عقاراً بالتخصيص فلا يفقده ذاتيته (٣) .

مرتبة الامتياز :

نص المشرع على أن هذا الامتياز يأتى بعد حقوق الامتياز الأخرى السابق دراستها ، فكأنه قد اعتبره بذلك آخر الحقوق جميعاً وأعطاه المرتبة السابعة وهى المرتبة الأخيرة .

---

(١) وهذا هو حكم المادتين ٣٢٨ ، ٣٢٩ من القانون المدنى .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥١٢ ؛ أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦١ ، وهامش ٧١ .

(٣) وعلى هذا فان البائع يحتج بامتياز فى مواجهة الدائنين العاديين للمشترى، أما الدائنين المرتهنين للعقار الذى خصص المنقول لخدمته ، والذين يمتد رهنهم إلى هذا المنقول باعتباره من ملحقات العقار ، فيشترط لاحتجاج البائع بامتيازه فى مواجهتهم ، أن يخطرهم بأنه لم يستوف دين الثمن . راجع ، بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥١٢ ، وذلك على خلاف من يرى أن البائع لايحتج بامتيازه فى جميع الأحوال فى مواجهة الدائنين المرتهنين ، راجع ، بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ١٩٣ والأحكام المشار اليها .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ومع ذلك فقد قرر المشرع أيضاً أن هذا الامتياز يسرى فى حق صاحب الفندق وفى حق مؤجر العقار إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو فى الفندق . وهذا النص يعنى فى الواقع أنه فى حالة عدم توافر شروط حيازة المؤجر أو صاحب الفندق للمنقول فإن إمتياز البائع يتقدم على امتيازهما .

وهذا يؤدى إلى إعتبار إمتياز البائع أسبق فى المرتبة من امتيار مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق . أما إذا توافرت شروط الحيازة لدى مؤجر العقار وصاحب الفندق فانهما يتقدمان على بائع المنقول لا على أساس تقدم مرتبة امتياز أى منهما على امتيازه ، ولكن على أساس الحيازة .

وامتياز مؤجر العقار وكذلك امتياز صاحب الفندق يتقدمان على كل حقوق الامتياز الأخرى ولو كانت من المرتبة الأولى إذا توافرت شروط الحيازة لهما ، وعلى أساس الحيازة لا على أساس الامتياز ، ولم يقل أحد أن امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق يتقدمان على جميع حقوق الامتياز الأخرى فى المرتبة . ولهذا يصح القول أن امتياز بائع المنقول يرد فى المرتبة السادسة قبل امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق، ما لم يكن غير نافذ فى حق هؤلاء بما لهما من حيازة(١) .

حق التتبع :

يعطى القانون الفرنسى للبائع كما سبق القول دعوى استرداد منصوص عليها فى المادة ٢١٠٢ وهذه الدعوى من بقايا القانون الرومانى الذى كان يحتفظ للبائع بملكية الشىء المبيع حتى استيفاء الثمن . أما فى القانون الحديث حيث تنتقل الملكية بالعقد فلا تعنى هذه الدعوى أكثر من حق البائع فى تتبع الشىء المبيع لمباشرة امتيازه عليه وهذا هو تفسير الفقه الفرنسى للنص الذى يقرر هذه الدعوى (٢) .

وفى القانون المصرى فان البائع يظل محتفظا بامتيازه ولو خرج الشىء المبيع

---

(١) ولذلك يبدو لنا أن النص على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق ، قبل امتياز بائع المنقول ، ينطوى على عيب فى الصياغة القانونية.

(٢) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٩٢ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

من حيازة المشترى ويعنى هذا حقه فى تتبع المنقول محل الامتياز . ومع ذلك فالحق فى التتبع لايحتج به فى مواجهة حائز جديد حسن النية أو شخص اكتسب حقا بحسن نية على المنقول .

فإذا إنتقل المنقول إلى حيازة مشتر جديد حسن النية لايعلم بحق البائع الأول فلا يجوز التنفيذ على المنقول تحت يده (١) .

وإذا ألحق المنقول بعقار مرهون من قبل فإن الرهن يمتد إلى هذا المنقول الذى أصبح عقاراً بالتخصيص فإذا كان الدائن المرتهن لايعلم بحق البائع فإن الرهن يتقدم على الامتياز . أما إذا كان المرتهن يعلم بحق البائع فإن الامتياز يحتج به فى مواجهة الدائن المرتهن . وإذا الحق بعقار غير مرهون من قبل ، ثم رهن بعد ذلك وشمل الرهن هذا المنقول باعتباره عقاراً بالتخصيص فإن الامتياز لايحتج به أيضا فى مواجهة الدائن المرتهن إذا كان هذا الأخير لايعلم بحق البائع (٢) .

وطبقا لأحكام الافلاس فى القانون التجارى فان الامتياز لايحتج به فى مواجهة جماعة الدائنين إذا أفلس المدين التاجر الذى اشترى المنقول (٣) .

وعلى هذا النحو فالحق فى التتبع ضعيف الأثر لايحتج به فى مواجهة من اكتسب حقا بحسن نية على المنقول ، مع أن الأصل فى التتبع هو الاحتجاج بالحق فى مواجهة كل من يكتسب حقاً جديداً على الشىء ولو كان حسن النية . وقصر التتبع على هذا النحو يتفق مع القواعد العامة فى الحيازة فى المنقول ، وكذلك مع القواعد العامة فى حقوق الامتياز الواقعة على منقول (م ١١٣٣/١) (٤) .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٦٤٤ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٣ ، فقرة ٥١٢ .

(٣) مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٩٦ ؛ أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، ص ٢٤٨ ، فقرة ١٦٥ .

(٤) وعلى أى الأحوال فان مسألة ما إذا كان لبائع المنقول حقا فى التتبع لازالت موضع بحث فى الفقه . راجع ، مازو ، ج ٣ ، فقرة ١٩٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٣٠٣ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ثانيا – امتياز المتقاسم فى المنقول :

ينص المشرع فى المادة ١١٤٦ على أنه :

« (١) للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ماتقرر لهم فيها من معدل . »

« (٢) وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ . »

القسمة وهى ترد أصلا على ملكية شيء ، تكون أحيانا مصدراً لالتزامات شخصية بين المتقاسمين كالالتزام بدفع معدل القسمة أو ثمن التصفية والتعويضات، والفوائد . وضمانا لهذه الالتزامات أعطى المشرع للمتقاسم الدائن ، امتيازاً فى مواجهة المتقاسم الآخر المدين .

ويقوم هذا الامتياز على اعتبارات تقترب من الاعتبارات التى يقوم عليها امتياز البائع ، إذ المفروض ألا يفتقر المتقاسم بعد القسمة فيكون نصيبة بعدها مساويا فى القدر لنصيبة قبلها (١) . والحق أنه لا يوجد عقد تكون فيه العدالة التبادليه جديرة بالمراعاة أكثر من عقد القسمة . فإذا اختلت المساواة بسبب القسمة وجب اعادتها وتأكيد ذلك بكل الضمانات الممكنة. ويقال استطراداً فى هذا المعنى أن المتقاسم كالبائع قد تسبب فى إدخال النصيب المفرز الذى آل إلى شريكه المتقاسم فى ذمة هذا الأخير فيكون من العدل إعطائه امتيازاً على هذا النصيب . وتشبيه القسمة بالبيع يتفق مع اعتبارها ناقلة للحق وليست كاشفة له ، وفى المسأله خلاف كبير (٢) .

ويلاحظ أن القانون الفرنسى يعطى امتيازا للمتقاسم فى العقار فقط دون

---

(١) شمس الدين الوكيل ، ص ٦٤٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٤٠٣ .

(٢) ولذلك ينتقد البعض هذا الامتياز ، لأنه لا يتفق فى تقديرهم مع الأثر الكاشف للقسمه ، ويؤدى إلى تحقيق المساواة بين المتقاسمين على حساب دائنى كل منهم . راجع ، جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٧٥٤ ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٥٩٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المتقاسم فى المنقول ، وهو محل نقد فى الفقه هناك لاتحاد العلة فى القسمتين (١) . وكان الأمر كذلك فى القانون المدنى المصرى القديم ، أما القانون المدنى الجديد فقد تلافى هذا النقد باعطاء المتقاسم امتيازاً سواء وردت القسمة على عقار أو منقول .

الحق الممتاز :

هو كل حق شخصى ناشىء عن قسمة مال شائع . ولا أهميه لمصدر الشيوع فقد يكون هو الميراث أو العقد . ولا أهميه لنوع القسمة ، وديه أو قضائية .

والحقوق الشخصية التى قد تنشأ عن القسمة هى أولا معدل القسمة وهو المبلغ الذى يستحق لمتقاسم قبل المتقاسم الآخر لاختلاف القيمة بين الحصص المختلفة . وهناك أيضا ثمن التصفية ويستحق إذا تعذرت القسمة عينا وبيع الشيء لعدم إمكان قسمته عيناً وآل بالبيع إل أحد الشركاء فى الشيوع ، فإن الثمن يعتبر حقا ناشئا عن القسمه يضمنه امتياز المتقاسم . أما إذا آل الشيء إل أجنبى عن الشيوع فان العقد يكون بيعا يضمنه امتياز البائع . وهناك أيضا ما يستحقه أحد المتقاسمين من تعويض نتيجة لاستحقاق أو تعرض لسبب سابق على القسمة (م ٨٤٤/١) . وهناك أخيراً الفوائد التى تستحق عن أى مبلغ من المبالغ السابق ذكرها (٢) .

محل الامتياز :

يختلف باختلاف الدين الممتاز . فإذا كان الدين هو المعدل ورد الامتياز على منقولات المتقاسم التى استحق المعدل بسببها . وإذا كان الحق ثمن التصفية ، ورد الامتياز على المنقول الذى استحق عنه هذا الثمن (٣) .

وإذا كان الحق هو التعويض عن التعرض أو الاستحقاق، ورد الامتياز على

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٦٤٦ .

(٢) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٣٤٠ ومابعدها ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٦٥١ ومابعدها ؛ بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٥٩٧ .

(٣) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٣٤٥ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

كل حصة آلت للمتقاسم مع ملاحظة تجزئة الضمان تبعا لتجزئة الرجوع بالضمان ذاته. فطبقا لنص المادة ١/٨٤٤ لا يكون كل متقاسم ضامنا إلا بنسبة حصته فقط إلى بقية الحصص . وإذا أعسر أحد المتقاسمين قسمت حصته على الآخرين بما فيهم المتقاسم مستحق الضمان. ولا يصح أن يقال أن تجزئة الضمان استثناء لمبدأ عدم تجزئة الرهن بصفه عامة ، لأن الالتزام هو الذى انقسم ، والضمان تابع فى هـذا للالتزام . أما امتياز الفوائد فيرد على نفس المنقول الذى يرد عليه الالتزام المنتج لها (١) .

مرتبة الامتياز :

هى نفس مرتبة امتياز البائع ، أما فيما بينهما فيتقدم الأسبق فى التاريخ ، فإذا تم البيع قبل القسمه تقدم امتياز البائع . وإذا تمت القسمة قبل البيع تقدم امتياز المتقاسم (٢) . ومرتبة امتياز البائع وامتياز المتقاسم هى حسب ترتيب نصوص التقنين ، آخر مرتبة وهى السابعة . ولكن يصح هنا ماسبق أن ذكرناه أن امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق هما آخر حقوق الامتياز فى المرتبة ، مالم يتمسك أحدهما بحقه كحائز فيتقدم على حقوق الامتياز كلها .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٦٥٦ .

(٢) المذكرة الايضاحية ، ج ٧ ، ص ٣٢٣ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المبحث الثانى

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة عقار

حقوق الامتياز على عقار قد تكون ممتازة وقد تكون عادية . وحقوق الامتياز الممتازة هى التى لايجب فيها الشهر وتتقدم على جميع التأمينات العينية الأخرى . وهذه الحقوق هى امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وحقوق الامتياز العامة فيما ترد عليه من عقار . وكذلك امتياز المصروفات القضائية مع مراعاه التحفظات السابق ذكرها عند دراسة هذا الامتياز . وقد سبقت دراسة حقوق الامتياز الممتازة فى المبحث الأول .

أما حقوق الامتياز العاديه فهى التى يجب فيها الشهر وتحسب مرتبتها من وقت القيد ، شأنها فى ذلك شأن الرهن الرسمى (١) . وهذا مانص عليه المشرع فى المادة ١/١١٢٤ التى تقرر « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار ، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، و تسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد ومايترتب على القيد من آثار ومايتصل به من تجديدونحو».

وهذا النص يسرى على حقوق الامتياز العادية الواقعة على عقار . وهى ترد على عقار معين بالذات يمكن بالنسبة له اتخاذ إجراءات الشهر مع مراعاة مبدأ التخصيص . وهى لهذا السبب حقوق امتياز خاصة وقد وردت الأحكام المتعلقة بها فى فصل مستقل باعتبارها كذلك .

وهذه الحقوق هى امتياز البائع وامتياز المقاول والمهندس المعارى وامتياز المتقاسم ، وقد وردت النصوص الخاصة بها بهذا الترتيب . ومع ذلك فهو ترتيب لاأهمية له فى تحديد مرتبة أفضلية كل منها ، إذ تتحدد مرتبة الأفضلية من وقت القيد وليس بحسب ترتيب النصوص الواردة بشأنها فى التقنين عل عكس حقوق

---

(١) راجع فى التفرقة بين حقوق الامتياز الممتازة ، وحقوق الامتياز العادية ، فقرة ٩٨ من هذا الكتاب .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

الامتياز على منقول . والفرق الجوهرى بين حقوق الامتياز العادية الخاصة الواقعة على عقار وبين الرهن الرسمى ، هو مصدر الحق ، فهو القانون فى حقوق الامتياز ، وهو العقد الرسمى فى الرهن .

والقانون هو الذى يحدد الدين المضمون بالامتياز والعقار المخصص لهذا الضمان وهو ماسنبينه فيما يلى .

١٠٩ – امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين :

ينص المشرع فى المادة ١١٤٨ على أن :

« (١) المبالغ المستحقه للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنيه أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها ، يكون لها إمتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر مايكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه ».

« (٢) ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد . »

والاعتبار الذى يقوم عليه هذا الامتياز هو أن المقاول أو المهندس المعمارى قد أدخل قيمة فى ذمة رب العمل وزاد فى ثروته ، فمن العدل أن تكون حقوقه قبلة مضمونة بهذه الزيادة ذاتها (١) .

الحق الممتاز :

هو حق المهندس أو المقاول المعمارى الذى تعاقد مع المالك على القيام بتشييد أبنيه أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها ، فلا يضمن الامتياز حق المهندس أو المقاول المعمارى الذى يقوم بهذه الأعمال بدون عقد ، وباعتباره فضوليا مثلا (٢) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٦٥٨ ، كولان وكابتان ، ج ٢ فقرة ١٦١٩ ؛ جوسران ، فقرة ١٧٦١ .

(٢) بيير رينو ، أنسيكلوبيدى داللوز ، ج ٤ ، ص ٢٢٧ ، فقرة ١٧٥ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

ولا يضمن الامتياز حق المهندس أو المقاول المعمارى الذى يتعاقد مع غير المالك كالمنتفع والمستأجر . ولهذا السبب لا يضمن الامتياز حق المقاول من الباطن لأنه يتعاقد مع المقاول الأصلى وليس مع المالك . ومع ذلك فالمقاول من الباطن يستفيد من امتياز المقاول الاصلى فى الحدود التى يكون فيها هذا لاخير دائنا لرب العمل وذلك للدعوى المباشرة المقررة للمقاول من الباطن قبل رب العمل (م ٦٦٢) . والمقاول من الباطن له امتياز على ما للمقاول الأصلى قبل رب العمل وهو امتياز على منقول . إلا أن حق المقاول الأصلى قبل رب العمل مضمون بامتياز المقاول العقارى ، والمقاول من الباطن يستفيد من الامتيازين معاً . ومع ذلك فهذه الاستفادة مرهونة ببقاء حق المقاول الأصلى قبل رب العمل قائماً (١) .

ولا يستفيد من هذا الامتياز العامل لأنه ليس مقاولا أو مهندساً . وإذا كان العامل يعمل لحساب رب العمل مباشرة فله الامتياز العام المقرر للأجراء . وإذا كان يعمل لحساب المقاول الأصلى فله نفس الدعوى المباشرة المقررة للمقاول من من الباطن قبل رب العمل (٢) (م ٦٦٢) .

والامتياز يكفل حقوق المهندس المعمارى أو المقاول بسبب إقامة أبنية أو منشآت أخرى . ولا أهمية لنوع المواد التى استخدمت فى الانشاء ، طوب ، أحجار أو معادن . أو نوع المنشأة ، منزل ، مخزن ، جراج ، كوبرى ، نفق . . . الخ .

ومع ذلك فينبغى أن يتوافر فى محل العمل صفة المبنى أو المنشأة . فلا يضمن الامتياز الأعمال المتعلقة بالأرض الزراعية .

والامتياز ضامن لعمليات إقامة مبانى ومنشآت أو إعاده إقامتها إذا كانت قد تلفت ، أو ترميمها أو إصلاحها بأى شكل (٣) .

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٣ وهامش ٣١ ؛ بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ ، فقرة ٦٥٩ .

(٢) بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٦٠ ؛ كولان وكابتان ، ج ٢ ، فقرة ١٦٢٠ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٦٦٠ ، أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٣ وهامش ٢٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

محل الامتياز :

بخلاف امتياز حفظ المنقول وترميمه الذى يرد على ثمن المنقول كله ، فإن امتياز المقاول والمهندس المعمارى يرد فقط « بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه » ، ولهذا السبب فان القانون الفرنسى يلزم المهندس أو المقاول المعمارى بعمل محضر لحالة العقار قبل العمليات التى سيقوم بها، ثم عمل محضر آخر بعد الانتهاء من هذه العمليات . وهذا الإجراء لما فيه من معنى عدم الثقة برب العمل ، قلما يتبعه أحد المقاولين أو المهندسين ، ولذلك فإن الاستفادة من الامتياز من الناحية العملية محدودة للغاية (١) . أما المشرع المصرى فلم يشترط هذه الإجراءات ، ويخضع تحديد الأعمال التى قام بها المقاول أو المهندس المعمارى للقواعد العامة فى الإثبات .

والامتياز لا يرد على ما زاد فى قيمة العقار وقت الانتهاء من عمليات البناء أو الإنشاء ، ولكن فيما توجد من زيادة فى هذه القيمة وقت بيع العقار ، وقد تمضى بين وقت القيام بهذه العمليات ووقت البيع مدة تطول أو تقصر ويكون أثر الزيادة فى قيمة العقار بسبب هذه العمليات قد زال ، فلا يكون للمقاول أو المهندس أى امتياز (٢) .

ومع ذلك فإن الدائن عند التنفيذ لا ينفذ فقط على الزيادة فى قيمة العقار ، ولكنه ينفذ على العقار كله (٣) . فهو باعتباره دائناً عادياً يستطيع التنفيذ على أى مال من أموال المدين ، ولكن عند توزيع الثمن لا يتقدم على غيره من الدائنين بما له من امتياز إلا على الزيادة فى القيمة على النحو السابق ذكره .

وإذا كان المقاول أو المهندس قد استوفى جزءاً من حقه قبل رب العمل ،

---

(١) مازو ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، ص ٣٠٨ .

(٣) بلانيول وريبيروبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٦٦٣ ، أنسيكلوبيدى دالوز ، ج ٤ ، ص ٢٢٨ ، فقرة ١٩٦ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

فإن الامتياز يبقى ضامناً للجزء الباقى طبقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن (١) .

مرتبة الامتياز :

امتياز المقاول أو المهندس المعمارى يجب شهره بطريق القيد ، وتحسب مرتبته من وقت قيده .

فإذا ورد الامتياز على عقار غير مرهون من قبل ثم رهن العقار بعد إتمام المقاول أو المهندس المعمارى عمليات الإنشاء ، وقيد الرهن قبل أن يقيد الامتياز كانت الأسبقية للرهن ، أما إذا قيد الامتياز قبل أن يقيد الرهن كانت الأسبقية للامتياز .

أما إذا أقام المهندس أو المقاول منشآت على عقار مرهون من قبل ، فمقتضى شمول الرهن لهذه المنشآت طبقاً لنص المادة ١٠٣٦ أن حق صاحب الرهن على هذه المنشآت يحسب من وقت قيد الرهن وهو دائما وقت سابق على إمتياز المقاول أو المهندس المعمارى ، لأن الفرض أن العقار مرهون من قبل .

ولهذا قرر المشرع فى المادة ١٠٣٦ ذاتها أن شمول الرهن للمنشآت على هذا النحو لا ينبغى أن « يخل بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ » . ومقتضى هذا أن امتياز المقاول أو المهندس المعمارى يتقدم فى هذه الحالة على الرهن رغم أسبقية الرهن فى القيد .

وقد يكون فى هذا خروج على قاعدة مراعاة وقت القيد عند حساب مرتبة الأفضلية (٢) . ولكن ربما يكون الأصح القول بأن شمول الرهن للمنشآت الحديثة بنفس مرتبة الرهن القديمة هو الذى فيه خروج على قاعدة حساب المرتبة من وقت القيد ، وهو خروج لن يضر بأحد من الدائنين المرتهنين ، لأن كل منهم سيستفيد من إمتداد الرهن للمنشآت الجديدة حسب مرتبة رهنه ، ولكن يتحقق الضرر فعلا بالنسبة للمقاول والمهندس المعمارى ، لأن حقه نشأ بسبب هذه المنشآت

---

(١) أوبرى ورو ، ج ٣ ، فقرة ٢٦٣ ، هامش ٣٣ .

(٢) شمس الدين الوكيل ، ص ٦٥٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، ص ٣٠٩ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

ويرد عليها وحدها ، فلا يجوز أن يغلب بوجود حق لدائن مرتهن على العقار الأصلي يتقدم على حقه هو على المنشآت ، وهو نفسه الذي أقامها ولم تكن موجودة وقت الرهن ، ولم يكن المرتهن قد أدخلها في حسابه .

١١٠ – امتياز بائع العقار :

تنص المادة ١١٤٧ على أن :

« (١) ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع . »

وامتياز بائع العقار يقوم على نفس الاعتبار الذي يقوم عليه امتياز بائع المنقول وهو أن البائع قد أدخل قيمة مالية جديدة في ذمة المشتري ، فيكون من العدل أن يستوفي حقه من هذه القيمة ذاتها قبل غيره من الدائنين (١) .

والحق الممتاز هو نفس الحق الممتاز في بيع المنقول وهو ثمن البيع والفوائد والمصروفات (٢) .

ومحل الامتياز هو الشيء المبيع وهو العقار المبيع . ولكن لا يشترط بالنسبة له أن يظل محتفظا بذاتيه كما هو الشأن بالنسبة لامتياز المنقول ، فإذا هلك العقار أو تلف وحلت محله قيمة أخرى كمبلغ تعويض أو تأمين أو ثمن نزع الملكية للمنفعة العامة ... ألخ فإن الامتياز يرد على القيمة الجديدة التي حلت محله وذلك طبقا لنص المادة ١١٣٥ التي تقرر أنه يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه (٣) .

وامتياز بائع العقار كالرهن الرسمي يجب قيده وتحسب مرتبته من وقت القيد. وتسجيل عقد البيع لا يكفي وحده لنفاذ الامتياز . فالتسجيل لازم لانتقال الملكية إلى المشتري ، أما القيد فهو لازم لنفاذ الامتياز في مواجهة الغير . وقد كان القانون المدني القديم يكتفي بتسجيل البيع حتى ينفذ إمتياز البائع (٤) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ، ج ١٢ ، فقرة ٦٢٤ .

(٢) راجع ، ماسبق ، فقرة ١٠٨ .

(٣) راجع في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، ماسبق ، فقرة ٣١ .

(٤) سليمان مرقس ، فقره ٣٩٠ .

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

١١١ - امتياز المتقاسم فى العقار :

تنص المادة ٢١٤٩ على أن « للشركاء الذين اقتسموا عقاراً ، حق امتياز عليه تأمينا لما تخولة القسمه من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هـــذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

والاعتبار الذى يقوم عليه امتياز المتقاسم فى العقار هو ماسبق بيانه عند دراسة امتياز المتقاسم فى المنقول وهو تحقيق ضمان العدل التبادلى فى تصرف يخضع أكثر من غيرة لمقتضيات هذه الفكرة (١) .

أما الحق الممتاز فهو معدل القسمة وثمن التصفية والتعويض عن الاستحقاق أو التعرض لسبب سابق على القسمة ، وكذلك الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ.

أما محل الامتياز فيختلف باختلاف الحق الممتاز ذاته وذلك طبقاللتفصيلات التى ذكرناها عند دراسة محل امتياز المتقاسم فى المنقول (٢) .

أما مرتبة الامتياز فتتحددمن وقت قيدة. وهذا الامتيازكغيرةمنالامتيازات العادية الواقعة على عقار يجب فيها الشهر وتحسب مرتبتها من وقت قيدها . ومع ذلك فامتياز المتقاسم وهو يتأخر دائما فى القيد عن الرهن الصادر من الشريك على الشيوع أثناء فترة الشيوع ، إلا أنه يتقدم فى المرتبه رغم ذلك على حقالدائن المرتهن من الشريك على الشيوع الذى ينتقل بمقتضى نص المادة ١٣٠٩/٢ إلىماآل إلى هذا الشريك الراهن من أعيان أخرى غير التى رهنها (٣) .

---

(١) ولـكن هذا الامتياز يؤدى من ناحية أخرى إلى تحقيق المساواة بين المتقاسمينعلى حساب دائنى كل منهم . راجع ، جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٧٥٤ ، بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٥٩٩ .

(٢) راجع ماسبق فقرة ١٠٨ .

(٣) وفى هذا تأكيد لفكرة المساواة بين المتقاسمين ، ولو على حساب المتصرف إليه من أحدهم أثناء الشيوع وهو ماينتقده البعض على ما ذكرنا ،راجع ، جوسران ، ج ٢ ، فقرة ١٧٥٤ ، بودان وفواران ، ج ١٤ ، فقرة ٥٩٩ .

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

مراجع

باللغة العربية :

أحمد سلامة : التأمينات المدنيه ، الرهن الرسمى. ١٩٦٣

سليمان مرقس : التأمينات العينية ١٩٥٩

شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العينى ١٩٥٣

شمس الدين الوكيل : نظرية التأمينات فى القانون المدنى ١٩٥٩

: الموجز فى التأمينات العينية ١٩٦٧

عبد السلام ذهنى : فى التأمينات العينية ١٩٢٦

عبد الفتاح عبد الباقى : التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٤

محمد على أمام : التأمينات الشخصية والعينية

محمد كامل مرسى : الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية ١٩٥١

محمود جمال الدين زكى : دروس فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٧

منصور مصطفى منصور: التأمينات العينية ١٩٦٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

باللغة الفرنسية :

André : Traité pratique du régime hypothécaire, 1916 .

Aubry et Rau : Cours de droit civil français . t. 3, 6e éd. par Bartin.

Baudry—Lacantinerie et De Loynes : Du nantissement, des privilèges et des hypothèques, 3e éd, 3 vol 1906 .

Beudant: Les sûretés personnelles et réelles, 2 vol. 1900.

Beudant et Lerbours-Pigeonnière : Cours de droit civil français, t. 13 et 14, par Voirin.

Colin et Capitant .Cours élémentaire de droit civil français, t. 2.

Debray :Privilèges sur les créances et actions directes, thèse, Paris, 1928.

De Page:Traité élémentaire de droit civil belge, 1947, t 7 1re col.

Forel :la notion de privilèges et les différentes catégories de privilèges, thèse, Bordeaux, 1940.

Guillouard : Traité des privilèges et hypothèques, 4 vol. 1896 – 1899.

la révision du régime hypothécaire établi par le code civil, Livre du centenaire, t. 1, P. 415.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Huc : Commentaire théorique et pratique du code civil, t. 13, 1900 - 1902.

Louis Boyer: privilèges mobiliers, Encyclopédie Dalloz, t. 4. P. 238 et s.

Marcel Dupont: Purge, Encyclopédie Dalloz, t. 4. P. 393 et s.

Mazeaud (H, L. et J.) :Leçons de droit civil, t. 3.

Moissenet: étude sur le droit de suite en matière de privilèges, thèse, Bordeaux, 1913 .

Planiol et Ripert: Traité pratique de droit civil français, t. 12 et 13 par E. Becqué.

Poplawski: la notion de privilège en droit romain et en droit civil français, thèse, Bordeaux 1913.

Raynaud (P.): Hypothèque, Encyclopédie Dalloz, t. 2, P. 907 et s.

Privilèges immobiliers, Encyclopédie Dalloz, t. 4, P 214 et s.

Ripert et Boulanger: Traité de droit civil français d'arpès le traité de Planiol, t 3.

Robino: les privilèges et autres causes de préférence sur les créances, thèse, Bordeaux, 1949.

Roger: Traite des privilèges et hypothèques, 1925.

Thezard: Du nantissement, des privilèges et hypothèques, 1880.

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

Vialleton (H.): Privilèges généruax, Encyclopédie Dalloz, t. 4, P 200 et s.

Vouillon: le privilège mobilier du conservateur de la chose, thèse. lyon, 1938.

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

موضوعات الكتاب

صفحة

تمهيد

مقدمة

١ ــ الوظيفة الأساسية للتأمينات. ١
٢ ــ التأمينات والائتمان. ٤
٣ ــ تطور نظم التأمينات. ٦
٤ ــ الأنواع المختلفة للتأمينات فى القانون المصرى. ٩

الباب الأول

الرهن الرسمى

٥ ــ تعريف الرهن الرسمى . ١٧

الفصل الأول

انشاء الرهن الرسمى ٢٠

المبحث الأول

الشروط الشكلية لإنشاء الرهن الرسمى

٦ ــ الرسمية . ٢١
٧ ــ المقصود بالرسميه . ٢٤
٨ ــ التوكيل فى الرهن . ٢٦
٩ ــ الوعد بالرهن . ٢٧
١٠ ــ ابرام عقد الرهن فى الخارج . ٣٠
١١ ــ الجزاء على تخلف الرسمية . ٣٢
١٢ ــ نفقات عقد الرهن . ٣٣

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

المبحث الثانى

الشروط الموضوعية لانشاء الرهن الرسمى

المطلب الأول

تخصيص الرهن ٣٥

§ ١ — العقار المرهون

١٣ — الرهن لا يرد إلا على عقار . ٣٥
١٤ — تعيين العقار تعيينا دقيقا . ٣٧
١٥ — بطلان رهن المال المستقبل. ٣٩
١٦ — ملحقات العقار المرهون . ٤٦
١٧ — الحاق الثمار بالعقار. ٥٢
١٨ — يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ٥٥

§ ب — الدين المضمون بالرهن

١٩ — تخصيص الرهن بالنسبة للدين . ٥٩

المطلب الثانى

أهلية الراهن وملكيته للعقار المرهون

٢٠ — أهلية الراهن . ٦٢
٢١ — رهن ملك الغير. ٦٤
٢٢ — الرهن الصادر من مالك ظاهر. ٦٩
٢٣ — الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى . ٧٢
٢٤ — الرهن الصادر من مالك المبانى القائمة على أرض الغير. ٧٧
٢٥ — رهن العقار المملوك على الشيوع : ٨٠

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صفحة

الرهن الصادر من جميع الشركاء . ٨٣

الرهن الصادر من أحد الشركاء . ٨٤

الفصل الثانى

آثار الرهن الرسمى ٩٣

المبحث الأول

آثار الرهن بين المتعاقدين

٢٦ — نشأة حق الرهن . ٩٤

٢٧ — العلاقة بين الملكية والرهن . ٩٩

٢٨ — بقاء الملكية للراهن. ٩٩

٢٩ — سلطة التصرف. ١٠١

٣٠ — سلطة الاستغلال . ١٠٨

٣١ — التزام الراهن بالضمان . ١١٢

ا — انتقال حق الدائن المرتهن . ١١٧

ب — رجوع المرتهن على الراهن . ١١٩

٣٣ — التنفيذ على العقار . ١٢٢

ا — وحدة اجراءات التنفيذ بالنسبة للدائن المرتهن وغير من الدائنين العاديين. ١٢٢

ب — القيود على حق الدائن المرتهن فى الضمان العام . ١٢٤

المبحث الثانى

آثار الرهن بالنسبة للغير

المطلب الاول

الأفضلية

٣٣ — الواقعة المنشئة للأفضلية (القيد) . ١٢٧

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

٣٤ — تعطيل أثر القيد : ١٢٨

ا — افلاس المدين التاجر. ١٢٩

ب — تسجيل تنبيه نزع الملكية . ١٣٠

٣٥ — موضوع الأفضلية . ١٣٤

٣٦ — محل الأفضلية . ١٣٦

٣٧ — درجة الأفضلية . ١٣٨

٣٨ — التنازل عن مرتبة الرهن. ١٤٠

المطلب الثانى

التتبع

٣٩ — المقصود بالتتبع . ١٤٢

٤٠ — صاحب الحق فى التتبع . ١٤٤

٤١ — الحائز . ١٤٨

٤٢ — الحائز مسئول مسئولية عينية عن الدين ، مقارنته بمركز الكفيل العينى والوارث . ١٥٠

٤٣ — اجراءات التتبع . ١٥٣

٤٤ — دفوع الحائز لوقف اجراءات التتبع. ١٥٤

§ ١ — قضاء الديون

٤٥ — تعريف . ١٥٦

٤٦ — وقت قضاء الديون . ١٥٩

٤٧ — رجوع الحائز بما يوفيه من دين . ١٥٩

ا — الدعوى الشخصية. ١٦٠

ب — دعوى الحلول. ١٦١

٤٨ — عدم رجوع الحائز على الكفيل. ١٦٢

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صفحة

٤٩ — رجوع الحائز على حائز آخر . ١٦٣

٥٠ — قضاء الديون جبرا . ١٦٤

§ ب — تطهير العقار

٥١ — المقصود بالتطهير . ١٦٧

٥٢ — مزايا التطهير وعيوبه . ١٦٩

٥٣ — صاحق الحق فى التطهير . ١٨١

٥٤ — وقت التطهير . ١٧٣

٥٥ — إجراءات التطهير . ١٧٣

٥٦ — رفض العرض . ١٧٨

٥٧ — كيف يتم التطهير فعلا ؟ ١٨٢

§ ج — تخلية العقار المرهون ١٨٣

٥٨ — المقصود بالتخلية . ١٨٣

٥٩ — صاحب الحق فى التخلية . ١٨٥

٦٠ — وقت التخليه وإجراءاتها . ١٨٦

٦١ — أثار التخلية . ١٨٧

§ د — البيع بالمزاد العلنى

٦٢ — الموقف الأخير . ١٨٨

٦٣ — من يحق له أن يدخل فى المزاد ؟ ١٩٠

٦٤ — مركز من يرسو عليه المزاد . ١٩١

٦٥ — مركز العقار بعد رسو المزاد . ١٩٢

٦٦ — مسئولية الحائز وحقه فى الضمان . ١٩٥

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمى

المبحث الأول

انقضاء الرهن بصفة تبعيه

٦٧ ــ انقضاء الرهن بانقضاء الدين ١٩٨

١ ــ الوفاء . ١٩٩

٢ ــ المقاصه . ١٩٩

٣ ــ التجديد . ٢٠٠

٤ ــ الوفاء بمقابل . ٢٠١

المبحث الثانى

انقضاء الرهن بصفة أصلية

٦٨ ــ انقضاء الرهن استقلالا عن الدين . ٢٠٢

١ ــ تنازل الدائن المرتهن. ٢٠٣

٢ ــ اتحاد الذمة . ٢٠٤

٣ ــ هلاك العقار المرهون . ٢٠٥

٤ ــ الرهن لاينقضى بالتقادم . ٢٠٦

الباب الثانى

حق الاختصاص

٦٩ ــ تعريف حق الاختصاص . ٢١١

٧٠ ــ تقدير نظام الاختصاص . ٢١٢

٧١ ــ الشروط الموضوعية للحصول على حق الاختصاص . ٢١٥

٧٢ ــ اجراءات الحصول على الاختصاص . ٢٢٤

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صفحة

٧٣ — إصدار الأمر بالاختصاص . ٢٢٨

٧٤ — إعلان الأمر بالاختصاص . ٢٢٩

٧٥ — التظلم من الأمر والتظلم من رفضه . ٢٣٠

٧٦ — انقاص الاختصاص. ٢٣١

٧٧ — نفاذ الاختصاص . ٢٣٣

الباب الثالث

الرهن الحيازى

٧٨ — تعريف . ٢٣٧

٧٩ — انعقاد الرهى الحيازى . ٢٣٩

الفصل الأول

آثار الرهن الحيازى

٨٠ — نشأة الحق العينى فى الرهن . ٢٤١

المبحث الأول

أثار الرهن فيما بين المتعاقدين

§ ١ — التزامات الراهن

٨١ — الالتزام بالتسليم . ٢٤٣

٨٢ — التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه. ٢٤٥

§ ب — التزامات المرتهن

٨٣ — الالتزام بالمحافظة على الشى . ٢٤٩

٨٤ — الالتزام بالادارة والاستثمار . ٢٥٢

٨٥ — الالتزام بالرد . ٢٥٥

https://www.facebook.com/koutoubhasria مدونة الكتب الحصرية

صفحة

المبحث الثانى

آثار الرهن بالنسبة للغير

٨٦ — الحيازة . ٢٥٧
٨٧ — الحبس . ٢٦٠
٨٨ — الأفضلية والتتبع . ٢٦٣

الفصل الثانى

بعض أنواع الرهن الحيازى

٨٩ — الرهن العقارى . ٢٦٨
٩٠ — رهن المنقول . ٢٧٠
٩١ — رهن الدين . ٢٧٤
٩٢ — انقضاء الرهن الحيازى . ٢٧٨

الباب الرابع

حقوق الامتياز

الفصل الأول

أحكام عامة

٩٣ — مركز الامتياز من التأمينات العينية . ٢٨٤
٩٤ — تطور حقوق الامتياز . ٢٨٦
٩٥ — تعريف الامتياز . ٢٨٩
٩٦ — مصدر الامتياز . ٢٩٠
٩٧ — أنواع حقوق الامتياز . ٢٩٢
٩٨ — كيفيه حساب مرتبةالامتياز. ٢٩٤
٩٩ — هلاك الشيء أو تلفه . ٢٩٨

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

صفحة

١٠٠ ــ انقضاء الامتياز . ٢٩٩

الفصل الثانى

أنواع الحقوق الممتازة

١٠١ ــ تقسيم . ٣٠٠

المبحث الاول

حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

١٠٢ ــ أولا ــ امتياز المصروفات القضائية. ٣٠٢

١٠٣ ــ ثانيا ــ امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . ٣٠٧

١٠٤ ــ ثالثاً ــ امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه. ٣١١

١٠٥ ــ رابعا ــ حقوق الامتياز العامة . ٣١٥

ا ــ حقوق الاجراء. ٣١٥

ب ــ حقوق الموردين. ٣١٧

حـ ــ النفقه المستحقة لأقارب المدين . ٣١٩

١٠٦ ــ خامسا ــ امتياز مصروفات الزراعة وامتياز المبالغ المستحقة والآلات الزراعية. ٣٢١

امتياز مصروفات الزراعة. ٣٢١

المبالغ المستحقة مقابل آلات الزراعة. ٣٢٤

١٠٧ ــ سادسا ــ امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق ٣٢٥

أولا ــ امتياز المؤجر . ٣٢٥

ثانيا ــ امتياز صاحب الفندق. ٣٣٨

١٠٨ ــ سابعا ــ امتياز بائع المنقول وامتياز فى المنقول . ٣٤٣

أولا ــ امتياز بائع المنقول. ٣٤٣

ثانيا ــ امتياز المتقاسم فى المنقول. ٣٤٨

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria

المجمث الثانى

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار. ٣٥١
١٠٩ — امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين. ٣٥٢
١١٠ — امتياز بائع العقار.
١١١ — امتياز المتقاسم فى العقار. ٣٥٧
مراجع: ٣٥٩
موضوعات الكتاب. ٣٦٥

مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria