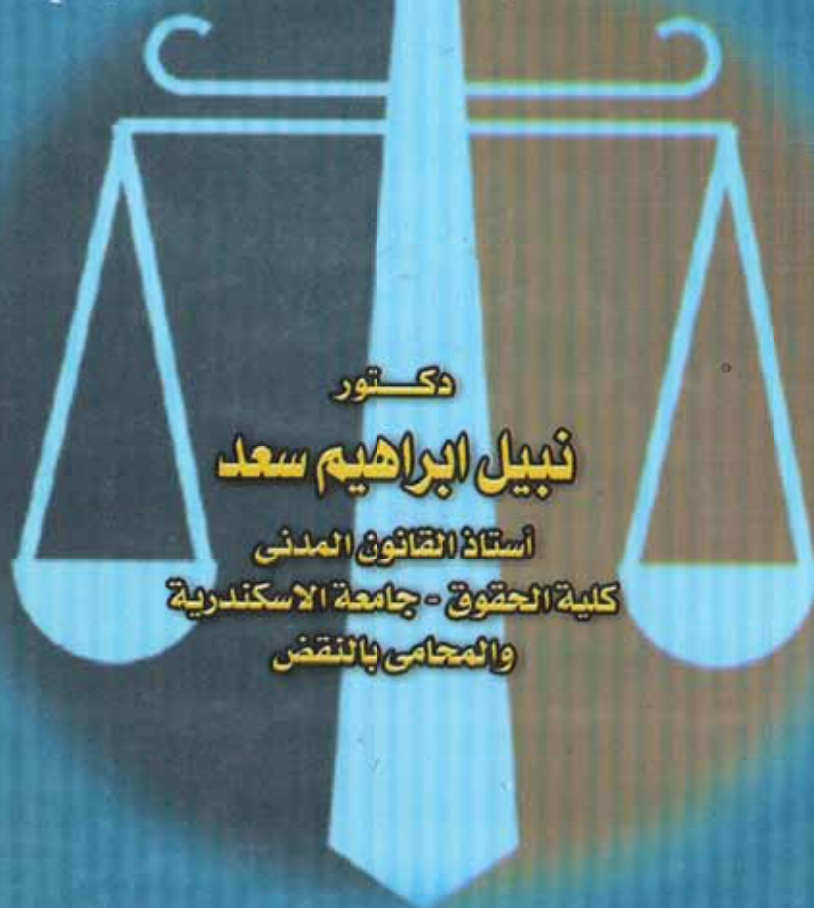


التأمينات العينية والشخصية

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

للمزيد من العصريات زورونا على مدونة الكتب المصرية

<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>
<https://www.facebook.com/koutoubhasria>



دكتور

نبيل ابراهيم سعد

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

والمحامى بالنقض

2007



دار الجامعة الجديدة

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - ت : ٤٨٦٨٠٩٩





دار الجامعة الجديدة

٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة

الإسكندرية تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com

التأمينات العينية والشخصية

**الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن العياري - حقوق الامتياز -
الكفالة**

التأمينات العينية والشخصية

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

الكفالة

دكتور

نبيل إبراهيم سعد

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

والمحامى بالتقضى



دار الجامعة الجديدة

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية ٩٩ - ٨٦٨

2007

• بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ •

«.....فَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ»

صلّى الله العظیم

(سورة یوسف، الآية ٧٦)

المقدمة

١- (١) ارتباط فكرة ضمان التنفيذ بتطور فكرة الالتزام ذاتها:

ان تطور العقلية القانونية وبالتالي تطور فكرة الالتزام أدت إلى تغيير عميق في نطاق ومفهوم الجزاء القانوني لعدم تنفيذ هذا الالتزام^(١). فقد كان الالتزام في البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدرا للسلطة، قيда قانونيا يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله في حالة عدم تنفيذه لالتزامه. فقد كانت الأنظمة القانونية التي لم تبلغ بعد حدا من التطور لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين. ولذلك قد كان طبيعيا أن يكون من بين هذه الوسائل البدائية التنفيذ على شخص المدين. ولذلك قد كان طبيعيا أن يكون من بين هذه الوسائل البدائية التنفيذ على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل فإن فعاليتها لم تكن بالقدر الكافي، وإن كنت تتمتع بنوع من الزجر وتحقق بالتالي نوعا من الوقاية. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق مع عقلية هذا العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة^(٢).

في المجتمعات الحديثة أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين، وسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية^(٣). علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أى قيمة لدى الدائن، ولكن كل ما يهم الدائن هو حصوله على حقوقه التي كان ينتظرها ويرتب حياته عليها. كما أن استرقاق

(١) J.DEPREZ: Rapport français sur les sanctions que s'attachent à l'intexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français in: 'Travaux de l'Association de H.Capitant, t. XVII. 1964, p. 31.

(٢) J.DEPREZ: loc. cit.; R. SAVATIER, Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, première Série, Panorama des mutations, 3^e édit., 1964, No. 16-19, pp. 22 et s., Nos. 41 - 42, pp. 46 et s.

(٣) R.SAVATIER: La théorie des obligations. Vision Juridique et économique.(٣) 3^e édit., préc. Dalloz, No. 101, p. 142.

المدين أو سجنه وبيعه أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنظام العام والآداب. وذلك فان القوانين الحديثة قد تخلصت تقريبا من كل أثر للاكراه البدني كأثر متخلف من هذه الأنظمة البدائية^(١).

مما لاسك فيه أن احترام الالتزامات أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية والاقتصادية، وأنه لم السهل تصور مدى مايلحق هذه الحياة من اضطراب اذا ماتخلف المدينون فجأة عن الوفاء بالتزاماتهم. أن عدم تنفيذ الالتزام يعد انقطاعا للتوازن الاقتصادي المؤسس على الثقة المشروعة في المعاملات والتي في نهاية الأمر قد انخدعت. لأنه اذا كان الالتزام علاقة قانونية بين شخصين هما الدائن والمدين الا أن عدم تنفيذه قد يمس الغير من قريب أو من بعيد، لما له من صدى اجتماعي واقتصادي، فالحياة الاقتصادية والاجتماعية ماهي إلا سلسلة من الالتزامات متداخلة لحقات^(٢).

ولذلك فان القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن في الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب^(٣). فنظرة فاحصة إلى القوانين المدنية الحديثة نجد أن الشغل الشاغل للشارع هو العمل على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما في ذلك من أهمية قصوى للائتمان.

وماتهدف اليه هذه القوانين في الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، أي يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، لأن الدائن عند ابرامه عقدا من العقود يهدف إلى شيء معين وينتظر مقابلا محددا ويرتب كل شئونه على ذلك. ولذلك نجد أن المشرع ينص في المادة ١٩٩ من التقنين المدني على أن

(١) انظر في تفصيل ذلك، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات - آثار الالتزام ، ص ٨٠٠ ومابعدها.

(٢) P.DURAND; Préface de l'ouvrage intitulé "Tendance à la stabilité de rapport contractuel", 1961, Paris, L.G.D.J., Jacques Flour avec le concours de Jean Luc. Aubert Droit Civil, Les obligations, Vol I, L'Acte Juridique, No 61, p. 41.

J.DEPREZ, op.cit.

(٣)

«ينفذ الالتزام جبرا على المدين»، ويضيف في المادة ٢٠٣: «يجبر المدين بعد اعداره على تنفيذ التزامه عينيا، متى كان ذلك ممكنا». ويؤكد المشرع هذا المعنى بنصه في المادة ٢١٥ على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه». ونخلص من كل هذه النصوص انه طالما أن التنفيذ العيني ممكنا فان المدين يجبر على هذا التنفيذ، ولا يلجأ القاضى إلى التنفيذ بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل إلا اذا استحال التنفيذ العيني.

التنفيذ العيني هو الذى يتفق أكثر مع حقيقة الالتزام، وهو الذى يتفق أيضا مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة. ذلك لأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية^(١)، لا تعطى إلا اشباع نسبي للدائن. ولا يهدف فى النهاية الا إلى أن يعيد التوازن النسبى لذمة الدائن ولذلك فهو ليس كافيا ولا وافيا:

أولا- لأنه لا يضع فى الاعتبار الا مصلحة الدائن الخاصة باعطائه تعويض بالرغم من الآثار الممتدة لعدم التنفيذ فى الحياة القانونية.

ثانيا - انه لا يمكن أن يحكم على المدين بالتعويض اذا كان عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه (م ٢١٥ مدنى).

ثالثا - انه فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فان مقدار التعويض الممنوح للدائن ممكن أن ينقص بل وأن يلغى نهائيا نتيجة للشروط المحددة للتعويض بحد أقصى (م ٢٢٣ مدنى إلى المادة ٢٢٥)، أو للشروط المعفية من المسؤولية (م ٢١٧/٢ مدنى). يضاف إلى ذلك أن المشرع قد يتدخل فى بعض الأحيان ليحدد متى تنعقد أو لا تنعقد المسؤولية ويحدد قيمة التعويض.

رابعا- أن المادة ٢/٢٢١ مدنى تقصر نطاق التعويض بصدد الالتزام العقدى على الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك فى غير حالات الغش والخطأ الجسيم.

(١) أنظر فى ذلك: شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدنى، الطبعة الثانية ١٩٥٩، فقرة ٤ ص ١٤.

خامسا - فأننا لائنسى أن فى منح القاضى تعويضا للدائن عن عدم التنفيذ لايفعل أكثر من تحويل حقه إلى دين محله مبلغ من النقود، وما يتضمنه ذلك من مخاطر اعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له .

ولأهمية التنفيذ العينى نجد أن المشرع رصد عددا من الوسائل القانونية الكفيلة لتمكين الدائن منه وحمل المدين عليه . وقد خصص المشرع فى التقنين المدنى فصلا كاملا للتنفيذ العينى . ونجد أنه لطبيعة الالتزام ومدى أهمية التدخل الشخصى للمدين فى التنفيذ دورا كبيرا فى تحديد كيفية ووسيلة التنفيذ .

وقد استهل المشرع هذا الفصل بمادة فى غاية الأهمية لأنها تعبر عن مدى حرص المشرع على حماية المدين والمحافظة على مصالح الدائن فى نفس الوقت . فنجده يقرر فى المادة ٢٠٣ فقرة أولى أن «المدين يجبر بعد اذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا» . ثم يعود ويتحفظ فى الفقرة الثانية وينص على «انه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما» .

وتتفاوت الوسائل التى قررها المشرع فى هذا الفصل بحسب تفاوت طبيعة الالتزام . نجد المشرع فى الالتزام بنقل حق عينى على شىء معين بنوعه قد سمح للدائن . عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه، ان يحصل على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م ٢/٢٠٥ مدنى) .

وقد تكفل القانون نفسه باجراء التنفيذ العينى، فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات إلى الدائن بحكم القانون فى الالتزام بنقل الملكية (م ٢٠٤ مدنى) .

بالنسبة للالتزام بعمل، فان المشرع قد خول الدائن، فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا وبعد استئذان القضاء، واذا كان هناك حالة استعجال فانه يقوم

به دون استئذان (م ٢٠٩ مدنى)، بل أن المشرع قد ذهب إلى أبعد من ذلك بنصه على أنه فى الالتزام بعمل يمكن أن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام (م ٢١٠ مدنى). مثال ذلك أن فى دعوى صحة ونفاذ التعاقد حكم القاضى يقوم مقام عقد البيع الصالح للتسجيل وتنقل الملكية بتسجيل الحكم ومن لحظة التسجيل إلى المشتري ودون حاجة إلى تدخل البائع^(١).

بالنسبة للالتزام بامتناع عن عمل، فإن الدائن يمكن أن يزيل ما وقع مخالفا للالتزام على نفقة المدين، فى حالة اخلال هذا الأخير بالتزامه، بشرط أن يستأذن القضاء فى جميع الحالات (م ٢١٢ مدنى).

فى الحالات التى يكون فيها تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه، يلجأ الدائن إلى القضاء ليحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية اذا امتنع عن ذلك. يجوز للقاضى أن يزيد مقدار هذه الغرامة اذا كان ذلك ليس كافيا أو كلما رأى داعيا للزيادة. فإن لم تجد الغرامة فى حمل المدين على التنفيذ العينى، فإن القاضى يقوم بتحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى. ولم يقتصر المشرع فى التعويض النهائى على عناصر التعويض العادية، أى ما أصاب الدائن من ضرر ومافاته من كسب من جراء عدم التنفيذ أو من جراء التأخير فى التنفيذ اذا كان المدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه، وإنما أضاف عنصرا جديدا، لتعزيز جانب التهديد فى الغرامة ولزيادة قوة الزجر للمدينين المتعنتين، وهو زيادة مقدار التعويض بما يقابل الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتعنته واصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ. (م ٢١٣ وم ٢١٤ مدنى).

فإذا لم تجد هذه الوسائل أو اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، فإن لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل، طوعا واختيارا، فليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى. والتنفيذ الجبرى، عينا كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لاعلى

(١) السهورى: المرجع السابق، الجزء الرابع، العقود التى تقع على الملكية، المجلد الأول - البيع والمقايضة، ١٩٦٠، فقرة ٧٤٥، ص ٤٧٩ وما بعدها.

شخصه. وهذه الأموال هي الضامنة للوفاء بالتزاماته، وهذا ما يسمى بالضمان العام Gage général أو Gage Commun

٢- (٢) الضمان العام وقصوره في حماية حق الدائن:

الضمان العام يعنى أن أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون (م ٢٣٤ مدنى).

نستطيع على ضوء هذا التعريف القانونى أن ندرس فكرة الضمان العام فى نقطتين أساسيتين:

أولهما - تتعلق بخصائصه ونطاقه، وترتبط بذلك أيضا الوسائل المخصصة لتقويته وللحفاظة عليه، ثم نردف ذلك ببيان الطبيعة القانونية للضمان العام.

٣- (أولا) خصائص ونطاق الضمان العام ووسائل الحفاظة عليه:

ان كان للدائن العادى حق الضمان العام على ذمة مدينه، فيجب علينا أن نوضح خصائص الضمان العام المميزة، ونعرض لنطاقه ومايستدعى ذلك من بيان وسائل الحفاظة عليه.

٤- (i) جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه:

هذا يعنى أن مسئولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسئولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وانما تنصب على كافة الأموال التى يمتلكها المدين وقت التنفيذ^(١).

وبادىء ذى بدء يجب أن نشير إلى أن هذا الضمان العام يلعب دورا بالنسبة إلى جميع الالتزامات أيا كان مصدرها. فسواء أكان مصدر الالتزام العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون، فان أموال المدين ضامنة للوفاء بهذه الالتزامات دون تمييز.

(١) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٩.

وتدخل في ذمة المدين الحقوق الناشئة عن التصرفات التي يعقدها الوكيل، كما تتحمل بالالتزامات التي يرتبها هذا الأخير. لأن آثار هذه التصرفات تنصرف مباشرة إلى الموكل (م ١٠٥ مدني). وعلى ذلك فإذا كان المدين هو الذي يلتزم شخصيا، فيجب أن يكون أهلا لذلك، هذا بالنسبة للنيابة الاتفاقية. أما بالنسبة للنيابة القانونية، فإن الأصل ملزم بما يقوم به النائب من تصرفات قانونية صحيحة في الحدود التي رسمها القانون^(١). وفي خارج دائرة التصرفات القانونية فإن ناقص الأهلية مسئول عن فعله الضار (م ١٦٤ مدني) وعن اثرائه بلاسبب (م ١٧٩ مدني).

ويدخل في الضمان العام للمدين المنقولات والديون التي تكون تحت يد الغير. ويقصد هنا بالغير: واضعي اليد المؤقتين وذلك على خلاف الجائزين، فواضع اليد المؤقت هو الشخص الذي يكون بين يديه مال خاص بالمدين وينبغي عليه في لحظة أو في أخرى أن يرده إلى صاحبه. أما الحائز فهو واضع اليد الذي عنده نية التملك *l'animus domini*^(٢). ومن أمثلة واضعي اليد المؤقتين، المستأجر، والمودع عنده، والمستعير، وصاحب حق الانتفاع، فالأموال التي تحت أيدي هؤلاء لم تخرج قانونا عن ذمة المدين ولذلك يمكن للدائن أن يحجز عليها تحت أيديهم. ولكنه ينبغي أن نلاحظ أنه يمكن لهؤلاء أن يستفيدوا من الحق في الحبس حتى يستوفى حقوقهم المرتبطة أو المترتبة على وجود هذا الشيء بين أيديهم، ويمكنهم أن يحتجوا بهذا الحق في مواجهة الدائنين العاديين للمدين^(٣)، كما أنه إذا كان الحق المقرر على هذا الشيء حقا عينيا، كحق انتفاع مثلا، فينبغي على الدائنين العاديين الحاجزين احترام هذا الحق.

(١) السنهاوري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ص ٢١٠.

(٢) A.WEILL, F. TERRE, Droit CINIL Les obligations, 2^e édit., 1975, N^o. 79

G.MARTY et P. RAYMAUD, Droit Civil, T. II, Vol. 2. Nos. 82 et s.:

A.WEILL, Droit Civil, Les biens. Nos. 375 et s.; J.CARBONNIER, Droit Civil. T. III, No. 43.

G.MARTY, P.RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol. I, par F.CHABAS, 5^e édit., 126, (٣) pp. 131 et s.

ويخرج من نطاق هذا الضمان الأموال التي لا يجوز الحجز عليها. ويرجع عدم القابلية للحجز في بعض الأحيان إلى عدم قابلية المال للتصرف فيه، ومن أمثلة ذلك المال المشروط عدم التصرف فيه. وقد يتدخل المشرع ليمنع الحجز على أموال معينة سواء لاعتبارات إنسانية (م ٣٠٥ وما بعدها من قانون المرافعات) أو لاعتبارات المصلحة العامة (م ٨٧ مدني)^(١).

إن حق الضمان العام، بما يقرره للدائن من حماية، لا يرفع من ذلك يد المدين عن التصرف في أمواله أو الزيادة في التزاماته. ويترتب على ذلك أن تكون للمدين حرية التصرف في أمواله، فما يخرج من هذه الأموال سواء بطريق العوض أو بطريق التبرع لا يعد داخل في نطاق الضمان العام. وما يكتسبه المدين من أموال يدخل في ضمانه العام ويضمن الوفاء بديونه ولو كان ذلك كله بعد نشوء حق الدائن.

هذه الحرية ليست مطلقة، لأن المدين قد يضعف الضمان العام أما بانقاص ماله من أمواله أو بإضافة دائنين آخرين يزاخمون السابقين عند التنفيذ. فقد يلجأ المدين إلى الصورية وذلك بأن يتنازل للغير عن مال من أمواله عن طريق تصرف ظاهر ويحتفظ بسند مستتر «ورقة الضد»، والذي يدل على صورية التصرف.

وفي هذه الحالة أجاز المشرع للدائن أن يلجأ إلى دعوى إعلان الصورية (م ٢٤٤ مدني) وذلك ليهدم بكافة طرق الإثبات الأوضاع الظاهرة التي يصطنعها المدين، ويكون من شأنها إيهام الغير بخروج بعض الأموال من ذمته كذباً^(٢).

لكن قد يحدث تعارض بين مصالح الدائنين، فقد يكون من مصلحة بعض الدائنين التمسك بالتصرف الصوري الظاهر، وذلك كدائن المشتري بعقد صوري، بينما يكون من مصلحة الآخرين الكشف عن حقيقة التصرف

(١) رمضان أبو السعود، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء الأول في التأمينات الشخصية والرهن الرسمي، طبعة أولى ١٩٨٠، ص ١٤ وما بعدها.

(٢) شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٣٠.

والتمسك بورقة الضد واعتبار المال كأن لم يخرج اطلاقاً من ذمة مدينهم، وذلك كدائن البائع بتصرف صوري. وقد تدخل المشرع وحسم هذا النزاع بنص صريح وأثر من يتمسك بالتصرف الظاهر وذلك لحماية الأوضاع الظاهرة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات. لأن الذي يتعامل مع شخص فانه يأخذ في اعتباره الحالة الظاهرة لذمة مدينه، أي الذمة التي تبدو أمامه وتقع تحت عينه عند استعماله لحقه في الضمان العام^(١).

قد يلجأ المدين إلى الغش بأبرامه تصرفات حقيقة يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالا من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس، أو يقوم بصفة عامة باحلال الاموال الظاهرة في ذمته بأموال أخرى يمكن أن تفلت من الدائنين بسهولة، كأن يستبدل ماله من عقارات بأموال نقدية أو قيم منقولة يسهل عليه اخفائها. لذلك قد تدخل المشرع ليحمي الدائنين من هذه التصرفات التي يجريها المدين بطريقة الغش عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتي وردت احكامها في المواد ٢٣٧ وما بعدها من التقنين المدني.

ويشترط لالتجاء الدائن إلى هذه الدعوى أن يكون حقه مستحق الاداء وأن يكون التصرف الضار الذي صدر من مدينة قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره. وقد اشترط أن يكون التصرف منطوياً على غش من المدين اذا كان هذا التصرف من المعارضات. أما بالنسبة للتبرعات فيجوز مهاجمتها بهذه الدعوى ولو لم تكون منطوية على غش.

قد أراد المشرع أن يعزز هذه الحماية فأجاز للدائن بمقتضى الدعوى غير المباشرة أن ينوب عن مدينه نيابة قانونية في مباشرة حقوقه التي أهمل في مباشرتها (م ٢٣٥ و ٢٣٦ من التقنين المدني). ففي هذه الحالة لا يشترط

(١) G. MARTY et P. RAYNAUD, op.cit., T.II, Vol. I, No 281; MAEÉAUD, op.cit., T.II, Vol. I, par M. JUGLART, No. 824; A. WEILL, op.cit, Les obligations, No. 578.

المشرع أن يكون قد صدر تصرف من التصرفات الضارة بالضمان العام، وإنما اكتفى بعدم استعمال المدين لحقوقه. كما أنه لم يشترط في هذه الدعوى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء بل يجوز للدائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل هذه الدعوى. كما أن هذه الدعوى تنصرف إلى جميع الحقوق التي أهمل المدين استعمالها إلا ما كان منها متصلاً بشخص المدين أو غير قابل للحجز. وتتفق هذه الدعوى مع الدعوى السابقة في الشرط العام وهو أن يكون عدم استعمال المدين لحقوقه من شأنه اعساره أو يزيد في هذا الاعسار. وتشترك هذه الدعوى مع الدعويين الآخرين في أن كل فائدة تنتج من استعمال أى من الدائنين لهذه الدعاوى يستفيد منها الدائنون الآخرون، وهذا طبق لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين.

ومع ذلك فإن الحماية التي تحققها هاتين الدعويين تكون حماية متأخرة، إذ لا يجوز للدائن أن يلجأ إلى أى منهما إلا بعد اعسار المدين أو الزيادة في اعساره، فهما يهدفان فقط إلى إنقاذ ماتبقى لدى المدين من أموال، فهما لا يحولان دون وقوع الخطر وإنما يهدفان إلى منع تفاقمه.

يجب ألا ننسى، عند الكلام عن حماية الدائنين العاديين، أن نشير إلى ماقرره المشرع لهؤلاء الدائنين من إجراءات ووسائل تحفظية، قد وردت في نصوص متفرقة، وتهدف أيضاً إلى المحافظة على أموال المدين، كأن يضع الأختام عليها، أو يحرر بها محضر جرد، عند موته أو إفلاسه (م ٨٨١ مدنى) أو أن يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينة (م ٨٤٢ مدنى)، أو أن يتدخل في الدعاوى التي يكون مدينه طرفاً فيها حتى يراقب سير الدعوى ويمنع التواطؤ اضراً بحقوقه (م ١٢٦ مرافعات).

إذا كان المدين يمكنه أن يتصرف بحرية وبدون غش في أمواله على النحو السابق بيانه، إلا أنه لا يملك أن يتفق سلفاً على أن يكون هذا المال أو تلك غير داخل في نطاق الضمان العام، أو أن الضمان العام سيكون محدداً بمجموعة معينة من الأموال، لأن القواعد المنظمة للضمان العام متعلقة

بالنظام العام^(١). وهذا ما يمكن استنتاجه من صياغة المادة ٢٣٤ مدنى نفسها^(٢)، فسياق هذه المادة (أموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه، يدل على العموم ولا يدع أى مجال لمثل هذه الاتفاقات الا ما استثنى بنص خاص^(٣). وبالإضافة إلى ذلك فإن السماح بتحديد اتفاقى للضمان العام يتعارض مع فكرة الذمة المالية وفكرة الانتمان الشخصى، كما أن السماح بمثل هذه الاتفاقات يهدم مبدأ الضمان العام نفسه.

ومع ذلك يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن يكون تجريد المدين من أمواله وفقا لترتيب معين، بحيث أن التجريد يبدأ أولا بأموال الأقل أهمية بالنسبة للمدين وهكذا. أن مثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحا لأنه يضع فى الاعتبار حقوق الدائنين وما يتفق مع مصالح المدين، كما أن هذا الاتفاق لا يتعارض مع مبدأ الضمان العام.

فى بعض الأحيان يظهر فى نفس الذمة المالية تخصيص بعض الأموال لتكون مجموعاً مستقلاً ومتميزاً عن الذمة ككل ويكون له جانبه الإيجابى والمستقل، ومثل هذه الحالة هى رخصة الترك والمنصوص عليها فى التقنين التجارى البحرى الملغى والتي تخول المالك السفينة أن يحدد مسئوليته بقيمة السفينة ونولونها بالنسبة للتصرفات والأفعال الصادرة من القبطان^(٤). فمالك السفينة له إذن ذمة بحرية مستقلة عن ذمته الشخصية.

٥- (ب) جميع الدائنين متساوون فى الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون،

هذه الخصيصة الثانية قد نصت عليها المادة ٢٣٤/٢ من التقنين المدنى. وهى تعنى أن الدائنين العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية

(١) A. WEILL, F. TERRE, Les Obligations, op.cit., No. 821

(٢) قارن المادة ٢٠٩٢ فرنسى وتعليق الفقهاء عليها.

(٣) ومع ذلك قارن Cass. Civ. I, 15 février 1972, Bull. Civ. I, No. 50, p. 44

(٤) فى فرنسا تم إلغاء المادة ٢١٦ من قانون التجارة والخاصة بتحديد مسئولية مالك السفينة، بالقانون الصادر فى ٣ يناير ١٩٦٧، وقد أخذ بنظام تحديد المسئولية فى شكل آخر فى مادته ٥٨. أنظر فى تفصيل ذلك:

Rodière, Droit Maritime, Précis Dalloz, No. 142 et s.

على جميع الأموال الموجودة في ذمة مدينهم ايا كان تاريخ نشوء حقهم وأيا كان تاريخ اكتساب هذه الأموال. وعلى ذلك فإن الدائن السابق لا يمكن أن يدعى أى أفضلية على الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التي وجدت في ذمة مدينه يوم أن تعامل معه. وبالمثل فإن الدائن اللاحق لا يستطيع أن يدعى حرمان الدائن السابق فيما يتعلق بالأموال التي اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين.

ويترتب على هذه المساواة انه اذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كاف للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فان هذا الثمن ينبغي أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أى يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم.

ولكن مما تجدر الإشارة اليه أن مبدأ المساواة مابين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين انما هي مساواة قانونية، لا مساواة فعلية، فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه، فاذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمة ماينتج عنه مقاسمة الغرماء، ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانونا، فقد تكون غير متيسرة فعلا. ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذه الدائن من اجراءات التنفيذ، واذا عاموا فقد تكون اجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية، واذا كانت اجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية، اذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمى أو حكم قابل للتنفيذ، تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية، وان كانوا جميعا متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا^(١).

(١) السهوري: الجزء الثانى الفقرة ٣٨٣ ص ٧٢٠.
وانظر في نفس المعنى:

حقاً أن المشرع المصري قد نظم شهر الاعسار (م ٢٤٩ إلى ٢٦٤ مدني) وذلك ليحمي الدائن من مدين يسعى إلى إثارة بعض الدائنين على الآخرين، إلا أن شهر الاعسار جوازي للقاضي وأن الاجراءات التي وضعها القانون لشهر الاعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الاداء، فهي لا تدفع خطر الاعسار وإن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه. كما أن شهر الاعسار لا يحرم الدائن من اتخاذ اجراء فردي للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقا جوهريا بين الاعسار المدني والافلاس التجاري. ذلك أن الافلاس نظام جماعي يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس، ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك. هذا الوسيط بين التاجر المفلس ودائنيه. ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعي المنفرد. وعلى ذلك اكتفى المشرع بصدد الاعسار بأن جعل منه نظاما قانونيا يكفل اعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق شهر الاعسار^(١).

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار أنه لا يسرى في حق الدائنين أي وفاء يقوم به المدين مؤثرا بذلك دائنا على آخر. كما لا يسرى في حقهم أيضا أي تصرف يكون من شأنه انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته^(٢).

مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقا. فهناك

M.PLANIOL et G.RIPERT. Traité pratique de droit civil français, T.VII par P.ESMEIN, No. 757;

G.RIPERT et J.BOULANGER: Traité élémentaire de droit civil, 4^e édit., T.II. Nos. 1482 et s.;

G.MARTY et P.RAYNAUD. op.cit., T.III. Vol. I. No.2;

B.STARCK. Droit civil. Introduction. No. 183.

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٢٤ ومابعدا.

منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، ١٩٦٣، ص ٧.

عبد المنعم البداروي، التأمينات العينية، ص ٤.

أحمد سلامة، دروس في التأمينات العينية والشخصية، ١٩٧٠، ص ١٧.

(٢) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٢٥.

على جميع الأموال الموجودة في ذمة مدينهم أيا كان تاريخ نشوء حقهم وأيا كان تاريخ اكتساب هذه الأموال. وعلى ذلك فإن الدائن السابق لا يمكن أن يدعى أى أفضلية على الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التي وجدت في ذمة مدينه يوم أن تعامل معه. وبالمثل فإن الدائن اللاحق لا يستطيع أن يدعى حرمان الدائن السابق فيما يتعلق بالأموال التي اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين.

ويترتب على هذه المساواة انه اذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كاف للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فإن هذا الثمن ينبغي أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أى يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم.

ولكن مما تجدر الإشارة اليه أن مبدأ المساواة مابين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين انما هي مساواة قانونية، لا مساواة فعلية، فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه، فاذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمة ماينتج عنه مقاسمة الغرماء، ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانونا، فقد تكون غير متيسرة فعلا. ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذه الدائن من اجراءات التنفيذ، وإذا عاموا فقد تكون اجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية، وإذا كانت اجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية، إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمى أو حكم قابل للتنفيذ، تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية، وان كانوا جميعا متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا^(١).

(١) السهوري: الجزء الثانى الفقرة ٣٨٣ ص ٧٢٠.
وانظر فى نفس المعنى:

حقاً أن المشرع المصري قد نظم شهر الاعسار (م ٢٤٩ إلى ٢٦٤ مدنى) وذلك ليحمى الدائن من مدين يسعى إلى إثارة بعض الدائنين على الآخرين، إلا أن شهر الاعسار جوازى للقاضى وأن الاجراءات التى وضعها القانون لشهر الاعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الاداء، فهى لا تدفع خطر الاعسار وإن كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه. كما أن شهر الاعسار لا يحرم الدائن من اتخاذ اجراء فردى للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقا جوهريا بين الاعسار المدنى والافلاس التجارى. ذلك أن الافلاس نظام جماعى يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال الناجر المفلس، ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك. هذا الوسيط بين الناجر المفلس ودائنيه. ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعى المنفرد. وعلى ذلك اكتفى المشرع بصدد الاعسار بأن جعل منه نظاما قانونيا يكفل اعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق شهر الاعسار^(١).

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار أنه لا يسرى فى حق الدائنين أى وفاء يقوم به المدين مؤثرا بذلك دائنا على آخر. كما لا يسرى فى حقهم أيضا أى تصرف يكون من شأنه انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته^(٢).

مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقا. فهناك

M.PLANIOL et G.RIPERT. Traité pratique de droit civil français, T.VII par P.ESMEIN, No. 757;

G.RIPERT et J.BOULANGER: Traité élémentaire de droit civil, 4^e édit., T.II. Nos. 1482 et s.;

G.MARTY et P.RAYNAUD. op.cit., T.III. Vol. I. No.2;

B.STARCK. Droit civil. Introduction. No. 183.

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٢٤ ومابعدا.

منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، ١٩٦٣، ص ٧.

عبد المنعم البداروى، التزامات العينية، ص ٤.

أحمد سلامة، دروس فى التأمينات العينية والشخصية، ١٩٧٠، ص ١٧.

(٢) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٢٥.

أسباب للتقدم أو الأفضلية نص عليها القانون. كما أن هناك مراكز متميزة لبعض الدائنين العاديين تجعلهم يفلتون من مزاحمة الدائنين الآخرين لهم. وأسباب التقدم التي نص عليها القانون تتعلق بالتأمينات العينية أو بالحقوق العينية التبعية. وهذه التأمينات العينية تكون بتخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن. ولذلك فإن هذا الدائن الممتاز أى المزود بتأمين عيني لا يتقدم على الدائنين العاديين أو على الدائنين التاليين له فى المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال وحده. ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الصدد أن التأمينات العينية لا تلغى حق الضمان العام وإنما تعززه وتقويه. وعلى ذلك فإن الدائن المزود بتأمين عيني يمكن باعتباره دائنا عاديا ان يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه فى هذه الحالة يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين العاديين. فإذا لم يستوف حقه كاملا من المال الذى تقرر عليه التأمين العيني، استطاع أن ينفذ على سائر أموال المدين لاقتضاء ما تبقى له^(١).

أما بالنسبة للحالات الأخرى، فإن الدائن يبقى دائنا عاديا ولكنه يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده فى مركز متميز خارج نطاق التأمينات العينية^(٢). وهذه المراكز المتميزة ليست مقصودة فى ذاتها لتحقيق ضمان معين للدائن وأما يتواجد فيها الدائن مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين العاديين الآخرين له^(٣).

(١) B.STARCK, Droit eivil, introduction, No. 229

وقارن عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٤ ص ٦٠٥.

(٢) G.RIPERT et J.BOULANGER, op.cit., T. II, No. 3267;

G.MARTY et P>RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol.I, No3.

(٣) قارن:

MAZEAUD, op.cit. T.III, Vol. I, No.110; G. MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol. I, No.16.

وهذا المرجع الأخير يتكلم عن المراكز الممتازة، ونحن نفضل تسميتها بالمراكز المتميزة. أنظر أيضا: رمضان أبو السعود، الوسيط فى التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الطبعة الأولى ١٩٨٠، فقرة ٣ ص ٢٤ وما بعدها. وأنظر فى دراسة تفصيلية لهذه المراكز المتميزة نبيل سعد، الضمانات غير المسماة فى القانون الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٩ وما بعدها.

ومن أمثلة المراكز المتميزة للدائن العادى أن يوجد لديه شيء مملوك للمدين، وينشأ للدائن حق تجاه هذا المدين متعلقاً بهذا الشيء، فإنه يستطيع فى هذه الحالة أن يحبس هذا الشيء حتى يستوفى حقه أو يقدم له تأمين كاف للوفاء بالتزامه. فى الأحوال التى تكون فيها قيمة الشيء أكبر من قيمة الدين المستحق للدائن الحائز للشيء، فإنه سيكون للدائنين الآخرين مصلحة فى أن يباع هذا الشيء، وليتفادوا معارضة الدائن الحابس يعطون له أولوية على الثمن، ولذلك يكون للحابس فى هذه الحالة أفضلية فعلية، بحكم الواقع لاحتكام القانون^(١). ولذلك نجد أن المادة ٢٤٧ مدنى تقرر فى فقرتها الأولى أن «مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه». كما أن المادة ٢٤٨ مدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن «ينقصى الحق فى الحبس بخروج الشيء من يد حائزة أو محرزة». فالحق فى الحبس ليس حقاً عينياً يخول للدائن ميزته التقدم والتتبع، وإنما يعطى للدائن أولوية فعلية فقط.

وبالمثل بالنسبة للمقاصة، فهى تخول للدائن بطريقة غير مباشرة مركزاً متميزاً^(٢)، وذلك فى الحدود التى يكون فيها الدائن فى ذات الوقت مديناً لمدينه. فإنه عن طريق المقاصة يمكن للدائن استيفاء حقه كاملاً وذلك نتيجة لانقضاء دينه بمقاصته مع ما كان مستحقاً له لدى مدينه ودون أن يتعرض لمزاحمة الدائنين الآخرين (م ٣٦٢ مدنى وما بعدها).

وكذلك يستطيع الدائن العادى أن يتفادى فى بعض الأحيان مزاحمة الدائنين الآخرين له عن طريق الدعوى المباشرة والتى تسمح له أن يسعى باسمه شخصياً إلى مدين المدين ويسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين. وعلى ذلك فهو يستوفى حقه مباشرة دون أن يمر المبلغ المطلوب

(١) N.CATALA-FRANJOU; De la nature juridique du droit de rétentions, Rev. Trim. Dr. Civ., 1967, p.9 et s., No.27

J.CARBONNIER, op.cit., T.IV, No. 132.

- أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T.III, Vol: I, No. 4, II, Vol.I, No. 625; MAZEAUD, op.cit., T.II, Vol. I, No. 1145.

B.STARCK, op.cit., Les obligations, No. 2458.

- أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماة السابق الإشارة إليه ص ٣٢ وما بعدها.

الوفاء به بذمة مدينه، وعلى ذلك فهو يتفادى مزاحمة الدائنين الآخرين لهذا المدين^(١).

هذا السعى المباشر لا يخول للدائن الا بنص صريح فى القانون مثال ذلك المادة ١/٥٩٦ مدنى والتي تقضى بأن المستأجر من الباطن يلتزم بأن يؤدى الاجرة لمؤجر مباشرة بالقدر الذى يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وذلك من وقت أن ينذره المؤجر بهذا الأداء، (م ١٧٥٣ مدنى فرنسى). وبالمثل نجد أن المادة ٦٦٢ مدنى تنص أنه فى عقد المقاولة يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز للقدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى. (م ١٧٩٨ مدنى فرنسى). وكذلك المادة ٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ والتي تغطى للمصناب دعوى مباشرة ضد المؤمن لديه عن مسئولية المتسبب فى الضرر (م ٥٣ من قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٣٠ فى فرنسا).

ونجد أيضا أن الدائن يستفيد بحق مباشر دون أن يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين فى الاشتراط لمصاحبة الغير، إذ بمقتضى هذا العقد يكون للمنتفع حق مباشر فى مواجهة المتعهد. وهذا الحق المكتسب يمر مباشرة من ذمة المتعهد إلى ذمة المنتفع دون أن يدخل اطلاقا فى ذمة المشتراط. وعلى ذلك، فانه اذا كان للمشتراط دائنين لم يستوفوا حقهم بعد فلا يستطيعون أن يحجزوا على المبالغ أو الأموال المستحقة للمنتفع لدى المتعهد. وبذلك يتجنب المنتفع اعسار المشتراط ومزاحمة دائنيه^(٢).

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T. III. Vol.I, No 5. T.II. Vol. I. No. 692;
MAZEAUD, op.cit., T.II, Vol. I, No. 802;
B.STARCK, loc. Cit., No. 2576.

- أنظر فى تفصيل ذلك ، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.
(٢) G.Marty et P.Raynaud, op.cit., T.II. Vol. I. No. 265;

MAZAUD, T.II, Vol. I. No. 791;

J.CARVONNIER, op.cit., T. IV. 57, p. 190;

B.STARCK. op.cit., Les obligations, No. 2008.

شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٣٦.

٦- (ثانيا) الطبيعة القانونية لحق الضمان العام؛

إذا كان حق الضمان العام يجد مصدره في العلاقة القانونية التي تربط بين الدائن ومدينه، أى حق الدائنية، فإنه ينبغي مع ذلك ألا نخلط بينهما، كما ينبغي أن نفرق بين الضمان العام والضمان الخاص.

٧- (أ) حق الضمان العام وحق الدائنية؛

في الواقع أن حق الضمان ينشأ بمجرد الالتزام ودون حاجة إلى أى إجراء شكلى آخر. ويترتب على ذلك أن حق الضمان العام لا يتجسد في الواقع إلا إذا لجأ الدائن إلى التنفيذ الجبرى على أموال مدينه^(١). فحق الضمان العام ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسؤولية الشخصية غير المحددة التي تقع على عاتق المدين، أى عن حق الدائن في اقتضاء حقه جبراً من المدين بالتنفيذ على أمواله.

ونتيجة لهذا الارتباط الدقيق بين حق الضمان العام وحق الدائنية فقد يبدو لأول وهلة أن حق الضمان ليس إلا جزء من حق الدائنية، أو أنه داخلاً في تكوينه، ولذلك فإن التنفيذ الجبرى الذى يركز عليه حق الضمان العام وكذلك التنفيذ الاختيارى ليسا إلا مرحلتين لنفس الشيء.

هذا النظر لا يستقيم بطبيعة الحال إلا إذا ترتب على حق الضمان العام تنفيذ عين الالتزام والذى هو مصدر له على اعتبار أن حق الضمان ليس إلا جزءاً من هذا الالتزام. ولكن في الواقع، الأمر على خلاف ذلك، فحق الضمان العام ليس إلا نتيجة لحق الدائنية، فهو ينشأ عنه، ولكن لا يختلط به، لأن ما يعطيه للدائن ليس دائماً ما كان ينتظره من أداء معين، لكن يعطيه في بعض الأحيان مقابلاً مالياً لهذا الأداء. حتى في حالة ما إذا كان محل التزام الدائن مبلغاً من النقود فإن ما يحصل عليه الدائن، عند عدم تنفيذ المدين التزامه طوعاً واختياراً وقيام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين بمقتضى حقه في الضمان العام، لا يتطابق مع ما كان ينتظره من التزامه وخاصة في حالة إذا ما زاحمه في هذا التنفيذ باقى الدائنين.

G.MARTY, et P. RAYNAUD, Loc. cit., No. 681

(١)

فحق الضمان العام لا يخول للدائن الا الحصول من أموال مدينه، على قيمة معادلة للفائدة التي كان يمثلها له تنفيذ الاداء الذى كان ينتظره وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين ما للدائن من حق فى أداء معين وحقه فى الرجوع على ذمة مدينه ليحصل على مقابل مالى لهذا الأداء . فحق الدائن فى أداء معين يجب ألا يختلط بالوسيلة القانونية التي وضعت تحت تصرفه لادراك هذا الحق وحمايته، فحق الضمان العام تابع لحق الدائنية ويكون فى النهاية ضامنا لهذا الحق . وعلى ذلك فاذا كان حق الضمان العام يشكل ضمانا بالنسبة لحق الدائنية، فانه ينبغى ألا نخلط بينه وبين التأمين انخاص بالمعنى الدقيق .

٨- (ب) الضمان العام والضامن الخاص:

الضمان الخاص أو التأمين الخاص ينقسم إلى تأمين شخصى وتأمين عينى . فى التأمين الشخصى يظل الدائن دائنا عاديا ولكن هذا التأمين يترجم فى الواقع بضم مدين أو أكثر إلى المدين الذى يريد ضمان دينه فيكون أمام الدائن مدينين أو أكثر بدلا من مدين واحد، وحقه فى الضمان العام بمتد بذلك إلى ثمتين فأكثر^(١) .

أما التأمين العينى بالمعنى الدقيق فهو التأمين الذى يكفل للدائن الوصول إلى حقه كاملا عن طريق تخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال المدين للوفاء بحقه^(٢) . قوام الخصوصية فى التأمين الشخصى هو أن للدائن العادى أن يرجع على الضمان العام لأكثر من مدين حتى يستوفى حقه . ولذلك فان المقارنة يجب أن تنعقد بين الضمان العام والتأمين العينى .

فى الضمان العام كما رأينا فان مجموع أموال المدين هى التى تكون هذا الضمان، ويتعلق بهذا المجموع حقوق جميع الدائنين على قدم المساواة . وذلك بخلاف الأمر فى التأمين العينى الذى يتعلق بمال أو أموال معينة بالذات . بالإضافة إلى ذلك انه فى بعض الأحيان يترتب على التأمين العينى

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., T.III. Vol. I, No 536

(٢) شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العنى، الطبعة الثانية، ١٩٥٣، ص ٦ .

حيارة الدائن للمال المخصص لضمان دينه وبالتالي خروجه من الضمان العام، وذلك بعكس الحال فى حق الضمان العام الذى لا يترتب عليه أى حيازة لأى مال من أموال المدين، ويترتب على ذلك أن للمدين سلطة التصرف فى أمواله طالما أن التنفيذ لم يباشر على هذه الأموال^(١).

على العكس من حق الضمان العام فإن التأمين العينى يعد حقا عينيا تبعيا. وبناء على ذلك فإن للدائن صاحب التأمين العينى أن يتمتع بكل خصائص الحق العينى التبعى. أى يكون له حق التقدم على سائر الدائنين عند توزيع ثمن العين المببيعة، كما له حق تتبع العين فى أى يد تكون ليباشر عليها حقه فى الأفضلية أو التقدم. بينما اعطاء حق التتبع للدائن العادى نتيجة لحقه فى الضمان العام غير متصور، لأن ذلك سيؤدى إلى شل المعاملات والتجارة. حيث أن أموال المدين التى تكون موجودة فى ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستجمد بين يديه نتيجة لاستعمال حق التتبع. هذا يؤدى بطبيعة الحال إلى نزع كل ثقة واثتمان عن المدين وبالتالي إلى حرمانه من حريته فى التصرف بل ومن أهليته^(٢).

وبالنسبة لحق التقدم فإن الدائن العادى السابق لا يتمتع بأى أفضلية عن الدائن اللاحق وإنما الكل يتزاحم على ثمن بيع أمال المدين بما يتضمنه ذلك من خطر عدم استيفائهم لحقهم كاملا إذا كانت قيمة الأموال المباعة لا تكفى لسداد كل ديونهم. أما بالنسبة للدائن الممتاز أى المزود بتأمين عينى، فإنه غالبا ما يحتاط لذلك ويأخذ حق عينى على مال قيمته تفوق قيمة دينه حتى إذا ما بيع هذا المال يستطيع استيفاء حقه كاملا وبسهولة وبالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة.

حق الضمان العام يعبر أذن عن علاقة حق شخصى وليست علاقة حق عينى - لأنه إذا كان للدائن العادى حق على ذمة مدينه، أى على مجموع أمواله، فإنه فى الواقع حق على الذمة المالية باعتبارها تعبير عن الامتداد

A.WEILL, op.cit., Les obligations, No. 822

(١)

B.STARCK, op.cit. Introduction, No. 180

(٢)

المالى للشخص، اذن فهو حق فى مواجهة الشخص نفسه . وبناء على ذلك فان الضمان العام يترجم إلى فكرة الائتمان الشخصى وذلك بالمقابلة بالائتمان العينى .

حق الضمان العام يلعب دوره بصورة واضحة عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته وخاصة التى كانت تتضمن آجالا معينة، أى التى تتضمن ائتمانا معينا، وهذا هو مايعبر عنه بالائتمان الشخصى، لأن ليس هناك ضمان لهذه الالتزامات الا شخص المدين ودمته دون تخصيص مالى معين لضمان الدين كما هو الامر بالنسبة للائتمان العينى، بينما فى الائتمان العينى نجد أن صاحب رأس المال يبحث دائما عند توظيف رأسماله عن عناصر ثروة فى ذمة مدينه وعن ترتيب الحقوق العينية التبعية حتى يتسنى له بسهولة ضمان تنفيذ التزامه بطريقة خاصة فعالة ومباشرة . بالمقابلة لذلك نجد فى الائتمان الشخصى أن تعامل الدائن يقع فى اطار النشاط الاقتصادى للمدين بصفة عامة، أى أنه يقنع فى تعامله بالامكانيات التى تتيحها له مهنة المدين، كما أنه يقنع بالأنظمة القانونية العامة والمخصصة لضمان تنفيذ التزاماته على المدين^(١) .

وبالرغم من هذا الطابع الشخصى لحق الضمان العام فانه فى الواقع يترجم إلى سلطة للدائن على أموال مدينه^(٢) . وهذا مادعا البعض إلى القول بأن حق الضمان حق عينى^(٣) . وحجتهم فى ذلك أن حق الضمان العام يخول للدائن سلطة ممارسة بعض المميزات والخصائص التى يتيحها حق المدين على محتوى هذا الضمان . فإذا كان الأمر يتعلق بأشياء يملكها المدين

QUINCARLET, La notion de gage en droit français, Thèse Bordeaux 1937, (١) pp. 7 et 8;

De LESTAPIS, La notion juridique de crédit, Thèse Bordeaux, 1940, p.2

G.MARTY et P.RAYNAUD. op.cit., T. II, Vol. I, No. 681 (٢)

A.WEILL, op.cit., Les obligations, No. 821

J.DERRUPPE. La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction (٣) des droits réels et des droits de créance, Toulouse. 1952, No. 339 et s

فانه بمقتضى حق الضمان العام يستطيع الدائن أن ينصرف فى هذه الأشياء وذلك عن طريق بيعها والحصول على مقابل مالى . فسلطة التصرف هذه ليست الا احدى المميزات والخصائص المكونة لمضمون حق الملكية وهى كسلطة التصرف المخولة للمالك . وبناء على ذلك فان سلطة التصرف المخولة للدائن تتحلل فى النهاية إلى سلطة على شىء مادى، يعنى إلى حق عيني^(١) .

ويكفينا القول هنا أن هذا الرأى وجه المجاز فيه واضح، وهو يلجأ إلى التشابه الظاهرى بين ما للدائن على أموال مدينه من حق الضمان العام وبين ما للمدين من سلطة مباشرة على هذه الأموال -بالإضافة إلى ذلك فإن حق الضمان العام لا يخول للدائن أى حق عيني على أموال المدين، بدليل انه ليس للدائن العادى أى أفضلية عند مزاحمة باقى الدائنين له، ولا يستطيع أن يتتبع أى مال يخرج من الضمان العام إذا ما تصرف فيه المدين، وذلك بخلاف الحق العيني الذى يخول هاتين الخصيصتين للدائن^(٢) . ولذلك فانه لا يمكن قبول هذا التصوير الا اذا غيرنا فى الفكرة التقليدية للحق العيني^(٣) .

٩- (٢) الضمان الخاص بالمعنى الدقيق ودورة الائتماني والتأميني:

إذا كان المشرع قد أحاط الدائن العادى بنوع من الحماية باقراره نظام الضمان العام واعطائه من الوسائل ما يكفل المحافظة عليه، الا أنه مع ذلك لا يحقق للدائن الضمان الكافى لاستيفاء حقه، كما أنه غالبا ما يعجز هذا الدائن عن الحصول على تأمين عيني أو شخصى ليسد هذا القصور . كل هذا أدى إلى التجاء الدائن إلى الوسائل الاتفاقية ليحقق لنفسه نوعا من الضمان، ومن أمثلة ذلك الشرط المانع من التصرف، البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن، أو الايجار السائر للبيع، وكذلك كان بيع الوفاء فى ظل التقنين المدنى القديم^(٤) .

وكما هو واضح فان هذه القواعد القانونية العامة وكذلك الاتفاقات

(١) J.DERRUPPE, Loc. cit., No 342

(٢) أنظر أيضا: شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٥٩ .

(٣) G.MARTY et P.RAYNAUD, Loc. cit., No.681

رقارن: شمس الوكيل فقرة ٢٥ وما بعدها، ص ٥٦ وما بعدها .

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه، السابق الاشارة إليه، ص ١٦١، وما بعدها .

الخاصة لاتحيط الدائن الا ببعض الحماية، فلا تقيه من كل خطر، بل هو يظل مهددا دائما باعسار مدينه، وبالتالي عدم تمكنه من استيفاء حقه كاملا^(١) ولذلك كان من الطبيعي أن يوفر القانون للدائن الوسائل القانونية والفنية الكفيلة لضمان حقه ولذره هذه المخاطر أو على الأقل جعلها أبعد احتمالا. هذه الوسائل القانونية هي ما يسمى بالضمان "Les garanties" ويلفظ أكثر شيوعا بالتأمينات "Les sûretés".^(٢)

هذا الضمان يؤمن الدائن ضد خطر الاعسار المحتمل لمدينه^(٣)، وبالتالي يضمن له استيفاء حقه كاملا. كما أن هذا الضمان لا يتقرر لكل الدائنين، فهو ليس عاما لجميعهم، ولكن خاص ببعضهم، ويترتب عليه التمييز بين الدائنين، بخلاف القاعدة العامة التي تقرر المساواة بينهم. ومصدر هذا الضمان اما العقد واما نص القانون واما حكم صادر من القضاء^(٤).

والتأمينات الخاصة التي تقرر للدائن انما تأتي زيادة عماله أصلا من حق الضمان العام المقرر له بالنسبة إلى جميع أموال مدينه. ولهذا فالدائن الذي تقرر له تأمين خاص على مال من أموال المدين لا يفقد حقه الأصلي في التنفيذ على أموال المدين الأخرى باعتبارها داخلة في نطاق الضمان العام المقرر له، شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين وكل ما هناك سوف يتعرض لمزاحمتهم^(٥).

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., t. III, Vol. I, p.7

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري، التأمينات الشخصية وإعينية، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص ١٨. أنظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماة، المابق الإشارة إليه، ص ١٤، وما بعدها.

(٣) A.WEILL, op. cit., Les sûretés, la publicité foncière, Précis Dal-loz 1979, p.5.

(٤) شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٣٤، عبد الفتاح الباقي، المرجع السابق، ص ١٩، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٥) عبد المنعم البدرأوى، التأمينات العينية، ١، فقرة ٤، ص ٥ وما بعدها.

BEUDANT et LEREBOURS - PIGENNIERE, Cours de Droit civil français
T. XIII, par. P.VOIRIN, no.2

كما أن تخصيص مال معين لضمان الوفاء بحق أحد الدائنين لا يسلب حقوق الدائنين الآخرين على هذا المال، بل يظل عنصرا من عناصر الضمان العام، وبالتالي يجوز لكل دائن أن ينفذ عليه، كل ما في الأمر أن الدائن المزود بتأمين عيني على هذا المال يستوفي حقه مقدما على غيره، وليس أمام الدائن العادي سوى أن يقنع بما يتبقى له بعد ذلك^(١).

١٠- (أ) نوعا هذا الضمان: التأمينات الشخصية والعينية؛

فالضمان الخاص يشمل ما يسمى بالتأمين الشخصي وما يسمى بالتأمين العيني. ويكون التأمين شخصيا إذا التزم شخص آخر مع المدين بالوفاء بالدين فهنا نجد أن شخصا معينا يلعب دور التأمين^(٢)، بأن يضم ذمته إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين^(٣). فأساس التأمين الشخصي اذن تعدد المدينين فبدلا من أن يكون للدائن مدين واحد يكون له مدينون متعددون. ويأتي الضمان الخاص هنا من أن الدائن يباشر حق الضمان العام بالنسبة إلى مدينين متعددين، فإذا أعسر أحدهم كان له في يسار الآخرين ما يضمن له الوفاء بدينه^(٤). ويدخل في هذا النوع من التأمينات الشخصية: التضامن، وعدم قابلية الالتزام للانقسام، والاناة الناقصة، وقد سبق أن درسنا هذه الأنظمة القانونية في نظرية الالتزام. ولكن أهم صور هذه التأمينات هي الكفالة. وتدرس الكفالة عادة مع التأمينات العينية.

أما التأمين العيني فيتميز بتخصيص مال معين، أو مجموعة من الأموال، لضمان الوفاء بحق الدائن^(٥). ويكون هذا الضمان في صورة حق عيني على هذا المال، ويمقتضى هذا الحق يكون للدائن فضلا عن حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة تنصب على شيء معين تمكنه

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٢١، شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩، ص ٢٠.

(٣) G.MARTY et P.RAYNAUD. op.cit., t. III, Vol., I, no. 536; A.WEILL, op.cit., Les sûretés, p. 5.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٢١.

A.WEILL, loc. cit., p. 5

(٥)

من تتبع هذا الشيء فى أى يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفى دينه من ثمنه بالاولوية عن الدائنين الآخرين^(١).

وبالرغم من أن التأمينات العينية تفضل التأمينات الشخصية فى المجتمعات الحديثة، حيث أن فى التأمينات الشخصية لا ينتفى تماما خطر افسار المدينين الذين يضمنون دين الدائن، بينما فى التأمينات العينية يكاد يكون الدائن فى منأى عن كل خطر، حيث أن حقه يتعلق بمال معين وله حق تتبع هذا المال فى أى يد يكون ويحصل على حقه من ثمن بيعه بالأفضلية على الدائنين الآخرين. فاذا كان هناك احتمالا هلاك هذا المال فهو مع ذلك احتمال بعيد نسبيا، بالإضافة إلى ذلك أنه فى الغالب يكون مؤمنا على هذا المال، ويتعلق بالتالى حق الدائن بمبلغ التأمين أو بالتعويض، فإن فى المجتمعات البدائية أن الأمر كان يسير على العكس من ذلك^(٢) فالتأمينات الشخصية هى الأكثر شيوعا، بل ظلت فترة طويلة من الزمن الملجأ الوحيد لحصول المدين على الثقة والائتمان. وكان مرجع ذلك إلى عدم تطور الصياغة القانونية، حيث كان من الصعب تصور أن يرد حق عيني على شيء لضمان دين معين وذلك لعدم التوصل إلى التفرقة بين الشيء والحق العيني الوارد عليه، وكذلك إلى التفرقة بين الأنواع المختلفة للحقوق العينية، فمثلا ظل الخلط بين حق الارتفاق وحق الملكية مدة طويلة فى القانون الرومانى، ولذلك لم يصل القانون الرومانى إلى فكرة التأمين العيني الموجودة فى القوانين الحديثة الا بعد مروره بمراحل تطور طويلة^(٣).

G.MARTY et P.RAYNAUD, loc. cit., p.7

(١)

وعبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٢٢

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك

MAZEAUD, op.cit., t III, Vol. I, 5e édit, no. 6 p. 9 et s.

وأيضا شمس الوكيل، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها، السنهورى، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص ١١٣ وما بعدها.

MAZEDAUD, op.cit., t.III, vol. I, p.9

(٣)

١١ - (ب) أهمية الضمان الخاص:

أن قيمة أى التزام تعتمد فى المقام الأول على ما للدائن من ضمانات تسمح له باستيفاء حقه وتجنبه مخاطر اعسار مدينه . ويقدر ماتوافرت الثقة فى المدين بقدر مازاد الائتمان الذى يمكن أن يتحصل عليه من دائنيه . وعلى ذلك فاذا كان يسار المدين محل شك فان الدائن لايمكن أن يحول حقه الا بقيمة أقل من قيمته الاسمية، بل من الممكن جدا أن هذا الدين لايمثل أى قيمة اذا ما بلغ اعسار المدين حدا لايسمح بتغطية هذا الدين^(١) .

ومن هذا يتضح ماتمثلة التأمينات من فائدة كبيرة للمدين والدائن على حد سواء . فالضمان الخاص يؤمن الدائن ضد مخاطر اعسار مدينه المحتمل، ويمكنه بالتالى من استيفاء حقه كاملا . وهذا هو الدور التأمينى الذى يلعبه الضمان الخاص فى الحياة القانونية والاقتصادية، أما بالنسبة للدور الائتمانى للضمان الخاص فانه يتلخص فى أن المدين بتقديمه ضمانا عينيا أو شخصيا لدائنه يمنحه الثقة والامان مايجعله يرتضى له أجلا معين ما كان يرتضيه بدون هذا الضمان وتزداد مدة هذا الأجل أو تقل بحسب مايتمثله الضمان من قيمة للدائن . مايسمى بالأجل فى لغة القانون ماهو إلا الائتمان فى لغة الاقتصاد^(٢) .

والائتمان له أهمية خطيرة فى سير الحياة الاقتصادية للأفراد والجماعات على السواء، فقلما يعتمد التمويل الاقتصادى لمشروع ما على القدرة الذاتية لمن يقوم بهذا المشروع . بل الغالب أن يتم التمويل عن طريق الائتمان من الغير^(٣) .

(١) G.MARTY et P.RAYNAUD, op.cit., t III, Vol. I, no1, p.1

(٢) R.SAVATIER, La théorie des obligations, vision juridique et économique.

op.cit., no., 101, p. 142;

J.FLOUR, J.L.AUBERT, op.cit., no. 61, p. 41.

(٣) أنظر فى ذلك: زكريا أحمد نصر، الائتمان فى الرأسمالية والاشتراكية، ١٩٦٥، مشار اليه فى كتاب الدكتور سمير تناغو، السابق الاشارة اليه ص ٥ هامش ١ .

ولا يخف على أحد ما يمثلته التأمين والائتمان من أهمية قصوى في المجتمعات الحديثة. ومن أهم ما يثل نقطة الالتقاء بين نظام التأمين والائتمان في الوقت الحاضر، التأمينات العينية والشخصية،^(١).

١٢- (٤) خطة البحث:

ينقسم هذا البحث إلى كتابين، تخصص الكتاب الأول منهما لدراسة التأمينات العينية، والثاني لدراسة التأمينات الشخصية.

(١) أنظر في تفصيل ذلك أكثر، نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، ١٩٩١، ويصفه خاصة، ص ١٤٧ أو ما بعدها.

الكتاب الأول التأمينات العينية

١٣- تمهيد:

سبق أن رأينا أن المشرع ضمن حد أدنى من الحماية للدائنين، وذلك بتقرير نظام الضمان العام، أى أن أموال المدين ضامنة لديونه أو لالتزاماته، وأن جميع الدائنين متساوون أمام هذا الضمان العام. ورأينا أيضا أن المشرع قد وضع من الوسائل ما يكفل حماية هذا الضمان العام والمحافظة عليه. ووجدنا أن الدائن قد سعى إلى شروط اتفاقية أو اتفاقات خاصة ليكفل لنفسه نوعا من الضمان بالإضافة إلى هذا الضمان العام.

وقد اتضح لنا عجز كل هذه الوسائل عن تحقيق تأمين كاف ضد مخاطر اعسار المدين أو افلاسه. فانتقل الدائن إلى نظام التأمينات الشخصية، بأن يسعى إلى شخص آخر يلتزم مع المدين بالدين، كالمدين المتضامن، أو أن يلتزم عن المدين بالدين، كالكفيل كما سنرى فيما بعد. وفى كل هذه الأحوال لم يخرج الدائن عن مبدأ المساواة المقرر بين الدائنين، وكل ما حصل عليه هو ضم ذمة هؤلاء إلى ذمة المدين حتى يقلل من مخاطر الاعسار، وأن يجد فى يسار أحدهم ما يعوضه عن اعسار الآخر. ولذلك فإن هذه الوسائل تعدد الضمان العام ولكن لاتخص الدائن بميزة معينة ولاتجنبه كل خطر.

ويأتى بعد ذلك دور التأمين العينى، وهو عبارة عن تخصيص مال أو أكثر لضمان دين الدائن، وذلك بتقرير حق عينى على هذا المال أو هذه الأموال، وبذلك يكون له الأفضلية عن غيره فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لهذا المال أو هذه الأموال. وبذلك تكون قد خرجنا عن مبدأ المساواة بين الدائنين. وبالإضافة إلى ذلك يكون للدائن حق تتبع هذا المال أو هذه الأموال فى أى يد ليمارس حقه فى التقدم على غيره من الدائنين.

وعندما يتحصل الدائن على تأمين عيني، فإنه لا يفقد حقه الشخصي الأصيل على الضمان العام للمدين، وإنما يكون له علاوة على هذا الحق الأخير حق عيني تبعى على مال أو أموال معينة بالذات لضمان دين معين أو ديون معينة بالذات. وبذلك يكون للدائن صفتان: صفة باعباره صاحب حق شخصي على الضمان العام لمدينه، ويستطيع بمقتضى هذا الحق أن ينفذ على كل أمواله مدينه، ولكن يخضع عندئذ لمبدأ المساواة بين الدائنين. وصفة باعباره صاحب حق عيني على مال أو أموال معينة بالذات، ويستطيع بمقتضى هذا الحق أن ينفذ على هذه الأموال ويقتضى حقه بالأفضلية عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة. بل وله أن يتتبع هذا المال اذا ماخرج من ذمة المدين لينفذ عليه ويستوفى حقه بالأفضلية عن كل هؤلاء على المقابل النقدي.

وقد يكون محل هذا التأمين عقار أو منقول. وبالنسبة للتأمين الذى وعلى ذلك فإن الرهن الرسمى والرهن الحيازى مصدرهما الاتفاق. وحق الاختصاص مصدره حكم القضاء، وحق الامتياز مصدرها القانون.

وقد يكون محل هذا التأمين عقار أو منقول. وبالنسبة للتأمين الذى وعلى ذلك فإن الرهن الرسمى والرهن الحيازى مصدرهما الاتفاق. وحق الاختصاص مصدره حكم القضاء، وحق الامتياز مصدرها القانون.

وقد يكون محل هذا التأمين العيني عقار أو منقول. وبالنسبة للتأمين الذى يكون محله عقار الرهن الرسمى وحق الاختصاص. وبالنسبة للتأمين الذى يكون محله عقارا أو منقول رهن الحيازة وحق الامتياز.

وبعض هذه التأمينات قد يقتضى نقل حيازة العقار أو المنقول الذى تقرر عليه الحق العيني للدائن وبعضها لا يقتضى ذلك. ومن أمثلة التأمينات التى تقتضى نقل حيازة العقار أو المنقول الذى تقرر عليه الحق العيني للدائن الرهن الحيازى.

وانحقوق العينية التبعية فى القانون المدنى المصرى هى الرهن الرسمى

(من المادة ١٠٣٠ إلى ١٠٨٤)، وحق الاختصاص (من المادة ١٠٨٥ إلى ١٠٩٥) والرهن الحيازي (من المادة ١٠٩٦ إلى ١١٢٩) وحقوق الامتياز (من المادة ١١٣٠ إلى ١١٤٩) وبالنسبة لحقوق الامتياز فهناك قوانين أخرى. بالإضافة إلى القانون المدني تقرر مثل هذه الحقوق^(١).

وسوف ندرس هذه التأمينات وفقا لنفس هذا الترتيب. وعلى ذلك سيكون موضوع الكتاب الثاني على النحو التالي:

الباب الأول: الرهن الرسمي.

الباب الثاني: حق الاختصاص.

الباب الثالث: الرهن الحيازي.

الباب الرابع: حقوق الامتياز.

(١) أنظر أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الرهن الرسمي، ١٩٧٠ فقرة ١١ ص ٥١، وهو يرى أن هذه التأمينات ليست على سبيل الحصر، ولكن هناك تأمينات أخرى وردت في مواضع أخرى، أنظر على سبيل المثال المادة ٨٩٥ مدني، وقاعدة الا نركه الا بعد سداد الديون، ص ٥٢، ٥٣.

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	100
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	100

الباب الأول

الرهن الرسمي

تمهيد:

١٤- تعريف الرهن الرسمي:

قد أورد المشرع تعريفا للرهن الرسمي فى المادة ١٠٣٠ من التقنين المدنى. وقد نصت هذه المادة على أن «الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص للوفاء بدينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون».

ويستفاد من هذا التعريف أن المشرع قد أطلق اصطلاح «الرهن الرسمي» على العقد الذى ينشأ الحق العينى التبعى لمصلحة الدائن. ومع ذلك فإن الفقه يسلم بأن اصطلاح الرهن الرسمي ممكن أن يطلق أيضا على الحق العينى التبعى الناشئ من هذا العقد. وقد أكدت ذلك المعنى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بقولها بأن «يطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العينى الذى ينشأه هذا العقد، فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن»^(١). ويستوى أن يكون مالك المال المحمل بالحق العينى هو المدين أو غيره، أى الكفيل العينى.

وقد بين هذا التعريف مضمون هذا الحق، وذلك بالتركيز على الميزة الأولى التى يربتها هذا الحق، وهى الأفضلية التى يخولها الحق العينى التبعى للدائن صاحب هذا الحق على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة. وقد بين المشرع أن مباشرة هذه الأفضلية يكون على ثمن العقار، ومما هو جدير بالذكر بأن تحديد ما يرد عليه التقدم بأنه الثمن يعد تحديدا قاصرا يحول دون الرهن وتأدية وظيفته. وذلك لأن المشرع يفترض هنا أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١١٦.

الطريق الطبيعي والوحيد هو التنفيذ على هذا العقار ثم بيعه ومباشرة التقدم على الثمن الناتج عن هذا البيع. مع أنه قد يحدث أن العقار الذى تقرر عليه الرهن يهلك أو يتلف، ونتيجة لذلك قد يستحق الراهن مبلغاً من التعويض الذى يدفعه المسئول عن الهلاك والتلف، أو أن يتقاضى مبلغ من التأمين فى حالة ما إذا كان هناك تأمين على هذا العقار، ومن المسلم به أنه فى جميع هذه الحالات الرهن يرد على مبلغ التعويض أو التأمين. فكان الأولى بالمشرع أن ينص على أن الدائن المرتهن يباشر حقه فى الأفضلية على ثمن العقار المرهون أو المقابل النقدي لهذا العقار كما نص على ذلك فى المادة ١٠٥٦ مدنى «يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذى حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم»^(١).

وقد ختم المشرع المادة ١٠٣٠ بنصه على أن الدائن المرتهن يستوفى حقه «من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون». وبذلك يتضح أن الميزة الثانية التى يخولها الحق العيني التبعى الناشئ عن الرهن الرسمى هو تتبع العقار فى أى يد يكون والتنفيذ عليه ومباشرة حقه فى الأفضلية فى مواجهة من انتقلت اليه ملكيته^(٢).

١٥- خصائص الرهن الرسمى:

يمكننا أن نجمل خصائص حق الرهن الرسمى فى أربع، فهو حق عيني تبعى عقارى لا يتجزأ.

١- الرهن حق عيني. فهو يتميز بكل ما تتميز به الحقوق العينية، فهو يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشئ موضوع الحق يستعملها دون وساطة شخص آخر. وهذه السلطة، على خلاف الحقوق العينية الأصلية،

(١) أنظر شمس الوكيل المرجع السابق فقرة ٣٠ ص ٦٧، منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية ١٩٦٣، فقرة ص ٧.

(٢) السهورى، المرجع السابق، ص ١٢٦، ص ٦٩، محمود جمال الدين زكى المرجع السابق، فقرة ٧ قارن سميح تناغو المرجع السابق فقرة ٥٩.

لاتخول للدائن حقاً في استعمال الشيء أو استغلاله . وإنما تخول له فقط استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة - كما له أن يباشر هذه الأفضلية حتى ولو كان هذا العقار قد انتقلت ملكيته من الراهن إلى الغير لأن هذا الحق له حجيته في مواجهة الجميع، وهذه الحجية تتجسد في ميزة التتبع المقررة للدائن بشرط أن يكون مشهراً، أى مقيداً^(١).

٢- الرهن حق عيني تبعي، فهو تابع لغيره، لا ينشأ إلا تبعاً لحق أصلي، يقوم على ضمان الوفاء به. وهذه التبعية تسيطر على أحكام للرهن الرسمي. وذلك لأن الرهن يتبع الحق الأصلي المضمون في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه. فالرهن الذي تتوافر له مقومات الوجود والصحة لا يمكن أن يقوم إذا كان الحق المضمون باطلاً أو قابل للإبطال وحكم بإبطاله، وزوال هذا الحق يستتبع بالحتم زوال حق الرهن. كما أنه إذا كان الحق المضمون موجود ثم انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء فإن ذلك يستتبع انقضاء الرهن الرسمي بالتبعية له (أنظر المادة ١٠٤٢ والمادة ١٠٨٢ مدني)^(٢).

٣- الرهن حق عيني تبعي لا يرد إلا على عقار، الأصل أن الرهن حق عيني تبعي لا يرد إلا على عقار، وبالتالي فإنه لا يرد على المنقولات. ولكن قد ترد على هذا الأصل استثناءات تقتضيها الطبيعة الخاصة لبعض المنقولات. وذلك لأن هذه الطبيعة الخاصة تسمح بإمكانية شهر الحقوق العينية على هذه المنقولات وبالتالي اعلان وإعلام الغير بوجود مثل هذه الحقوق فيتحقق بذلك العلانية المطلوبة. ومن أمثلة هذه المنقولات السفن

(١) A. WEILL, op.cit., no. 267, p. 243 et 244. Mazeaud, op.cit., no 232, p. 241

وعبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨١ ص ٢٨٥.

(٢) انظر في ذلك وفي خروج المشرع عن مبدأ التبعية في بعض الدول

A. WEILL, op.cit., No. 268 P. 244 et 245. Mazeaud, op.cit., No 236, p. 243

ومحمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٨٢ ص ١٦٣، ١٦٤، وشمس الركيل، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٧٦، ٧٧.

A. WEILL, op.cit., No. 269 p. 246

والمحل التجارى، والطائرات، من الممكن فى المستقبل أن تكون مركبات الفضاء أيضا محلا للرهن الرسمية. والحكمة من استبعاد المنقولات الأخرى هى عدم امكانية اتباع قواعد الشهر المقررة بصدد العقارات، ولذلك فإن هذه المنقولات يسهل تهريبها أو اخفائها مما يعرض حق الدائن والغير للخطر. ولذلك قد قام نظام نقل الحيازة فى المنقول حتى تقوم مقام اجراءات الشهر ويتحقق بذلك الأمن والضمان للدائن وللغير. ويكون بذلك رهنا حيازيا لارسميا^(١).

٤- الرهن حق عينى تبعى عقارى غير قابل للتجزئة، ويقصد بمبدأ عدم التجزئة أن الرهن يثقل العقار بأكمله لضمان الوفاء بالدين كله، وقد أكد المشرع هذا المعنى بنصه فى المادة ١٠٤١ على أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك. وعلى ذلك فإن هذه المادة فى شقها الأول تتكلم عن العقار المرهون باعتبار أن كل جزء منه يضمن الدين كله. فاذا كان هناك عدة عقارات ضامنة للوفاء بالدين للدائن فإن لهذا الأخير الحق فى أن ينفذ بحقه كاملا على أى منها. ولا يمكن أن يجبره أحد على أن يتنازل عن هذا الحق وأن ينفذ على أحدها بالذات. ومبدأ عدم التجزئة نافذا أيضا فى مواجهة الغير الذى تنتقل له ملكية العقار أو أحد العقارات المرهونة لضمان الدين، وذلك بأن يستطيع الدائن أن ينفذ على هذا العقار المبيع تحت يد المشتري ولا يستطيع هذا الأخير أن يعارض الدائن فى ذلك أو أن يجبره على قبول جزء من الدين مقابل العقار بالنسبة إلى جملة العقارات المرهونة.

وتتكلم المادة ١٠٤١ مدنى فى شقها الثانى على أن كل جزء من الدين

(١) يرى بعض الفقهاء أن هذه الخصيصة ليست جوهرية فى الرهن، أنظر أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٦٥.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك السهوى، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ٢٧٤
A. WEILL. op.cit., No. 270, p. 247, Mazeaud. op.cit., No. 243 p. 250 et 251.

المضمون يعتبر مضموناً بالعقار أو هذه العقارات المرهونة كلها. فإذا أوفى المدين بجزء من الدين فإن هذا العقار أو هذه العقارات المرهونة لا تتحرر بنسبة، ما أوفى، بل تظل جميعاً ضامنة لما بقي من الدين المضمون دون وفاء^(١).

ومع ذلك فإن مبدأ عدم تجزئة الرهن لا يتعلق بالنظام العام. ولذلك يجوز الاتفاق على خلافه، كما يجوز المشرع أن يخرج عليه بنص خاص فى القانون. وهذا ما أكدته المادة ١٠٤١ مدنى فبعد أن قررت مبدأ عدم تجزئة الرهن نصت على أنه «... مالم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك»^(١).

١٦- خطة البحث:

وستكون خطة دراستنا على النحو التالى: فى فصل أول نتكلم عن إنشاء الرهن، ونعرض فى هذا الفصل للشروط الموضوعية والشروط الشكلية اللازمة لقيام الرهن، وفى فصل ثان ندرس آثار الرهن الرسمى سواء فيما بين المتعاقدين أو فى مواجهة الغير، ونختم هذه الدراسة بفصل ثالث سنتناول فيه أسباب انقضاء الرهن الرسمى.

(١) أنظر محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٨٥، ص ١٦٦، ١٦٧، عبد المنعم البدرأوى، التأمينات العينية، فقرة ٨ ص ١٣، ١٤، وخاصة هامش ١، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٧٨ هامش ١، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٨٠ ص ٢٨٦ وما بعدها، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٦٤ وما بعدها. وأنظر أيضاً نقض ١١ يوليو ١٩٧٢، مجموعة قضاء النقض، السنة ٢٤ رقم ٧٥ ص ١٠٥٠.

الفصل الأول

انشاء الرهن

١٧ - تقديم وتقسيم:

سوف نتناول في هذا الفصل دراسة الشروط الموضوعية، سواء كانت عامة أو خاصة بالرهن في مبحث أول، ثم الشروط الشكلية اللازمة لانعقاد الرهن في مبحث ثان.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية لانعقاد وصحة الرهن

وندرس في هذا المبحث الشروط العامة من حيث الرضا والأهلية، ثم بعد ذلك ندرس الشروط الخاصة والمتعلقة بالدين المضمون والشيء المرهون ومشتملات الرهن.

المطلب الأول

الشروط العامة

ونقصد بالشروط العامة، تلك الشروط الواجب توافرها في كل عقد رهنى تتعلق بالرضا والأهلية. وبالنسبة للسبب فانه ليس هناك ما يخص الرهن الرسمى، بل أنه يخضع للقواعد العامة.

أولا - الرضا

وسوف نتكلم هنا عن التعبير عن الإرادة وشروط صحة هذه الإرادة.

١٨ - (١) التعبير عن الإرادة:

يتحقق الرضا بمجرد أن يتبادل طرفا العقد، مع مراعاة الرسمية، التعبير عن ارادتين متطابقتين. وطرفا عقد الرهن الرسمى هما الدائن المرتهن والراهن. وفي الغالب أن يكون الراهن هو المدين، ولكن ليس هناك ثمة ما يمنع من أن يكون الراهن شخصا آخر غير المدين. ويقوم هذا الشخص

بتقرير رهنا رسميا على عقار مملوك له ضمانا للوفاء بدين على غيره، وهذا هو الكفيل العيني. وقد أكد المشرع هذا المعنى في المادة ١٠٣٢/١ وذلك بنصه على أنه «يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين».

وطبقا للقواعد العامة قد يصدر التعبير عن الإرادة من طرفي العقد أو ممن ينوب عنهما قانونا أو اتفاقا - وعلى ذلك فإنه يجوز أن يوكل الراهن عنه شخصا في إبرام عقد الرهن، ويشترط حتى تكون هذه الوكالة صحيحة أن تكون وكالة خاصة بإبرام الرهن وأن يتوافر فيها الرسمية وذلك طبقا لنص المادة ٧٠٢/١، والمادة ٧٠٠ مدني. فحقت نصت المادة ٧٠٢/١ مدني على أنه «لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء».

كما نصت المادة ٧٠٠ مدني على أنه «يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك، أما بالنسبة للدائن المرتهن فإنه يمكن أيضا أن يوكل غيره في قبول الرهن الرسمي وفي هذه الحالة يكفي أن تكون الوكالة عامة ولا يشترط الوكالة الخاصة. وسوف نعود لدراسة هذه المسألة عند الكلام عن أثر اشتراط الرسمية في عقد الرهن الرسمي».

أما بالنسبة للنيابة القانونية، فإنه لايجوز للولي أو الوصي التصرف في عقار ناقص الأهلية إلا بإذن من المحكمة - وحيث أن الرهن عمل من أعمال التصرف فإنه لايجوز لهما رهن العقار إلا بإذن من المحكمة. ويستثنى من ذلك الأب، حيث أنه يجوز له التصرف في عقار القاصر إذا لم تتجاوز قيمته ثلثمائة جنيه، أو إذا كان العقار قد آل إلى الولد عن طريق التبرع من أبيه دون استئذان المحكمة. أما بالنسبة للارتهان، فإنه يعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضاً بالنسبة للمرتهن، وعلى ذلك فإنه يجوز

للولى أو للوصى الارتهان لصالح من هو مشمول برعايتهما دون اذن من المحكمة.

١٩- (٢) شروط صحة الارادة:

يجب أن تكون الارادة الصادرة من طرفى العقد صحيحة. بمعنى أن تكون خالية من عيوب الارادة. وهذه العيوب كما هو معروف طبقا للقواعد العامة، هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

وبالنسبة لأكثر هذه العيوب احتمالا هو الغلط، وطبقا للقواعد العامة فى الغلط يشترط لى يستطيع المتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يطلب ابطال العقد، أن يكون هذا المتعاقد قد وقع فى غلط جوهري، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدنى).

ويكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط (م ١/١٢١ مدنى). ومن المتصور أن يكون هذا الغلط الجوهري فى صفة للشئ بشرط أن تكون جوهريّة فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس للعقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية، أو فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته بشرط أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد (م ٢/١٢١ مدنى).

وسوف نرى أنه عندما يقوم أحد الشركاء على الشيوع برهن جزء مفرز من العقار الشائع فان للدائن المرتهن أن يطلب ابطال الرهن اذا كان يجهل أن الراهن لا يملك الجزء المرهون مفرزا، وذلك فى حالة اذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الراهن. وكذلك يطبق نفس الحكم فى حالة اذا مارهن أحد الشركاء على الشيوع العقار الشائع كله.

وتنطبق أيضا بالنسبة للتدليس فى صدد الرهن الاحكام العامة. وهى

التي تتطلب في الحيل التدليسية التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه أن تكون من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد (م ١/١٢٥) وإذا كانت هذه الحيل صادرة من غير المتعاقدين فيجب على المتعاقد المدلس عليه إذا أراد إبطال العقد، أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦ مدنى).

وينطبق أيضا القواعد العامة المتعلقة بالاكراه والمنصوص عليها في المواد من ١٢٧ مدنى إلى ١٢٨ مدنى، وكذلك تنطبق القواعد الخاصة بالاستغلال المنصوص عليها في المادة ١٢٩ والمادة ١٣٠ مدنى.

وعلى ذلك إذا كان الرضا قد صدر ممن يملكه وكان خاليا من العيوب فانه يجب أن يصدر ممن هو أهلا له، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانيا - الأهلية

ويلزم أيضا لصحة عقد الرهن أن يصدر من شخص أهلا لمباشرته، ولذلك يجب أن نعرف ماهى الأهلية اللازمة حتى يكون الرهن صحيحا من جانب كل من الراهن والدائن المرتهن.

٢٠-(١) أهلية الرهن:

حيث أن الرهن عقد ملزم لجانب واحد، وهو الراهن، وحيث أن هذا الراهن يقدم على تصرف خطير، وهو تقرير حق عيني على مال من أماله. فلذلك قد قرر المشرع أن الرهن لا ينعقد الا إذا كان بورقة رسمية (م ١/١٠٣٨ مدنى). فقد استلزم المشرع أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه (م ٢/١٠٣٢ مدنى) سواء كان هذا الراهن هو نفس المدين أو كان شخص آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين (م ١/١٠٣٢).

وعلى ذلك فان الرهن الرسمى يعتبر بالنسبة للراهن من أعمال التصرف لا من أعمال الادارة، لأنه وان كان لا يترتب عليه خروج العقار المرهون من

ذمة الراهن الا أنه يثقل هذا العقار بحث عيني تبعى يقلل من صلاحيته باعتباره عنصرا من عناصر الائتمان التى يعول عليه المدين فى الافتراض مرة أخرى مما يترتب عليه الحد من هذه القدرة . ولذلك يشترط فى تقرير هذا الحق أهلية التصرف فى العقار نفسه^(١) . لكن هل يشترط أهلية التصرف فى العقار بعوض أم أهلية التصرف فيه تبرعا؟ وعلى ذلك فيجب أن نفرق بين ما اذا كان المدين هو الذى قرر حق الرهن على مال مملوك له أم أن شخصا آخر قرر هذا الرهن على عقار مملوك له لضمان دين المدين .

بالنسبة للمدين الراهن يعتبر الرهن تصرفا من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك لأن المرتهن حين يرهن العقار فانه قد يتحصل على مد أجل الالتزام الذى تقرر الرهن لضمانه . وفى هذا النوع من التصرفات يستلزم كمال الأهلية . فيشترط لكى يكون الرهن صحيحا أن يصدر من كامل الأهلية . وعلى ذلك فاذا صدر الرهن من الصبى المميز أو من فى حكمه كان قابلا للإبطال .

أما بالنسبة للرهن الصادر من شخص غير المدين ، أى الكفيل العينى ، فانه يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضاً أو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحسب ما إذا كان قد رهن متبرعا أو تقاضى مقابلا ، فإذا كان قد قدم الكفيل العينى الرهن تبرعا للمدين ، ولم يحصل على أى مقابل ، فانه يلزم أن تتوافر فيه أهلية التبرع . أى أن يكون كامل الأهلية . وعلى ذلك فان رهن الصبى المميز ومن فى حكمه يكون باطلا بطلانا مطلقا . أما إذا كان الكفيل العينى قد قدم الرهن بمقابل ، فانه فى هذه الحالة يكون الرهن من

(١) قارن منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، فقرة ٨ ص ٢١ ، وعبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ ص ٢٩٥ وعبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرة ١٢ ص ١٧ ، السنهورى ، المرجع السابق فقرة ١٣١ ص ٢٩١ .

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويكون رهن الصبى المميز ومن فى حكمه قابلاً للإبطال وليس باطلاً^(١).

٢١- (٢) أهلية الدائن المرتهن:

أن الرهن من التصرفات النافعة نفعاً محضاً بالنسبة للدائن المرتهن لأنه لا يلتزم بشيء. وعلى ذلك فإنه لا يلزم الا أهلية مباشرة هذه الأعمال. فيكفى إذن أن يكون مميزاً. ولهذا يعتبر عقد الرهن صحيحاً غير قابل للإبطال اذا عقده الصبى المميز أو من فى حكمه أى المحجور عليه للسفه أو لغفله^(٢).

ولكن هناك بالإضافة إلى هذه الشروط العامة، شروط خاصة بالرهن الرسمى، متعلقة بالدين المضمون وبالعقار المرهون، وهذا ما سنراه فى الفقرات التالية.

المطلب الثانى

الشروط الخاصة

ونقصد بهذه الشروط العناصر الهامة التى تحكم وجود وصحة الرهن وهذه الشروط تتعلق بالدين المضمون وبالعقار المرهون.

أولاً - الدين المضمون

يجب أن ندرس فى هذا الصدد مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون، ثم ندرس بعد ذلك الالتزامات التى يجوز ضمانها بالرهن.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٨٧، ص ٢٩٦، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ٢٣، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ١٢-١٧، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٢، ص ٢٩٢.

(٢) سليمان مرقس، التأمينات العينية فى القانون المدنى الجديد، فقرة ٢٣، ص ٣٢، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥، محمد على إمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٤٣، ص ٢٣٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٨ ص ٢٠، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ١٢ ص ١٦، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣١ ص ٢٩١، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٣ ص ٨٣، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٦١، وانظر عكس ذلك شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العينية، ١٩٥٣، فقرة ٧٩ ص ٧٣.

٢٢- (١) مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون:

قد سبق أن قلنا أن أهم ما يميز التأمينات الشخصية والعينية بصفة عامة هو تبعيتها للدين الذى تقوم على ضمان الوفاء به. وعقد الرهن لا يخرج عن هذا الأصل، فهو تابع للالتزام الأسمى فى وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه. وهو يقوم ويرتكز على وجود التزام صحيح، فإذا ما اعتري هذا الالتزام سببا من أسباب البطلان واعتبر كأن لم يكن فإن نفس الحكم يمتد إلى الرهن، وكذلك إذا انقضى الالتزام الأسمى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام بصفة عامة، فإن الرهن يلقى نفس المصير.

وتبعية الرهن للدين المضمون فى الوجود والانقضاء والصحة والبطلان يصدق حتى ولو كان الذى قد قدم الرهن شخص آخر غير المدين، أى الكفيل العينى. ولذلك فإن لهذا الأخير أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين، حتى ولو لم يتمسك بها المدين أو يكون قد تنازل عنها. كما أن للكفيل العينى أن يتمسك بالأوجه الخاصة به.

وقد كان المشرع حريصا كل الحرص على تأكيد هذا المبدأ. فقد نص فى المادة ١٠٤٢ مدنى على أنه «لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تلعبا له فى صحته وفى انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك». وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين.

ونخلص مما سبق أنه يشترط أن يكون الدين المضمون موجودا أو قابلا للوجود: فإذا كان الدين المضمون غير موجود ولا يمكن أن يوجد فى المستقبل فإن الرهن يكون باطلا. وإذا وجد الدين ولكنه قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء، أو المقاصة، وقت عقد الرهن، فإنه لا يمكن أن يقوم هذا الرهن، ويعتبر كأن لم يكن.

كما يشترط أن يكون الدين المضمون صحيحا، فإذا كان هذا الدين قد

نشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقا، أو عقدا صوريا صورية مطلقة، أو كان قابل
للإبطال وحكم بإبطاله بناء على طلب صاحب المصلحة في ذلك. فإن
الرهن يبطل بالتبعية لبطلان الالتزام الأصلي.

٢٣- (٢) الالتزامات التي يجوز ضمانها بالرهن:

كل التزام صحيح يمكن أن يضمه الرهن، أيا كان مصدره سواء كان
عقدا أو فعل ضار أو فعل نافع أو نص في القانون، وأيا كان محله، سواء كان
التزام بعمل أو بامتناع عن عمل، أو التزام باعطاء شيء..

وقد يكون الالتزام المضمون منجزا، أو مضاف إلى أجل، فاسخ أو واقف.
ويمكن أن يكون التزام بات، أو التزام معلق على شرط، فاسخ أو واقف. وقد
يكون الالتزام المضمون حالا أو مستقبلا، محددا أو غير محدد ويشترط في
كل هذه الأحوال أن يخصص الدين المضمون كما سوف نرى في مبدأ
التخصيص.

ويمكن أن نعرض بشيء من التفصيل لبعض هذه الالتزامات، حتى
يمكننا أن نقف على الحكم الذي استقر عليه الفقه والقضاء، لأنها تثير بعض
الخلافا.

٢٤- (أ) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام القابل للإبطال:

الالتزام القابل للإبطال هو التزام موجود منتج لاثارة إلى أن يحكم
بإبطاله. وعلى ذلك فإنه يمكن أن يقوم رهن على ضمان مثل هذا الالتزام،
كل ما في الأمر أن مصير هذا الرهن سيكون مرتبط بمصير الالتزام الأصلي.
فإذا بقي دون أن يطلب صاحب المصلحة إبطاله فإن الرهن يظل قائما ضامنا
لهذا الدين مثله مثل أي دين صحيح.

وينطبق نفس الحكم إذا كان صاحب الشأن قد أجاز هذا الالتزام. إذ
بالإجازة يتأكد الإلتزام ويثبت ولا يتعرض لأي زوال ويترتب على ذلك بقاء
الرهن وثباته. لكن يجب أن نلاحظ أنه إذا كان الرهن مقدم من شخص آخر
غير المدين فإن له، بجانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به، أن يتمسك

الخاصة به، أن يتمسك بجميع الدفع التي للمدين أن يتمسك بها حتى ولو لم يتمسك بها المدين أو حتى لو تنازل عنها (٢/١٠٤٢ مدني). ولكن في حالة ما إذا كان الكفيل العيني قدم الرهن لضمان دين ناقص أهلية وكان عالما بذلك وقت التعاقد فإنه ليس له أن يحتج لهذا الوجه طبق لنص المادة ٢/٧٨٢. كما أنه إذا قدم الرهن لضمان دين ناقص الأهلية وكان ذلك بسبب نقص أهليته فإنه في هذه الحالة يبقى التزام الكفيل العيني قائما حتى ولو تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته وحكم له بإبطال التزامه، لأن الكفيل العيني ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول (م ٧٧٧ مدني) وسوف نعرض لذلك بصدد الكلام عن كفالة التزام ناقص الأهلية.

٢٥- (ب) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام الطبيعي:

الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي يتخلف فيه عنصر المسؤولية، أي لا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذ هذا الالتزام (م ٢/١٩٩ مدني) وعلى ذلك فهل يجوز تقرير رهن لضمان الوفاء بالالتزام الطبيعي؟

يرى بعض الفقهاء جواز ذلك استنادا إلى أنه إذا كان لا يمكن إجبار المدين على تنفيذ الالتزام الطبيعي إلا أنه التزام موجود^(١). بينما يذهب رأي آخر إلى عدم جواز ذلك استنادا إلى أنه من غير المتصور أن المدين يمكن مقاضاته بالدعوى العينية في الوقت الذي لا يمكن الرجوع عليه بالدعوى الشخصية أي بدعوى الدين^(٢).

في مصر يذهب الفقه الغالب إلى أن الأصل لا يجوز تقرير رهن لضمان الالتزام الطبيعي لكن إذا أمكن تفسير نية المدين بتقريره رهن على مال مملوك له لضمان هذا الالتزام بأنه تجديد للالتزام الطبيعي بالتزام مدني، فإن الرهن يكون صحيحا لا على اعتبار أنه تقرر لضمان الوفاء بالالتزام

(١) BAUDRY - LACONTINERIE ET DE LOYENES. Du nantissement. des privilèges et hypothèques, t. II, 2e édit. No. 1280, p. 374.

(٢) M. PLANIOI, G. RIPERT, et E. BECQUE. Traite pratique le droit civil français. 2e édit 1953, T. XII No. 331, p. 378.

طبيعي وانما على اعتبار أنه ضمان للوفاء بالتزام مدني^(١). لكن يجب ملاحظة أن التجديد لا يفترض بل يلزم الاتفاق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٥٤ مدني)^(٢).

٢٦- (ج) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام الشرطي أو الاحتمالي أو المستقبل:

وقد نصت المادة ١٠٤٠ مدني صراحة على أنه «يجوز أن يترتب الرهن ضمنا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضمنا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين».

وعلى ذلك فقد يكون الدين المضمون بالرهن دينا معلقا على شرط، سواء كان فاسخا أو واقفا. وبالنسبة للدين المعلق على شرط فاسخ، فهو دين موجود ولكن مصيره مرتبط بتحقيق الشرط أو تخلفه ففي الفترة السابقة على تحقق الشرط يستطيع الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ أن يشترك في التوزيع بحسب مرتبه رهنه، ويحصل على نصيبه في التوزيع. أما بعد تحقق الشرط الفاسخ، فإن الدين يعتبر كأن لم يكن ويزول بأثر رجعي. ولذلك نجد أن الفقه والقضاء في فرنسا يذهب إلى إلزام الدائن في هذه الحالة بتقديم ضمان كاف يكفل رد ما استوفاه فاذا ماتم ذلك فإنه يعاد توزيع مارد هذا الدائن على سائر الدائنين^(٢).

أما إذا كان الدين الضمون بالرهن معلق على شرط واقف، فهو دين محتمل الوجود ولكنه غير مؤكد. وعلى ذلك فإنه قبل تحقق الشرط لا يستطيع الدائن أن يطالب بحصة عاجلة في التوزيع لأن حقه احتمالي وحتى لا يحرم

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٣٦، ص ٣٥٦، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٩١، ٩٢، وقارن عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة ١٥ ص ٢١.

(٢) AUBRY et RAU, Droit civil français, T.III. 285. No. 313. p. 405 (٢)
M.PLANIOL, G. RIPERT, Par Becqué op.cit., T. XIII, No. 976, p. 283.

الدائنين التاليين له في المرتبة من استيفاء حقوقهم من كل المقابل النقدي للعقار.

ويرى بعض الفقهاء أن يقدر حصة احتمالية له كافية لضمان دينه المعلق على شرط واقف، ثم يوزع المقابل النقدي للعقار بأكمله على الدائنين التاليين له في المرتبة بشرط أن يقدم هؤلاء تأمين كاف لضمان حصة هذا الدائن اذا تحقق الشرط.

وإذا كان الدين ناشئاً عن فتح حساب الجار، فإنه يعتبر ديناً احتمالياً ومستقبلاً، احتمالياً لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل اقفال الحساب الجاري. ومستقبلاً لأنه أياً كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكن سيوجد في المستقبل. وفي هذه الحالة يجب أن يحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين. وإذا كانت هناك مدة معينة لنشأة الدين المستقبل أو الاحتمالي، فإن الرهن لا يضمن إلا ما ينشأ خلال هذه المدة.

ومن حيث حساب مرتبة الرهن في كل هذه الحالات قد نصت المادة ١٠٥٧ مدني على أنه: "تحتسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً".

ثانياً - الشيء المرهون

في هذا الصدد يجب أن نتعرف على الشروط الواجب توافرها في الشيء المرهون، وسوف نفرد لشرط ملكية الراهن للعقار المرهون بنداً خاصاً لأهميته، ثم نتكلم بعد ذلك عن مشتملات الرهن.

٢٧- (١) الشروط الواجب توافرها في الشيء المرهون ذاته:

يجب أن يتوافر في الشيء المرهون ثلاث شروط، أن يكون عقاراً، وأن يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه وأن يكون هذا العقار موجود وقت الرهن.

٢٨- (١) يجب أن يكون الشيء المرهون عقارا:

تنص المادة ١٠٣٥ مدني على أنه «لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي الا على عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك».

فالرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار دون المنقول. والحكمة من ذلك هو أن حيازة الشيء المرهون تبقى فيه للراهن، فلا تنتقل إلى المرتهن. فإذا كان الشيء المرهون منقولاً لأمكن للراهن أن يتصرف فيه تصرفاً يضر بحقوق المرتهن وذلك لأن المنقولات بحسب طبيعتها، متماثلة ويسهل التصرف فيها وانتقالها بسرعة من يد إلى يد ومن مكان إلى مكان. بالإضافة إلى ذلك فإن الرهن الرسمي يستلزم شهره بالقيّد حتى يسرى في مواجهة الغير، والمنقولات، كقاعدة عامة، لا يمكن اخضاعها لنظام الشهر. ولهذا قد ظهر نظام الرهن الحيازي الذي يجيز رهن المنقولات وذلك بنقل حيازتها إلى الدائن المرتهن أو عدل ينوب عنه. ويكون هذا الانتقال بمثابة شهر وإعلان لوجود الرهن. ويكون بمثابة الضمان للدائن المرتهن من التصرفات الضارة بحقوقه من جانب المدين الراهن.

ويترتب على وجوب كون المرهون عقاراً عدم إمكان رهن المنقول رهناً رسمياً، كقاعدة عامة، وسواء كان هذا المنقول مادياً أو غير مادي، فلا يجوز رهن السيارات رهناً رسمياً، ولا أثاث المنازل وغير ذلك، ولا يجوز رهن الديون رهناً رسمياً، ولا رهن حق المسأجر، وهو حق شخصي منقول ولو كان الشيء المؤجر عقاراً. ولا يجوز رهن حق المؤلف رهناً رسمياً. كما أنه لا يجوز رهن العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار المخصصة لخدمته أو استغلاله. وذلك لأن العقارات بالتخصيص إنما تكسب صفتها العقارية من الحاقها بالعقار، فإذا تصرف فيها مجردة عنه، عادت إليها صفتها المنقولة. وإذا كان من غير الممكن رهن العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار الملحقة به، فإن رهن هذا العقار الأخير يشملها، على اعتبار أنها من توابعه^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٠٧، ص ٣١٢، ٣١٣، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة ١٧، ص ٢٤.

ومع ذلك فإن القانون قد أجاز رهن بعض المنقولات، وذلك بسبب طبيعتها الخاصة والتي يمكن بصدها شهر الرهون، كما أن ذلك يستجيب لاعتبارات عملية ذات أهمية كبرى. فقد جاء القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ليضع نظام يقترب من نظام الرهن الرسمي بالنسبة للمحال التجارية. وكذلك قد نظم المشرع بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهن السفن البحرية.

٢٩- (٢) يجب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني؛ وقد نصت المادة ٣/١٠٣٥ على أنه يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني...

والحكمة من هذا الشرط واضحة هو أن الدائن المرتهن عندما يتعذر عليه الحصول على حقه يلجأ إلى التنفيذ على العقار بمقتضى حقه العيني التبعية، وهذا التنفيذ ينتهي ببيع العقار حتى يستوفى حقه من ثمنه. فإذا كان هذا العقار لا يجوز التعامل فيه أو بيعه بالمزاد العلني لفقد الرهن سبب وجوده وانتفتت الغاية منه.

ويترتب على وجوب كون العقار المرهون مما يصح التعامل وبيعه بالمزاد العلني، أنه لا يجوز رهن الأموال العامة ولا العقارات الموقوفة، كما لا يصح رهن العقارات التي يشترط عدم التصرف فيها^(١). كما لا يجوز رهن حقوق الارتفاق مستقلة عن العقار المخدم، لأنه لا يمكن بيعها بالمزاد العلني مستقلة عن هذا العقار. ولكن يشمل رهن العقار حقوق الارتفاق المخصصة لخدمته^(٢). كما لا يجوز رهن حق الاستعمال وحق السكنى إذا ما وردا على عقار، لأنه لا يصح التصرف فيهما كقاعدة عامة (م ٩٩٧ مدني). ولا يجوز رهن الحقوق العينية التبعية مستقلة عن الالتزام الذي تضمن الوفاء به، لأنه لا يمكن بيعها مستقلة عن الالتزام الأصلي الضامنة له، بل أنها لا توجد أصلاً ما لم تستند إلى هذا الالتزام، وعلى ذلك

(١) قارن شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٥٦.

(٢) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١ ص ٢٦.

فانه لايجوز رهن الرهن الرسمي، أو حق الاختصاص، أو حق الرهن الحيازي، أو حقوق الامتياز، لكن اذا رهن الالتزام المضمون رهنا حيازيا كان للمرتهن أن يفيد من الرهن الضامن له^(١).

٣٠- (٢) يجب أن يكون العقار موجودا وقت الرهن؛

وقد نصت المادة ١٠٣٣ مدنى فى فقرتها الثانية على أنه «يقع باطلا رهن المآل المستقبل». وعلى ذلك فان حكم رهن الأموال المستقبلية هو البطلان المطلق. وهذا الحكم يعتبر استثناء من الحكم العام الوارد فى المادة ١/١٣١ والذى ينص على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، لكن ماهو المقصود بالمآل المستقبل؟

تستطيع أن نقول أن المقصود بالمآل المستقبل فى حكم هذه المادة هو المآل غير الموجود فى ذاته فعلا وقت إبرام العقد وان كان من الممكن أن يوجد فى المستقبل، كبناء يزعم شخص إقامته. فاذا قام هذا الشخص برهن هذا البناء، ولو أمكن أن يحدده تحديدا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، فإن هذا الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا لنص المادة ١٠٣٣/٢^(٢).

واذا كان يعتبر فى حكم المآل المستقبل ماعسى أن يؤول إلى شخص معين من أموال بغير تحديد فان رهن مثل هذه الأموال يعتبر باطلا لا لاعتبار أنه رهن المآل مستقبل وانما لاعتبار عدم التخصيص ويكون ذلك طبقا لنص المادة ٢/١٠٣٥ مدنى.

كما أن الرهن الذى يرد على مال مملوك للغير، فانه يعتبر رهنا لشيء موجود ومعين بالذات ولكنه غير مملوك للراهن، وحكم هذا الرهن يعتبر قابلا للإبطال طبقا لنص المادة ١٠٣٣/١ ولايعتبر فى هذه الحالة رهن لمآل مستقبل^(٣).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٠٨ ص ٣١٥، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٧.

(٢) أنظر أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ١٥٠، ١٥١، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٢٧، ٢٨.

(٣) قارن سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٤٣، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع

نخلص من كل ماسبق أن حكم المادة ١٠٣٣/٢ مدنى يعد حكماً مستقلاً عن غيره من أحكام واردة فى نفس المادة فى فقرتها الأولى، والخاص برهن ملك الغير، وعن حكم المادة ١٠٣٥/١ والخاص بتعيين العقار تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، فرهن المال المستقبل، هو المال الذى لم يوجد أصلاً ومن المحتمل وجوده فى المستقبل، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، حتى ولو لم يكن مملوكاً لغير الراهن وكان قد خصص. ويبرر الفقهاء حكم هذه المادة بقولهم بأن المشرع أراد حماية الراهن من اندفاعه وعدم تبصره بخطورة مايقدم عليه، وحتى لايقع ضحية لاستغلال المراهبين^(١).

وإذا كنا قد حددنا المقصود برهن المال المستقبل على النحو السالف ذكره، إلا أنه مع ذلك لايسعنا إلا أن ننتقد حكم هذه المادة، وذلك لأنه يعد استثناء على الأحكام العامة الواردة فى المادة ١٣١ ليس له ما يبرره، بل أنه يعوق الائتمان ويشل المعاملات فى وقت تنسم فيه هذه المعاملات بالسرعة ويسودها مبدأ التوقع وبالتالى امكانية التعامل فى الأشياء المستقبلية ورهنها^(٢).

٣١-(ب) شرط ملكية الراهن للعقار المرهون؛

وقد اشترط المادة ١٠٣٢/٢ مدنى صراحة «أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ...» وطبق لهذا النص يلزم أن يتوافر هذا الشرط سواء كان الراهن المدين ذاته أو الكفيل العينى الذى يقدم عقارا ليقرر عليه حق عينى لضمان الوفاء بالتزام المدين.

=السابق، فقرة ٢١٥ ص ٣٢١، شمس الركيل، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٥١٩، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢١٧، ٢١٨، وشفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١١٩، ص ١٠٣، ١٠٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٣، ص ٢٩ ومابعدها، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٥٨ ومابعدها، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٣٠٨ ومابعدها، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٢٣١، ٢٣٢.

(١) عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ١٥١، ١٥٢.

(٢) فارن تفسير الدكتور سمير تناغو وانتقاده لهذه المادة، المرجع السابق، فقرة ٦٩، ص ١٦٢ ومابعدها.

وهذا النص يقتضى منا دراسة عدة نقاط متعلقة بملكية الراهن للعقار المرهون. فيجب أن نتعرض بالدراسة لرهن ملك الغير، والرهن المقرر على المباني المقامة على أرض الغير، ثم بعد ذلك ندرس حكم الرهن الصادر من مالك العقار تحت شرط، أو مالكا زالت ملكيته بأثر رجعى، والرهن الصادر من المالك الظاهر، وأخيرا حكم الرهن الصادر على عقار مملوك على الشروع.

٣٢- (١) رهن ملك الغير:

قد نص المشرع فى المادة ١٠٣٣ مدنى على أنه «إذا كان الرهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية» وإذا لم يصدر هذا الاقرار فإن الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن».

ويقصد برهن ملك الغير، الرهن الذى يعقده الراهن باسمه ولحسابه مع الدائن المرتهن على عقار قائم مملوك للغير^(١). ويترتب على ذلك أنه لا يدخل فى نطاق رهن ملك الغير الرهن الذى يعقده النائب عن مالك العقار حتى ولو كان متجاوزا به حدود نيابته، أو لم يكن هناك نيابة أصلا -- كما يستبعد من نطاق رهن ملك الغير العقد الذى يتعهد فيه شخص بالحصول على رضا المالك بالرهن (م ١٥٣ مدنى)^(٢).

ولم يكن هناك نص خاص برهن ملك الغير فى القانون المدنى القديم شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى. وقد ثار الخلاف فى حكم مثل هذا العقد، ولكن استقر الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر فى ظل القانون الملغى على أن رهن ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا. وقد تأسس هذا الحكم فى فرنسا على أساس المادة ٢١٢٩ التى تعالج مبدأ التخصيص وفى القانون

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠، ص ٨٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤١.

(٢) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠، ص ٨٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤١ هامش، وانظر عكس ذلك سمير تناغور، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص ١٨٥ - وبصفة خاصة هامش ٣.

المصرى القديم تأسس الحكم على نص المادة ٥٦٣/٦٨٧ التى كانت تقضى ببطلان رهن العقارات التى تؤول إلى الراهن فى المستقبل. وقد رتب الفقه والقضاء جميع الآثار التى تترتب على البطلان المطلق.

ثم جاء التقنين المدنى الجديد ليؤكد فى الحكم ما بين بيع ملك الغير، والذى كان يعتبر باطلاً بطلاناً نسبياً، ورهن ملك الغير رهناً رسمياً ورهن ملك الغير حيازة لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع. وفى هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشتري أو الدائن المرتهن)، كما يجيزه اقرار المالك الحقيقى أو انتقال الملكية منه إلى اليافع الراهن^(١).

ويتضح مما سبق أن المادة السابقة لم تعرض لوصف العقد، ولكنها تقطع بأن العقد لا يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، حيث أنها تجيز تصحيح رهن ملك الغير باكتساب الراهن لملكية العقار المرهون، أو اقرار المالك الحقيقى للرهن^(٢). فالأقرار الذى يصحح العقد لا يرد إلا على عقد قائم فعلاً، كما أن ترتيب حق الرهن على إثر تملك الراهن للعقار المرهون يقتضى القول بوجود العقد قبل هذا التملك^(٣).

وقد أكدت المذكرة الإيضاحية أن رهن ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً، وأن هذا البطلان النسبى من نوع خاص أنشأه المشرع لتوخى حكمه خاصة^(٤). وعلى ذلك فإن البطلان النسبى لرهن ملك الغير لا يتفق مع القواعد العامة فى البطلان.

ولذلك فقد اختلف الفقهاء فى تأصيل رهن ملك الغير، فمنهم من يأخذ بما جاء فى المذكرة الإيضاحية^(٥). ومن الفقهاء من يرى أن المشرع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١٤.

(٢) شمس الركيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ٩٠، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤٢.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٧ ص ٤٢.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية. جزء ٤ ص ١٩٣.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢١٣ ص ٣١٨، محمد على أمام المرجع السابق، فقرة ١٤٩ ص ٢٤٢، السهورى، المرجع السابق، ١٣٨ ص ٣٠٧.

المصري جاوز بنص المادة ١٠٣٣ مدنى الغاية التى يسعى إلى تحقيقها، واعتبروا أن الجزء الوارد فى نص المادة ١٠٣٣ ليس هو البطلان المطلق، ولا هو البطلان النسبى بتأثيره التقليدي، وإنما جزء خاص ونوع خاص من البطلان ابتدعه القانون تمشيا مع نص المادة ١٠٣٢ مدنى الذى يقضى بجوب أن يكون الرهن مالكا للعقار المرهون. وهو جزء حدد المشرع نطاقه بقدر ما أصاب الرهن من عيب، فإذا زال العيب ارتفع فوراً الجزء، وبزول العيب يتملك الرهن للعقار المرهون. أو إقرار المالك الحقيقى للرهن. وهذا الرأى كان يفضل استخدام المشرع صياغة أخرى تحقق غايته، وهى صياغة يستعيرها من القانون الإطالى، المادة ٢٨٢٢، وهى لا ترى فى رهن ملك الغير أى عيب يبرر بطلانه، إلا بتطبيق القواعد العامة فى الغلط بطبيعة الحال، وكل ما فى الأمر أن مثل هذا العقد تتعطل آثاره بالنسبة للغير حتى يصبح الرهن مالكا، وعندئذ يجوز قيد الرهن، ويمكن الاحتجاج به على الغير، وإقرار المالك الحقيقى للرهن فهو أمر يستفاد من القواعد العامة دون حاجة إلى نص^(١).

ويرى جانب آخر من الفقه تأصيل هذه الأحكام على أساس آخر وهو نظرية تحول العقد الباطل. فيمكن طبقاً لهذا الرأى «تحويل عقد بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير الباطلين بسبب استحالة محلها إلى عقد غير مسمى منشئاً للالتزامات الشخصية فقط بنقل الملكية أو بإنشاء حق الرهن إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى هذا العقد لو علما بطلان العقد الذى انصرفت إليه نيتهم الأصلية» ثم بين بعد ذلك كيف تظهر هذه النية على ضوء الأحكام التى وضعها المشرع^(٢).

ومن الفقهاء من يرى أن العقد لا يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً أو نسبياً، فالعقد يعتبر فى هذه الصورة عقد موقوف. والعقد الموقوف يتوقف أثره فيما

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٠ ص ٩٥.

(٢) سليمان مرقس، التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد، فقرة ٤٣ ص ٦٥ وما بعدها، وأنظر فى نقد هذا الرأى للسهنورى، المرجع السابق، فقرة ١٣٨ ص ٣٠٥.

بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان^(١).

ويذهب البعض الآخر إلى وجوب التفرقة بين حكم العقد بالنسبة لطرفيه وحكمه بالنسبة للمالك^(٢). فبالنسبة لهذا الأخير فإنه عقد غير نافذ في حقه، أما بالنسبة للطرفين فإن رهن ملك الغير يعتبر تعاقد بينهما ويخضع للقواعد العامة. ويجب التفرقة في هذا الصدد بين فرضين، الأول، فيما إذا كان المتعاقدين أو أحدهما يجهل أن المال ليس مملوكا للراهن فيكون العقد هنا قابلا للإبطال للغلط. وإن كانت مصلحة الراهن في الإبطال لاتبدو واضحة وضوح مصلحة المرتهن. ويكون لصاحب المصلحة التمسك بالإبطال وله أن ينزل عنه أو لا يثره في المدة المحددة فتتأكد صحة العقد بين طرفيه^(٣). أما إذا كان الطرفان يعلمان أن المال المرهون ليس مملوكا للراهن فالغالب أن يكون لدى الراهن اعتقاد معقول في أنه سوف يكتسب الملكية، أو سوف ينجح في حمل المالك على أن يقدم ماله ضمانا. فإذا لم يقم الراهن بتنفيذ التزامه بإنشاء الرهن فإن للمرتهن أن يطلب الفسخ لا الإبطال. فإذا لم يطلبه بقي الراهن ملتزما بذلك، ينفذه عن طريق اكتسابه ملكية مارهن، أو يجعل المالك يقر مافعل^(٤) وفي حالتى علم المرتهن أو جهلة لانكون أبدا بصدد عقد رهن، وإنما يمكن اعتباره وعد بالرهن لكن لا يخضع لحكم المادة ١٠٢ مدنى لعدم استيفاء الوعد ركن من أركان العقد وهو ملكية الراهن لما رهن وعلى ذلك فإنه يعتبر عقدا غير مسمى يرتب التزامات شخصية^(٥).

(١) شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ٩١ ص ٨٤، وأنظر في نقد هذه الفكرة عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢١٣ ص ٣١٨ هامش ١، وقارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٤، وأنظر في انتقاد هذا الرأي بصفة عامة، السهررى، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ٣٠٦، ٣٠٧.

(٢) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٧.

(٣) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٨.

(٤) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٣٩.

(٥) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٤٠.

ويذهب فريق آخر من الفقهاء أخيراً إلى أن رهن ملك الغير في التشريع الوضعي يعتبر تصرف قابل للتصحيح باعتبار صورة من صور البطلان النسبي . ومعنى هذا أن التصرف لا يعتبر قائماً ولا ينتج آثاره ما لم يتم تصحيحه ، ويتم تصحيحه بإقرار المالك الحقيقي وبملكية الراهن للعقار المرهون . وليس للمرتهن حق اجازة العقد كما أن ليس له حق طلب ابطال العقد حيث لا حاجة إلى ذلك لأن العقد غير منتج لآثاره حتى يتم تصحيحه . ويستطيع أن يستند إلى ذلك ليطالب سقوط الأجل على أساس أن الراهن لم يقدم ما وعد بتقديمه^(١) . وواضح أن هذا الرأي يصطدم مع صريح النص وأيضاً مع ماورد في المذكرة الايضاحية وماهو مستقر عليه فقهاً وقضاءً بأن العقد صحيح ومنتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله وأن للمرتهن حق الاجازة .

هذه هي الآراء التي سيقف لتأصيل حكم المادة ١٠٣٣ مدنى . وهذه الآراء جميعاً لم تسلم من النقد ولم توفق في إيجاد وصف دقيق لعقد رهن ملك الغير - ونحن نرى ، دون الالتجاء إلى المجاز القانونى أو الافتراض ، أن نبحت الحكم الذى قرره هذه المادة فى ذاته .

وعلى ذلك فانه يمكن القول بأن المادة ١٠٣٣ تتكلم عن عقد الرهن ، وأن هذا العقد يصبح صحيحاً اذا أقره المالك أو تملك الراهن العقار المرهون . وهذا العقد طرفاه المدين الراهن والدائن المرتهن . وبناء على ذلك فان هذا العقد قائم ومنتج لآثاره فيما بين الطرفين الا أن يحكم بإبطاله ، وقد جاء ذلك صريحاً فى المذكرة الايضاحية بقولها ، فى الفروض الثلاثة - بيع ملك الغير ، ورهن ملك الغير رسمياً ورهن ملك الغير حيازة ، يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته ، المشتري أو الدائن المرتهن^(٢) . وعلى هذا فإذا تمسك اندائن المرتهن بإبطال العقد فان على القاضى أن يجيبه إلى طلبه ، اذ له مصلحة واضحة فى ذلك وهو استناده إلى عدم تملك الراهن للعقار المرهون ،

(١) سمير تناعو، المرجع السابق، فقرة ٧٥ ص ١٨١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١٤ .

وبالنسبة لعدم توافر الشروط اللازمة لحصوله على الضمان الذى يبيغيه .
ويترتب على الحكم بابطال هذا العقد اعتباره كأن لم يكن بين الطرفين . مما
يؤدى إلى سقوط الأجل لعدم تقديم المدين الراهن التأمين الذى وعد به (م
٢٧٣ مدنى) (١) .

فإذا لم يتمسك الدائن المرتهن أو سقط حقه فى التمسك بمضى المدة ، أو
أجاز العقد ، على أن الأجازة هنا لا يقصد بها تصحيح العقد ، إذ المرتهن
لا يملك ذلك ، وإنما يقصد بها التنازل عن الحق فى التمسك بالابطال لعدم
تملك المدين الراهن للعقار المرهون . وفى كل هذه الحالات يتأكد وجود العقد
فيما بين الدائن المرتهن والراهن . ويستطيع الدائن المرتهن أن يطالب بتنفيذ
هذا العقد ، فإن لم يستطع الراهن ذلك ، لعدم استطاعته الحصول على أقرار
المالك أو عدم استطاعته تملك العقار المرهون ، فإن القاضى يحكم بسقوط
الاجل والزام الراهن بالتنفيذ الفورى لالتزامه ، أى دفع الدين المضمون ،
ويمكن أيضا أن يحكم بالتعويض للدائن اذا أثبت هذا الأخير أنه قد اصابه
ضرر من جراء ذلك . ولا محل للقول هنا بالفسخ حيث أن عقد الرهن عقد
ملزم لجانب واحد ، وأن الدائن المرتهن لم يكن ملتزما بشيء بمقتضى هذا
العقد (٢) .

(١) قارن منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، فقرة ١٧ ص ٤٦ ، حيث يرى أنه ليس
للدائن المرتهن مصلحة فى طلب ابطال العقد . فإذا أراد أن يصل إلى إسقاط أجل الدين لعدم
تقديم المدين للتأمينات التى وعد بتقديمها فيكفى لهذا أن يثبت حق الرهن نفسه لم ينشأ
لعدم ملكية الراهن للعقار .

(٢) انظر عكس ذلك أحمد سلامة ، المرجع السابق ، فقرة ٣٧ ص ١٣٩ ، عبد المنعم فرج الصده
التأمينات العينية ، رقم ٣٨ ص ٣٥ ، السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ١٣٨ ص ٣٠٤ ، ٣٠٧
حيث أنه يقول ، ولو لم يوجد نص المادة ١٠٣٣ لما أمكن القول بأن رهن ملك الغير قابل
للإبطال بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ كما قيل ذلك فى إيجار ملك الغير
حيث لا يوجد نص يقرر الإبطال . ونحن نعلم أنه ليس هناك أى محل للقياس بين رهن ملك
الغير وإيجار ملك الغير ، حيث أن عقد إيجار ملك الغير عقد ملزم للجانبين ومن ثم من
الممكن أن يتصور بصدده الفسخ ، أما عقد رهن ملك الغير فهو عقد ملزم لجانب واحد
وبالتالى لا يمكن قصور الفسخ وأنظر فى تأكيد هذه الحقيقة لنفس المؤلف الجزء الأول ، فقرة
٤٦٧ ص ٧٨٨ ، وقرة ٤٦٨ ص ٧٨٩ .

-أما بالنسبة للمالك الحقيقي فالعقد غير نافذ في مواجهته، ويعتبر أجنبيا عن هذا العقد، فلا يلزمه بشيء الا اذا أقره . لكن يجب أن يكون هذا الاقرار قبل تمسك الدائن المرتهن بالابطال والا اعتبر غير ذي قيمة، حيث أن التصرف الذي يريد اقراره ليصبح نافذا في مواجهته قد زال واعتبر كأن لم يكن ليس بالنسبة له فحسب بل بالنسبة لأصحاب الشأن وهما طرفا العقد. واقرار المالك، في حالة تدخله في الوقت المناسب، يعطى للعقد فعالية ويجعله كاملا صحيحا وبالتالي يتحقق لهذا العقد امكانية التنفيذ. ويترتب على هذا الاقرار أيضا أن يسقط حق الدائن المرتهن في التمسك بالابطال حيث أن ليس له حجة أو عذر لطلب تخلصه من هذا العقد، كما أن هذا الاقرار يجعل اجازته أيضا غير ذات موضوع اذا ما صدرت بعد هذا الاقرار.

وبهذا النظام يكون المشرع قد حقق التوازن والحماية لكل من الدائن والمرتهن والمالك الحقيقي . فالاجازة تؤكد وجود التصرف بين الطرفين مما يجعله مرتبا لآثارا قانونية، والاقرار يعطى له القوة والفعالية اللازمين، وبالتالي امكانية تنفيذه . على أنه يشترط لكي ينتج هذا الاقرار أثر أن يتم في ورقة رسمية. والاقرار الذي يصدر من المالك يجب الا يترتب عليه الاضرار بالغير، وعلى ذلك فاذا كان المالك قد رتب قبل اقراره رهنا لشخص آخر أو أي حق عيني آخر على العقار وتم شهره فان الرهن الذي يقره لا يؤثر في حق الغير الذي تقرر من قبل (١) .

وكذلك يصح العقد وينشأ حق الرهن اذا آلت ملكية العقار إلى الراهن اذ يزول السبب الذي أدى إلى عدم ترتيب هذا الأثر، وينشأ الحق من وقت نملك الراهن للعقار، وذلك طبقا لنص المادة ١٠٣٣ . لا يترتب حق الرهن على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن، وهذا طبيعي

(١) قارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ١٢٩ ، حيث أنه يرى أن الرهن يعتبر بهذا الاقرار قد عمل من جديد، ولا يكتسب المرتهن، أولوية الا بالقيد المستند إلى هذا الاقرار، حيث أن الاقرار ليس له أثرا رجعيا.

ومنطقي حيث أنه لا يمكن أن نجعل لتملك الراهن للعقار المرهون أثر رجعي .
على أنه في هذه الحالة يجب ألا يضار من تملك الرهن للعقار المرهون
الأشخاص الذين ترتب لهم حقوق من قبل من المالك الأصلي . أي في
الفترة بين انعقاد الرهن واكتساب الراهن لملكية العقار المرهون .

٣٣- (٢) رهن المباني المقامة على أرض الغير:

الأصل أن كل مايقام على الأرض من بناء يعتبر من عمل مالك
الأرض، اقامة على نفقته ويكون مملوكا له (م ٩٢٢ مدني) . ومع ذلك يجوز
اقامة الدليل على أن مالك الأرض خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من
قبل أو خول له الحق في اقامة هذه المنشآت وتملكها، كما يجوز اقامة الدليل
على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته (م ٩٢٢/٢) . فاذا ثبت شيء
من هذا كانت المباني مملوكة لشخص غير مالك الأرض .

فاذا قام مالك هذه المباني برهن مايملك رهنا رسميا فان المادة ١٠٣٨
نصت على أن «يكون للدائن المرتهن في هذه الحالة حق التقدم في استيفاء
الدين من ثمن الانقضاء اذا هدمت المباني، أو من التعويض الذي يدفعه
مالك الأرض اذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق» .

وعلى ذلك فان مصير الرهن مرتبط بمصير ملكية الراهن للمباني
المملوكة للراهن، فان للمرتهن أن ينفذ عليها وتباع جبرا ليحصل على حقه
من ثمن المباني فقط، حيث أن الراسي عليه المزاو لا يتلقى الا ملكية
المباني، وهي ملكية مؤقتة على النحو الذي كان للمالك .

أما اذا زالت ملكية الراهن قبل أن يستحق الدين المضمون، وبالتالي قبل
أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه، فان مصير الرهن يتقرر طبقا للاتفاق الذي
ينظم العلاقة بين مالك الأرض ومالك المباني . على أنه يجب ملاحظة أن
زوال ملكية المباني عن الراهن لا يتحقق بأثر رجعي، فلا يرتب عليه اعتبار
الرهن كأن لم يكن . وفي الوقت نفسه الدائن المرتهن لا يستطيع أن ينتبع

نمسي في يد مالك الأرض لأنه قد أرثهن منكم مؤقتة فلا يكون له من تحفوف أكثر مما كان للراهن وقت الرهن مما يؤدي إلى الاضرار بمالك الأرض.

وعنى ذلك فإن حق الدائن المرتهن يقتصر على ما يؤول للراهن بسبب زوال ملكيته للمباني. فإذا آلت ملكية المباني إلى مالك الأرض، وفقا للاتفاق، وبدون مقابل، فلا يحصل الدائن المرتهن على شيء. أما إذا حصل الراهن على مقابل لثمن الانقضاء عند الإزالة، أو المبلغ المتفق عليه بينهما، أو المبلغ الذي يستحق للمباني وفقا لأحكام الالتصاق المنصوص عليها في المادة ٩٢٤ وما بعدها، فيكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء حقه من هذا المقابل (م ١٠٣٨ مدني). فإذا كان حقه المضمون مستحق الأداء وقت استبدال المقابل بالمباني فيكون له حق التقدم بمقتضى الرهن نفسه، أما إذا لم يكن حقه المضمون مستحق الأداء، كما لو كان دينا مستقبلا أو احتماليا ولم ينشأ بعد، أو دينا شرطيا ولم يتحقق الشرط أو كان الاجل لم يحل بعد. فيبقى المقابل مخصصا لضمان الدين، وذلك طبقا لنظرية الحلول العيني، إلى أن يستحق الدين فيباشر الدائن حقه في التقدم بمقتضى التأمين العيني^(١).

٢٤- (٣) رهن المالك تحت شرط:

لا يشترط أن تكون ملكية الراهن بانه، فيمكن أن تكون ملكية معلقة على شرط واقف أو شرط فاسخ. والرهن في هذه الحالة يعتبر صحيحا ولكن مصيره يرتبط بمصير الشرط.

فإذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون تحت شرط واقف، فإن هذا الرهن يعد رهنا صحيحا بالرغم من أن ملكية هذا الراهن ملكية احتمالية وغير مؤكدة. ويتوقف مصير الرهن على تحقق الشرط أو تخلفه. فإذا تحقق الشرط

(١) أنظر في ذلك منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٩، ص ٤٩.

فتتأكد ملكية الراهن ويعتبر مالكا للعقار المرهون من أول الأمر. ويستقر بالتالى الرهن ويعتبر صادرا من مالك من يوم تقريره. وإذا تخلف الشرط فإن الراهن يعتبر كأنه لم يملك العقار أصلا، ويعتبر بالتالى الرهن الصادر منه رهنا لمالك الغير وتسرى عليه أحكامه السابق بيانها، والواردة فى نص المادة ١٠٣٣ مدنى.

أما إذا كان الراهن مالكا تحت شرط فاسخ فإن الرهن يعتبر صحيحا ونافذا إلا أن مصيره مرتبط بتحقق الشرط أو تخلفه. فإذا تخلف الشرط استقرت ملكية الراهن نهائيا واستقر بالتالى الرهن، وإذا تحقق الشرط زالت ملكية الراهن بأثر رجعى واعتبر أنه لم يكن مالكا عند تقرير الرهن واعتبر الرهن الصادر منه رهنا لمالك الغير، فلا يسرى فى حق المالك الذى عاد إليه العقار مالم يكن الدائن الذى تقرر له الرهن حسن النية عند الرهن، كأن يجهل أن ملكية الراهن معلقة على شرط فاسخ، فإنه فى هذه الحالة يمكن أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك وذلك طبقا لنص المادة ١٠٣٤ مدنى.

٣٥-(٤) رهن المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى،

الفرض الذى نعالجه فى هذه الحالة يتمثل فى أن الراهن قد يكون مالكا للعقار ثم تزول عنه بعد ذلك الملكية بأثر رجعى وذلك نتيجة لإبطال أو فسخ أو الغاء أو زوال التصرف الذى كان قد أعطى له هذا الحق. وطبقا للقواعد العامة فإن هذا الراهن يعتبر كأن لم يكن مالكا لهذا العقار فى أى يوم من الأيام وذلك تطبيقا للأثر الرجعى، ويترتب على ذلك أن الرهن الصادر منه يعتبر أيضا كأن لم يكن.

لكن لما كان هذه النتيجة مجحفة بحق الدائن المرتهن، أو بصفة عامة بحق من تلقى حقه ولم يكن يعلم، أو ليس فى استطاعته أن يعلم، وقت إبرام الرهن أو التصرف الذى تلقى بمقتضاه حقه، بأن ملكية الراهن أو المتصرف مهددة بالزوال بأثر رجعى، فقد تدخل المشرع المصرى بنص خاص يحمى الدائن المرتهن حسن النية. فقد نصت المادة ١٠٣٤ مدنى على أنه، يبقى

قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، اذا كان الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن .

وعلى ذلك فانه يجب لتطبيق هذا النص توافر شروط ثلاثة:

أولاً- يجب أن يكون الرهن صادراً من مالك للعقار المرهون وقت إبرام الرهن الرسمي ثم زالت عنه الملكية بأثر رجعي - فإذا لم يكن الراهن مالكا أصلاً للعقار وقت الرهن فلا ينطبق هذا النص، كما لو كان الراهن قد تلقى حقه بسند باطل بطلانا مطلقاً، أو بناء على عقد صحيح لم يسجل، أما إذا كان الراهن قد تلقى حقه بناء على عقد قابل للإبطال وقضى بإبطاله، أو بعقد صحيح حكم بفسخه، أو بناء على هبة ورجع الواهب فيها فإنه في كل هذه الحالات قد ثبت للراهن حقاً في الملك وقت الرهن، وبالتالي يعتبر تصرفه صادراً عن مالك وإن كانت ملكيته قد زالت بأثر رجعي بعد ذلك.

ثانياً - يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام الرهن. وحسن النية هو مناط الحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ مدني. وهذه الحماية تتمثل في الإبقاء على الرهن رغم زوال ملكية الراهن. والمقصود بحسن النية الذي يجب توافره لدى الدائن هو عدم علمه وقت إبرام عقد الرهن بما يهدد ملكية الراهن. فإذا كان يعلم أو يمكنه أن يعلم بما يهدد ملكية الراهن فإنه لا يترافق نديه حسن النية المطلوب في المادة ١٠٣٤ مدني. وعلى ذلك فإذا كان الراهن مشترياً ولم يدفع باقى الثمن وذكر ذلك في عقد البيع الذي نملك به، فإن الدائن يستطيع أن يعلم من هذا السند أنه مهدد بالفسخ إذا لم ينفذ الراهن ما هو مشروط عليه.

على أن يجب ملاحظة أن نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري يضعان قرينه على العلم لا تقبل اثبات العكس مما يترتب عليه سوء نية الدائن المرتهن وبالتالي امتناع تطبيق نص المادة ١٠٣٤ مدني. وتنص المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل

المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا وصحة أو نفاذا، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر تسجل تلك الدعاوى، . كما تنص المادة ١٧ من نفس هذا القانون على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشربه طبقا للقانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حق بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما، .

وعلى ذلك فإذا نشأ الرهن قبل تسجيل الدعاوى المشار إليها أو التأشير بها فإنه يجب أن يكون الدائن حسن النية حتى يستفيد من نص المادة ١٠٣٤ مدنى. ويجب أن يكون حسن النية وقت إبرام عقد الرهن. أى أنه لا يعلم ولم يكن فى استطاعته أن يعلم بما يهدد سند ملكية الراهن^(١). فإذا علم بشيء من هذا القبيل بعد ذلك فلا أثر لعلمه. والأصل أن حسن النية مفترض، فإذا ادعى من آلت إليه الملكية أن الدائن المرتهن ساء النية وقت الرهن فعليه اثبات ذلك، وله أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات.

ثالثا - يجب أن يكون الرهن مقيد قبل شهر صحيفة الدعوى التى طعن بها فى سند ملكية الراهن. وذلك لأن رافع الدعوى يعتبر من الغير فلا يحتج فى مواجهته بالرهن إلا إذا كان مقيدا. وإذا كان هذا الشرط ليس واردا فى نص المادة ١٠٣٤ مدنى إلا أنه يستفاد من نص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى السابق ذكره.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة، بقى الرهن لمصلحة الدائن المرتهن بالرغم من زوال ملكية الراهن بأثر رجعى. ويستطيع الدائن المرتهن أن

(١) أنظر نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض، السنة ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨.

يتمسك بالرهن في مواجهة المالك الأصلي بالرغم من أنه لم يصدر منه .
وتعتبر هذه المادة تطبيقاً لمبدأ عام في التقنين المدني وهو حماية الغير حسن
النية^(١) واحدى وسائل هذه الحماية هو الحد من الأثر الرجعى لزوال الملكية
والذى كان من شأنه الاضرار بالغير حسن النية^(٢) .

٣٦- (٥) الرهن الصادر من المالك الظاهر:

قد يظهر شخص بمظهر المالك للعقار المرهون، ثم يتضح بعد ذلك أنه
ليس بمالك. ويمكن أن نصادف ذلك فى حالتين:
الأولى - متعلقة بالرهن الصادر ممن تملك بسند صورى،
والثانية - متعلقة بالرهن الصادر من الوارث الظاهر.

٣٧- (أ) الرهن الصادر من مالك بسند صوري:

وفى هذه الصورة يكون شخص قد اشترى عقار بعقد صورى، وبناء
على ذلك فانه يظهر أمام الناس على أنه هو المالك لهذا العقار. فاذا رتب
رهنًا على هذا العقار وكان الدائن معتقدا بحسن نية أنه تلقى رهنًا من مالك
حقيقى، أى كان يجهل صورية العقد الذى يستند اليه الراهن، فانه يملك أن
يتمسك بالرهن. واذا كان هناك رهن آخر صادر من البائع، فان للدائن
المرتهن، فى هذه الحالة، مصلحة بأن يتمسك بالعقد المستتر حتى يبقى
البائع مالكا وبالتالي يبقى الرهن لصالحه قائما - وأن يثبت بكافة طرق
الاثبات صورية العقد الذى أخذ به (م ١/٢٤٤ م) .

وعند التعارض بين مصلحة الدائن المرتهن من المشتري بعقد صورى
والذى مصلحته التمسك بالعقد الصورى الظاهر وبين الدائن المرتهن من
البائع بعقد صورى، والذى من مصلحته هدم الوضع الصورى، فان المشرع

(١) أنظر فى تبرير هذا الحكم مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٢٠، السنهاورى،
المرجع السابق، فقرة ١٤٣، ص ٣٢٠، ٣٢١.

(٢) قارن السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ١٤٣، ص ٣٢١، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة
٧٧، ص ١٩٦، ١٩٧.

المصري قد أثر من يستند بحسن نية على الوضع الظاهر (م ٢٤٤ / ٢). وذلك حماية للأوضاع الظاهرة وحسن النية تحقيقا لاستقرار المعاملات. وعلى ذلك فإذا تقدم شخص حسن النية وارتهن العقار من المالك الظاهر بسند صوري كان الرهن صحيحا، وجاز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ليس قبل المالك الظاهر فحسب بل وأيضا قبل المالك الحقيقي ومن تعامل معه.

٢٨- (ب) الرهن الصادر من الوارث الظاهر:

الوارث الظاهر هو الشخص الذي يحمل نفسه ويحملة الناس على أنه الوارث وهو في الواقع ليس كذلك^(١). وتظهر هذه الحالة عندما تؤول التركة إلى وارث، ثم يظهر بعد مدة وارث آخر يحجبه لأنه أقرب منه في درجة الميراث. فإذا قام هذا الوارث الظاهر برهن الذي ورثه، وكان الدائن المرتهن يعتقد بحسن نية وقت إبرام الرهن بأن الراهن هو الوارث الحقيقي للعقار، فإن له أن يتمسك بالرهن قبل الوارث الحقيقي، وذلك تطبيقا لقاعدة أن الغلط الشائع يولد الحق "error communis facit jus" وهذا هو ما يذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي^(٢)، ونحن لا يسعنا إلا أن نؤيد هذا الاتجاه وخاصة أن سياسة المشرع المصري تدل على حماية الأوضاع الظاهرة وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتشجيعا للائتمان (م ١٠٧ مدني بالنسبة للنيابة الظاهرة، م ٣٣٣ بالنسبة للوفاء الدائن الظاهر، م ٢/٢٤٤ بالنسبة لتفضيل من يتمسك بالوضع الظاهر،^(٣)).

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢، ص ٦٢.

(٢) PLANIOL, G. RIPERT, op.cit., t XII par E. Becqué. no 426: p. 463 et S(2) AUBRY et RAU, op.cit, 3 206. no. 240 p. 305 et s.

(٣) أنظر في نفس هذا المعنى شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٢٦ وما بعدها منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢، ص ٦٣، السنهاوي، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص ٣١٠، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ١٤٦، وخاصة هامش ٢ حيث أشار إلى رسالة الدكتور عبد الباسط جيمى، نظرية الأوضاع الظاهرة. رسالة القاهرة ١٩٥٥، ص ١٤٢، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١٣، ١١٤، سمير تناغزو، المرجع

٣٩- (٦) رهن العقار المملوك على الشيوع^(١):

ورهن العقار المملوك على الشيوع متصور في حالتين: الأولى هي رهن جميع الشركاء للعقار المملوك لهم على الشيوع، والحالة الثانية رهن أحد الشركاء، سواء كان رهنا لحصة شائعة، أو لجزء مفرز منه، أو حتى للعقار كله، وعلى ذلك يتعين علينا أن ندرس أثر القسمة على هذه الرهون.

٤٠- الفرض الأول - الرهن الصادر من جميع الشركاء:

إذا صدر الرهن من جميع الشركاء فهو صحيح نافذ في مواجته جميعا ويتوقف مصير الرهن على القسمة: فإذا استحقق الدين المضمون بالرهن أثناء قيام الشيوع فإن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ بحقه على العقار دون أدنى مشكلة. أما إذا تمت القسمة وما زال الرهن قائما، فما هو مصيره؟ في الحقيقة أن الأمر لا يخلو من حالتين: الحالة الأولى أن يختص كل شريك بحصة مفرزة من العقار، وفي هذه الحالة تتحمل كل الحصص بالرهن طبقا لمبدأ عدم التجزئة السابق الكلام عنه.

الحالة الثانية: أن يقع العقار في نصيب أحد المتقاسمين. مقتضى القواعد العامة أن المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص (م ٨٤٣ مدنى) وعلى ذلك فإن الرهن يظل صحيحا فقط في قدر حصته الشائعة، لأنه لم يرهن أكثر من حصته أما رهن غيره من الشركاء تكون غير نافذة في حقه لوقوعه على مالا يملكون وقت إبرام الرهن وذلك طبقا للآثر الكاشف للقسمة.

= السابق، فقرة ٧٦ ص ١٩٢. بينما يذهب بعض الفقهاء إلى عدم الاعتداد بذلك، أنظر سليمان مرقس، التأمينات العينية، فقرة ٤٦ ص ٧٤، محمد على أمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ١٥٥ ص ٤٢٩، عز الدين عبد الله، حماية خاصة بالدائن المرتهن في القانون المصرى ص ٣٠٨ ومشار إليها في المراجع السابقة والمواضيع السابقة، ومحمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ١٩٤ هامش ٨ وقد انتقد بشدة الرأى السابق، وأنظر أيضا المراجع المشار إليها فيه.

(١) أنظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ١١٩، وما بعدها.

هذا كله تطبيقاً للقواعد العامة في الرهن والقسمة . وهذا ما كان يقول به القضاء الفرنسي قبل قانون سنة ١٩١٠ والذي بمقتضاه أصبح الرهن الحاصل من كل الشركاء يقع صحيحاً أياً كانت نتيجة القسمة أو التصفية . وعندما وضع القانون المدني الحالي رأى المشرع نقل هذا الحكم في المادة ١/١٠٣٩ مدني وذلك لأنه يحقق العدالة وحماية الدائن المرتهن الذي أبرم عقد مع جميع الشركاء المالكين للعقار المرهون . وقد نصت المادة ١/١٠٣٩ مدني على أنه «يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الشركاء لعقار شائع، أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته .

وبمقتضى هذا النص إذا اختص أحد الشركاء بكل العقار المرهون على إثر القسمة العينية أو لأن العقار بيع بالمزاد ورساً المزاد عليه، فإن العقار يظل مع ذلك محملاً بالرهن كاملاً، ويتحمل هذا الشريك بالرهن جميعه . على أن يرجع الشريك على باقي الشركاء السابقين وفقاً لأحكام الضمان في القسمة . وذلك ما لم يكن قد أخذ ذلك في الاعتبار عند القسمة أو عند تقدير ثمن العقار^(١) .

٤١- الفرض الثاني - الرهن الصادر من أحد الشركاء:

قد يصدر الرهن من أحد الشركاء أما في حصة شائعة أو في جزء مفرز وقد يكون رهن لكل العقار المملوك على الشيوع:

٤٢- (١) - رهن الشريك لحصة شائعة:

يعتبر هذا الرهن صحيحاً لأنه صادر من مالك . وطبقاً لنص المادة ١/٨٢٦ مدني فإن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها . ومع ذلك فإن مصير الرهن مرتبط بمصير الشيوع - فإذا ما بقي الشيوع قائماً وحل أجل الدين المضمون بالرهن، فإن الدائن المرتهن

(١) عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٤٢ .

يستطيع أن ينفذ على حصة الشريك المرهونة وتباع بالمزاد العلنى، ويحل الرأسى عليه المزاد محل الشريك الراهن فيصبح هو شريكا على الشيوع مع سائر الشركاء.

أما إذا انتهى الشيوع وتمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن المرتهن بحقه على الحصة المرهونة، فإن الشريك الراهن قد يختص بجزء مفرز فى العقار نفسه يعادل الحصة المرهونة، أو بالعقار كله، أو بعقار آخر أو ببعض المنقولات أو بمبلغ من النقود.

١- فإذا اختص الراهن بجزء من العقار نفسه يعادل للحصة الشائعة المرهونة فإن الرهن يتركز فى هذا الجزء المفرز الذى آل اليه على أثر القسمة.

٢- وإذا وقع العقار كله فى نصيب الراهن أو اختص بجزء أكبر من هذه الحصة، فإن الرهن يبقى فى حدود الحصة الشائعة التى رهنت ابتداءً.

٣- إذا وقع فى نصيب الراهن عقارات أخرى انتقل الرهن بمرتبة إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة الحصة التى كانت مرهونة. ويحدد القدر الذى ينتقل اليه الرهن بأمر على عريضة من القاضى بناء على طلب الدائن.

ويجب لكى يحافظ الدائن المرتهن على حقه، فى هذه الحالة، أن يقوم بإجراء قيد جديد ليظهر هذا الانتقال ويبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن - والأصل أن مرتبة الرهن تتحدد من اجراء القيد الجديد. لكن المشرع رأى أن يحقق التوازن بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الغير بأن اشترط أن يتم هذا القيد خلال ٩٠ يوم من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة حتى يحتفظ الدائن المرتهن بمرتبة الرهن من تاريخ القيد الأول فإذا لم يتم به خلال هذه المدة فإن مرتبة الرهن لا تكون الا من تاريخ القيد الجديد. وقد نص المشرع على أن انتقال الرهن واحتفاظه بمرتبته يجب الا يضر برهن صدر من جميع الشركاء على الشيوع لهذا العقار ولا بامتياز

المتقاسمين (م ١٠٣٩/٢ مدنى). وعلى ذلك فإن رهن جميع الشركاء على الشيوع وكذلك امتياز المتقاسمين يظلا متقدمين على الرهن الذى انتقل إلى هذا العقار.

٤- إذا لم يقع فى نصيب المدين الراهن شيء من العقار المرهون أو غيره من العقارات وإنما اختص ببعض المنقولات. فإن الرهن، فى هذه الحالة ينتقل إلى هذه المنقولات ولكنه يتحول إلى رهن حيازى، حيث أن الرهن الرسمى لا يرد على المنقولات^(١) وذلك تحقيقاً للعدالة التى تواخاها المشروع فى نص المادة ١٠٣٩/٢ مدنى^(٢).

٥- إذا اختص الشريك الراهن لحصة شائعة بمبلغ من النقود، فإن للدائن المرتهن، إذا كان أجل دينه قد حل، أن يستوفى حقه بالتقدم من هذا المبلغ بمقتضى الرهن^(٣). أما إذا لم يكن أجل الدين قد حل فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يطلب ايداع المبلغ مع استغلاله بالاتفاق مع الراهن فى أنفع الوجوه حيث يحل أجل الدين ويستوفى الدائن المرتهن حقه. وهذه هى صور رهن الدين^(٤).

(١) أنظر عكس ذلك اسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ٨١ ص ١٨٤، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ١١٢ هامش ٢، السهورى، المرجع السابق، فقرة ١٤٦، ص ٣٣١. ويذهب هذا رأى إلى أن الدائن يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع فى نصيب شريك لم يرهنه، وكذلك لا ينتقل الرهن الرسمى إلى المنقول الذى وقع فى نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لا يصح أن يكون محلاً للرهن الرسمى، وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه فى الرهن نتيجة القسمة.

(٢) أنظر فى نفس هذا المعنى، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٥٥، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٤٦، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ١٧٩.

(٣) أنظر عكس ذلك محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٧٧، ١٧٨.

(٤) أنظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٥٥، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٤٦.

٤٢ - (٢) رهن الشريك لجزء مضر من العقار الشائع؛

وفى هذه الحالة يجب أن نفرق بين حكم الرهن قبل القسمة وحكمه بعد القسمة .

(أ) قبل القسمة:

كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء (م ٨٢٦/١ مدنى) . وعلى ذلك فإن تصرف أو رهن الشريك على الشيوع لصفة مفرزة لا ينفذ فى حق باقى الشركاء مالم يقرره، ولهم أن يتمسكوا بحقوقهم على هذا الجزء المفرز باعتباره شائعاً بينهم جميعاً وذلك عن طريق رفع دعوى الاستحقاق .

أما بالنسبة لحكم الرهن فيما بين طرفيه فإنه يجب أن نفرق فيما إذا كان الدائن المرتهن يعلم أو يجهل بأن المدين الراهن يرهّن حصة مفرزة فى العقار الشائع - فإذا كان الدائن المرتهن يجهل أن المدين الراهن لا يملك فى العقار الا حصة شائعة لا مفرزة فإنه يستطيع أن يطلب ابطال الرهن على أساس الغلط . وقد نصت المادة ٨٢٦/٢ مدنى على ذلك بقولها : «... للمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى ابطال التصرف» . أما اذا كان يعلم أن المدين الراهن لا يملك الا حصة شائعة رغم رهنه حصة مفرزة فإنه لا يستطيع أن يطلب ابطال الرهن للغلط .

(ب) بعد القسمة:

إذا ما وقع الجزء المرهون فى نصيب الشريك الراهن فإن الرهن يستقر على هذا الجزء نهائياً . أما إذا لم يقع هذا الجزء المرهون فى نصيب الراهن فإن الرهن ينتقل إلى ما يقع فى نصيبه على النحو الذى رأيناه بالنسبة لرهن الحصة الشائعة وذلك طبقاً لنص المادة ١٠٣٩ مدنى حيث أنها لا تفرق بين رهن الحصة الشائعة ورهن الحصة المفرفة على إثر القسمة .

٤٤- (٢) رهن الشريك لكل العقار الشائع:

طبقاً لقواعد الشيوخ فإن الشريك على الشيوخ لا يملك أن ينفرد برهن العقار الشائع أو التصرف فيه بصفة عامة، وذلك احتراماً لما لبقية الشركاء من حقوق مماثلة على العقار. وعلى ذلك فإن رهن كل العقار الشائع من جانب أحد الشركاء لا يصير نافذاً في مواجهة باقى الشركاء - ويعتبر الرهن فيما بين طرفيه صحيحاً منتجاً لآثاره ما لم يكن الدائن المرتهن قد وقع فى غلط وذلك باعتقاده أن المدين الراهن مالكا لكل المرهون، وفى هذه الحالة يجوز أن يطلب إبطال الرهن على أساس الغلط وأما فيما عدا ذلك فإن الرهن يبقى صحيحاً فيما بين طرفيه غير نافذ فى حق باقى الشركاء. فإذا تمت القسمة ووقع العقار كله فى نصيب الشريك الراهن استقر الرهن، أما إذا لم يقع فى نصيب الشريك الراهن الا جزء مفرز من العقار فإن الرهن يتركز فى هذا الجزء. أما اذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر غير العقار المرهون فإن الرهن ينتقل إلى هذا العقار وذلك طبقاً لاحكام المادة ١٠٣٩/٢، كما سبق أن رأينا.

٤٥- (ج) مشتملات الرهن:

تكلمنا عن الشروط الواجب توافرها فى الشيء المرهون، والآن يجب علينا أن نعرف مايشمله حق الرهن - وقد جاءت المادة ١٠٣٦ مدنى لتبين لنا مايمكن أن يشمله الرهن وذلك بنصها على أن 'يشتمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المسنحة للمقارلين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليها فى المادة ١١٤٨'.

وكذلك قد بينت المادة ١٠٣٧ مدنى ما يلحق العقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية بقولها أنه 'يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل. ويجرى فى توزيع هذه الغلة مايجرى فى توزيع ثمن العقار'.

وعلى ذلك فإن الرهن لا يشمل فقط العقار المرهون وإنما يشمل أيضاً:

١- العقارات بالتخصيص.

٢- حقوق الارتفاق.

٣- التحسينات والانشاءات.

٤- الثمار والغراس.

٤٦- (١) العقارات بالتخصيص:

العقارات بالتخصيص هي منقولات بحسب طبيعتها، ولكنها مملوكة لصاحب العقار وملحقة بهذا العقار رمرصودة على خدمته واستغلاله (م ٢/٨٢ مدنى). ومن أمثلة ذلك آلات الري والحرث، ومواشى الزراعة بالنسبة للأرض الزراعية، والأثاث بالنسبة للفنادق، والآلات بالنسبة للمصانع، وذلك اذا ما توافرت فيها الشروط السابقة.

فاذا كان هناك رهن مقرر على عقار معين، فإن هذا الرهن يمتد بالتبعية إلى العقارات الثابتة بالتخصيص والملحقة به، أيا كان تاريخ هذا اللاحق، أى سواء كان هذا قبل أو بعد الرهن.

وتبقى كذلك مابقى التخصيص، ويزول عنها هذه الصفة عن طريق فصلها عن العقار والتصرف فيها كمنقولات. ويترتب على ذلك زوال الرهن عنها وسوف نرى فيما بعد مدى سلطة الراهن فى ذلك وأيضاً مدى حق الدائن المرتهن فى الاعتراض على ذلك.

٤٧- (٢) حقوق الارتفاق:

يمتد الرهن ليشمل كل حقوق الارتفاق لخدمة العقار المرهون. سواء كانت هذه الحقوق مقررة عند انشاء الرهن، أو أنها قررت بعد ذلك. وهذه الحقوق لايجوز رهنها استقلالاً عن العقار لأنه لايجوز الحجز عليها منفصلة عنه وبيعها بالمزاد العلنى.

٤٨ - (٣) التحسينات والانشاءات:

يشمل الرهن جميع التحسينات والانشاءات التى نظراً على العقار المرهون، اذا ما اعتبرت من ملحقاته وتوابعه. وأيا كان الوقت الذى نمت فيه، أى سواء كانت موجودة عند الرهن أم وجدت بعد انعقاده.

والتحسينات والانشاءات التى يمتد اليها الرهن هى الاضافات أو الأعمال التى يجريها المالك أو الغير فى العقار المرهون ويترتب عليها ارتفاع قيمته بشرط أن تكون مملوكة لمالك العقار. ويمتد الرهن إلى الانشاءات التى تقام على العقار المرهون والمملوكة للمالك أيا كانت قيمتها حتى ولو فاقت قيمة الشيء المرهون.

ويمتد الرهن أيضاً إلى الإضافات التى تتصل بالعقار فتصبح عقارا بالطبيعة، ولو كانت هذه الإضافات بفعل الطبيعة. فاذا زادت مساحة العقار المرهون بفعل طمى النهر امتد الرهن إلى هذه الزيادة. ولكنها لا تشمل العقارات المجاورة التى يضمها الراهن إلى العقار المرهون أيا كان سبب الضم لأنها تعتبر عقارات مستقلة بذاتها لملحقة بالعقار المرهون.

واذا كان الرهن يمتد إلى كل ما يحدث فى العقار من التحسينات والانشاءات الا أن هذا الرهن لا يخل بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعمارين المنصوص عليها فى المادة ١١٤٨ مدنى.

٤٩ - (٤) الثمار والغراس:

من خصائص الرهن الرسمى، وذلك بخلاف الرهن الحيازى، انه لا يسلب المدين الراهن حيازة العقار المرهون. وعلى ذلك فان للمدين الراهن استعمال واستغلال الشيء المرهون، فاذا انتج العقار ثمارا استطاع أن يقبضها ويتصرف فيها. وكذلك اذا تصرف المدين الراهن فى العقار المرهون فان للشخص الذى انتقلت اليه ملكيته، أى الحائز، حق استعمال واستغلال العقار المرهون. ولا يمتد الرهن إلى هذه الثمار.

وتكون حق مالك العقار المرهون في أخذ الثمار ليس مطلقاً. حيث أن هناك وقت معين حدده المشرع تلحق فيه الثمار بالعقار ويمتد إليها بالنسبة للرهن. ويختلف هذا الوقت باختلاف ما إذا كان العقار لازال في ملكية المدين الراهن، أو انتقل منه إلى شخص آخر، أي الحائز. بالنسبة للفرض الأول، أي العقار المرهون لازال في ملكية المدين الراهن. فقد نصت المادة ١٠٣٧ مدني على أنه «يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية، أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل، ويجري في توزيع الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار». وقد نصت أيضاً المادة ٤٠٦ من قانون المرافعات على ذلك بالإضافة إلى الإجراءات الواجبة الاتباع في بيع هذه الثمار. ونخلص من كل ذلك أنه إذا كان العقار المرهون لا يزال مملوكاً للمدين، كان الحاق الثمار بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية. فالثمار والإيرادات التي لم يتم جنيهاً أو قبضها وقت تسجيل التنبيه ولم يسبق للراهن التصرف فيها يلحق منها بالعقار المرهون ما يخص المدة التي تبدأ من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية حتى رسو المزاد. أما الثمار التي تم جنيهاً والإيرادات التي تم قبضها قبل تسجيل التنبيه فأنها لا تلحق بالعقار ولا يشملها الرهن.

أما بالنسبة للفرض الثاني: وهو حالة انتقال العقار المرهون إلى شخص آخر، أي الحائز، فإن المادة ١٠٧٩ مدني نصت على أنه «على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه انذار جديد، وعلى ذلك فإذا كان العقار في يد الحائز، أي من انتقلت إليه ملكية العقار أو حق عيني عليه، فإن له الحق في أخذ الثمار حتى وقت انذاره بالدفع أو التخلية.

خلاصة القول أن الثمار تلحق بالعقار وبالتالي يمتد إليها الرهن من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية إذا اتخذت إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين الراهن. ومن وقت الانذار بالدفع أو التخلية إذا اتخذت هذه الإجراءات في مواجهة الحائز.

لكي يحدث تسجيل تنبيه نزع الملكية أو الإنذار الموجه إلى الحائز ثمة في الحاق الثمار بالعقار المرهون يجب أن يكون صحيحا وحاصلا في انقياد والا يكون قد سقط (أنظر مادة ٤٠١ مرافعات وما بعدها، ومادة ٤١١/٤١٢ مرافعات).

ويترتب على الحاق الثمار بالعقار المرهون امتداد الرهن اليه وأن يوزع ثمنها كما يوزع ثمن العقار. وأن للدائن المرتهن حق في التقدم على ثمن هذه الثمار حسب مرتبته ودون الاضرار بالغير الذي يكون له حق على هذه الثمار من قبل ويسرى هذا الحكم على كافة أنواع للثمار دون تفريق بين الثمار المدنية، وهي التي يطلق عليها المشرع لفظ «ايراد، كأجرة العقار، والثمار الطبيعية أو المستحدثة، كالمحصولات»^(١). ومع ذلك فان بعض الفقهاء يذهب إلى أن العبرة هي بتاريخ جنى الثمار الطبيعية، فما يجنى منها بعد تسجيل التنبيه يلحق بالعقار ويتعلق به حق الدائن المرتهن، دون أن يستبعد منها جزء يوازي الفترة السابقة والتي بقى فيها المحصول في الأرض، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة ٩٧٨ مدنى والتي تعتبر أن الثمار الطبيعية تعتبر مقبوضة يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما^(٢). وهذا الرأي يهدف إلى تجنب الصعوبات التي تنشأ من احتساب المدد السابقة واللاحقة على تسجيل التنبيه وتقسيم الثمار الطبيعية تبعا لذلك.

(١) هذا هو الرأي السائد في الفقه، أنظر مثلا عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٢٨ ص ٣٤٥، ٣٤٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٥٣، شمس الوكيل. المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٧٦٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٤ ص ٣٦، ٣٧، أحمد سلامة. المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ٢٠٩ وما بعدها، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٥٦.

(٢) أنظر في ذلك شفيق شحانه، المرجع السابق، فقرة ١٢٦ ص ١٠٨.

المبحث الثاني

الشروط الشكلية لانعقاد الرهن

إذا كان الأصل في العقود هو مبدأ الرضائية، بحيث أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين إلا أن في بعض الأحيان يتدخل المشرع ليشترط شكل معين لانعقاد بعض العقود، وذلك مراعاة لاعتبارات خاصة جديرة بهذا الاهتمام. ومن بين هذه العقود الرهن الرسمي. فهو يعتبر من العقود الشكلية (م ١/١٠٣١ مدني).

بالإضافة إلى شرط الرسمية اللازم توافره لانعقاد الرهن، يشترط المشرع أن يتضمن العقد الرسمي بيانات معينة يتم بها تعيين العقار المرهون والدين المضمون تعييناً دقيقاً والا وقع الرهن باطلاً، وهذا هو ما يعبر عنه بمبدأ تخصيص الرهن (م ١٠٣٥ مدني).

ولذلك سوف تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين الأول يتعلق بالرسمية كشرط لانعقاد الرهن، المطلب الثاني يتعلق بمبدأ تخصيص الرهن.

المطلب الأول

الرسمية شرط لانعقاد الرهن

تنص المادة ١/١٠٣١ مدني على أنه «لا ينعقد الرهن إلا إذا كان برقة رسمية». وعلى ذلك فإن الشكلية المطلوبة لانعقاد الرهن هي الرسمية. هذا يستلزم منا أن نعرض لمدى الرسمية وأثرها ثم بعد ذلك للحكمة من اشتراطها وفي النهاية ندرس جزاء تخلفها.

أولاً - مدى الرسمية وأثرها

أول ما يتبادر إلى الذهن هو التساؤل عن المقصود بالرسمية وهذا يستتبع بالحتم الكلام عن الجهة المختصة بأجرائها. ثم بعد ذلك يجب أن نعرض لتساؤل آخر وهو هل يلزم التعبير عن الرضا في شكل رسمي؟ أم يكفي أن يكون الرضا رضا الراضين في ورقة رسمية؟ وقد رتب المشرع على اشتراط

الرسمية فى عقد معين عدة آثار، فىجب أن نعرف عما يترتب على اشتراط
الرسمية بصدد الرهن .

٥٠- (١) المقصود بالرسمية والجهة المختصة باجرائها:

قد سبق أن رأينا أن المشرع قد جعل من الرسمية شكلا لا ينعقد عقد
الرهن بدونه . ويقصد بالرسمية هنا الورقة التى يحررها موظف مختص
بتحرير العقود . وهذا الموظف هو الموثق الذى يحرر العقد وفقا للإجراءات
التى رسمها القانون . وعلى ذلك فلايكفى أن ينعقد الرهن بورقة رسمية
أخرى، كالحكم، أو محضر صلح أمام القضاء، لأن مثل هذه الأوراق، ولو
أنها رسمية، يقوم بتحريرها موظفون غير مختصين بتحرير العقود (١) .

والجهة المختصة بتوثيق العقود طبقا للقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧، هى
مكاتب التوثيق الملحقة بمصلحة الشهر العقارى . أما اذا عقد الرهن فى
الخارج ومتعلق بعقار واقع فى مصر فانه يجوز أن يوثق هذا العقد أمام
موظف مصرى فى احدى القنصليات المصرية الموجودة فى الخارج .
ويخضع هذا العقد للشكل المقرر فى القانون المصرى، ولا يخضع للشكل
المقرر فى قانون البلد الذى تم فيه (م ٢٠ مدنى) وذلك لأن اختصاص
القانون الذى يسرى على الشكل المنصوص عليه فى المادة ٢٠ من القانون
المدنى لا يتناول الا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية فى
الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن
التأمينى، فلا يسرى عليها الا القانون الذى يرجع اليه للفصل فى التصرف
من حيث الموضوع (٢) . ولما كان قانون موقع العقار هو الذى يسرى على

(١) AUBRY et RAU, op.cit. t. III, C 266, No. 243, p. 311, M. Planiol, G. Ripert.
op.cit. par E. Becqué to XII, no 447, p. 486, Mazeaud, op.cit. t. III, No. 250.
p. 258.

وشفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٥٠، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٤
ص ١٧١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص ٦٤، أحمد سلامة
المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ٢٢٦، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٥ ص
٦٠، سمير تناعو، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ١ ص ٢٩٦ .

العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار (م ١٩/٢) فإن عقد الرهن الرسمي إذا ورد على عقار كائن بمصر يجب أن يخضع من حيث الرسمية أيضا لأحكام القانون المصري^(١).

ويتحمل الراهن بكل ما يلزم عقد الرهن من نفقات، كنفقات تحريره، وأتعاب المحامي، إلى غير ذلك. وهذا مالم يتفق على خلافه. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٠٣١/١ بقولها «... ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك».

٥١- (٢) الحكمة من اشتراط الرسمية:

إذا كان الأصل في القوانين الحديثة، وذلك على العكس القوانين القديمة، هو رضائية العقود، إلا أن المشرع قد يخرج في بعض الأحيان عن هذا الأصل ويتطلب أشكال معينة بصدد بعض التصرفات وذلك تحقيقاً لاعتبارات جديرة بالحماية.

ومن بين هذه العقود التي يتطلب المشرع لإبرامها شكل خاص، نجد عقد الرهن الرسمي. وبالرغم من انتقاد بعض الفقهاء لهذا المسلك^(٢)، إلا أن غالبية الفقهاء ترى أن الرسمية تحقق أهداف معينة. فهي تهدف أول ما تهدف إلى حماية الراهن من تسرعه وعدم تبصره. وذلك لأن الرسمية بما تقتضيه من وقت واجراءات تبصره بخطورة التصرف المقدم عليه. فإذا أقدم بالرغم من كل هذا فيكون قد عقد العزم واستدرك الأمر، وبذلك تكون الرسمية قد أدركت هدفها^(٣).

كما أن هناك ارتباط وثيق بين الرسمية ومبدأ التخصيص، فإذا ما ورد

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٦٩، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٩٣ ص ٣٠٢، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٦٢.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٥٣.

(٣) فارر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٤ ص ٦٦، محمود جمال الدين زكي، فقرة ١١٤ ص ٢٢٠، ٢٢١، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ٢٣٦، ٢٣٧، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٤٠.

هذا التخصيص في ورقة رسمية كانت له حجية أقوى أثراً، وبذلك يتفادى بالرسمية المنازعات الاحتمالية التي قد يثيرها أحد طرفي العقد حول البيانات المذكورة فيه، اذا ماتوجها إلى مكتب الشهير العقاري نفيد الرهن^(١) .
والرسمية تحقق أيضا فائدة للدائن المرتهن لا يمكن انكارها. حيث أن العقد الرسمي يعتبر في ذاته سنداً تنفيذياً يستطيع الدائن أن يطلب التنفيذ الجبري بمقتضاه، دون حاجة إلى استصدار حكم (م ٢٨٠ مرافعات)^(٢). وكل هذه الاعتبارات تهدف في النهاية إلى تشجيع الائتمان واستقراره.

٥٢-(٢) هل يلزم التعبير عن الرضا في شكل رسمي؟

في الغالب أن يتم رضا كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن في وقت واحد ويتضمنها سند واحد. وعلى ذلك فان الورقة الرسمية سوف تتضمن الرضا المتبادل لكل من طرفي العقد.

لكن قد يحدث أن يحصل تبادل الرضا في وقتين متعاقبين، فهل يلزم أن يثبت رضا كل من الراهن والمرتهن في ورقة رسمية؟

يجمع الفقه على أن رضا المدين الراهن يجب أن يتم في الشكل الرسمي، اذ هو الشخص الذي قصد القانون حمايته من اشتراط الشكل الرسمي. أما بالنسبة لرضا الدائن المرتهن فان بعض الفقهاء يرى أنه لايلزم أن يتم في ورقة رسمية بل يكفي أن يثبت في ورقة عرقية. بل أكثر من ذلك من الممكن أن يكون رضا ضمنيّاً. وذلك لأن المرتهن انما يفيد من الرهن بدون مقابل، فالرهن يجلب له نفعاً محضاً، ومن ثم كان من المستبعد أن يستلزم المشرع مجيء رضائه في الشكل الرسمي^(٣) :

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص ١٧٠.

(٢) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ٢٣٦، سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١٤١، السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٢٤ ص ٢٨١.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٩٢ ص ٣٠٠، محمد كامل مرسى، التأمينات العينية، فقرة ٦٢ ص ١٠٧، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٦٣ ص ١٠٨، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ٦١، رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٦٨.

ومع ذلك نرى أنه يجب أن يصدر رضاء الطرفين في الشكل الرسمي المطلوب، وذلك طبقاً لنص المشرع الذي أوجب لانعقاد الرهن أن يكون في ورقة رسمية، فالانعقاد لا يكون إلا بإيجاب وقبول. كما أن اشتراط الرسمية وثيق الصلة بمبدأ التخصيص. وعلى ذلك فإنه لا يكفي إفراغ رضاء المدين في الشكل الرسمي بل يجب أن يتم رضاء الدائن المرتهن والمدين الراهن معافى ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن الالتزام المضمون والعقار المرهون وذلك حتى يكتسب هذا الرضاء الحجية التي تكفل تفادى ما قد يثور من منازعات احتمالية^(١).

كما أنه لا يكفي الاستناد إلى أن الرسمية قد اشترطها المشرع لمصلحة المدين دون الدائن للقول بأن الرسمية يجب أن تقتصر على التعبير الصادر من المدين دون الدائن، فمن المعروف أولاً أن الرسمية مقررة لمصلحة كل من الدائن والمدين كما سبق أن رأينا، وثانياً أن الرسمية قد اشترطها المشرع لانعقاد عقد الهبة، ومن المسلم به أن كلا من إيجاب الواهب وقبول الموهوب له يجب صدوره في الصورة الرسمية، مع أن الرسمية هنا يتطلبها القانون لحماية الواهب دون الموهوب له^(٢).

وأخيراً أن العقد متى تطلب القانون رسميته وجب أن يكون كذلك بالنسبة لطرفيه، ولا يقبل أن يكون «نصف رسمي»، رسمياً بالنسبة للراهن ورضائياً بالنسبة للمرتهن. ويتبين من كل ذلك أنه إذا لم يفرغ رضاء كل من الراهن والمرتهن في الشكل الرسمي فلن يكون هناك رهن «رسمي»^(٣).

٥٢- (٤) أثر اشتراط الرسمية في عقد الرهن:

يترتب على اشتراط الرسمية في عقد الرهن وجوب توافر نفس الشكل، أى الرسمية في عقد الوكالة بالرهن، وقد جاء ذلك صريحاً في نص المادة

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص ١٧١، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٢) شفيق شحاتة، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٥١.

(٣) أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ٢٤٠، ٢٤١.

٧٠٠ مدنى بقولها «يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك». وعلى ذلك فاذا أبرم الرهن بواسطة وكيل عن الراهن. فإنه يجب أن تكون الوكالة خاصة ورسمية. ولكن لا يلزم أن يعين فى عقد الوكالة العقار الذى يحصل التوكيل فى رهنه أو الدين الذى يراد ضمانه تعييناً دقيقاً. لأن هذا التعيين سوف يتم فى عقد الرهن نفسه (م ٧٠٢ مدنى). أما بالنسبة للدائن المرتهن فتكفى الوكالة العامة، حيث أن الارتهان ليس من أعمال التصرف، ولكن يلزم أن تكون الوكالة رسمية حيث أنه سوف يقبل عن الدائن المرتهن الرهن الرسمى^(١).

٥٥-(ب) اشتراط الرسمية فى الوعد بالرهن:

وقد نص المشرع فى القانون فى المادة ٢/١٠١ على أنه «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد».

وعلى ذلك فانه يلزم لكى يكون الوعد بالرهن صحيحا أن يتوافر فيه الرسمية المطلوبة بالنسبة للرهن ذاته. والحكمة من ذلك أنه لو لم يشترط فى الوعد الشكل المتطلب فى العقد الموعود به لأدى ذلك إلى الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون. وذلك لأنه يمكن بناء على الوعد بالتعاقد الحصول على حكم يقرر اتمام التعاقد وبهذا يصل الطرفين إلى إبرام العقد دون مراعاة الشكل المطلوب^(٢).

ولكى يكون الوعد بالرهن صحيحا فيجب أن يتم فى ورقة رسمية وأن تتضمن هذه الورقة البيانات الكافية والدقيقة والمتعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون بالرهن. فاذا توافر فى الوعد الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة

(١) أنظر عكس ذلك الفقهاء الذين لا يشترطون الرسمية فى عقد الرهن الرسمى من جانب الدائن، والمراجع السابق الإشارة إليها فى هذا الصدد.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢ ص ٧٤.

لانعقاده، فإن الواعد يلتزم بأبرام عقد الزهن الرسمي . فإذا قاضاه الدائن المرتهن طالبا تنفيذ الوعد، قام حكم القاضي متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد (م ١٠٢ مدنى) .

أما إذا لم تتوافر فى الوعد الرسمية أو لم تتضمن الورقة الرسمية البيانات الخاصة بالعقار المرهون والدين المضمون، فإن هذا الوعد لا يمكن أن يؤدي إلى إلزام الواعد بأبرام الرهن، ولا يمكن للدائن المرتهن أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر حكما يقوم مقام عقد الرهن، لأنه إذا سمح له بذلك لأدى إلى الإفلات من الرسمية المتطلبة فى عقد الرهن ذاته . لكن هل يظل عقد الوعد الذى لم تتوافر فيه الرسمية دون أى أثر؟

نجد أن المذكرة الإيضاحية توضح لنا ما يمكن أن يترتب هذا الاتفاق من آثار فتقول: «ومع ذلك، فالوعد بأبرام عقد رسمى لا يكون خلوا من أى أثر قانونى، إذا لم يستوف ركن الرسمية. فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا فهو بذاته تعاقد كامل يترتب التزامات شخصية، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة 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»^(١) وهذا ما يذهب إليه الفقه الغالب فى مصر^(٢) ، وهو الذى نؤيده .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الوعد الذى لا يستكمل شرط الرسمية يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لا يترتب عليه أى أثر قانونى^(٣) ولكن يمكن للدائن أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢ ص ٧٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٩٦ ص ٣٠٥، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١١٦، محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص ١١٠، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ١٨٨ ص ٢٨٤، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٧٣، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٣٠ ص ٢٨٩، سمير تناغوى، المرجع السابق، فقرة ٦٣ ص ١٤٧، ١٤٨، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٢٧ .

وقارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ٢٣٤، ٢٣٥ .

(٣) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ٢٢٨ .

يحصل على حق اختصاص بناء على حكم بالدين الذي أريد ضمانته
بالرهن^(١) .

ثانيا - جزاء تخلف الرسمية:

ان الرسمية تعتبر شرطاً لانعقاد الرهن، وعلى ذلك فانه يترتب على
تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا. وهذا العقد لا يتحول إلى وعد بتقديم رهن
رسمى وذلك لأن الوعد يجب أن يتوافر فيه الشكل الذي يتطلبه المشرع في
العقد الموعود به (م ١٠١ / ٢ مدنى).

لكن هذا لا يمنع من أن العقد الذي لم تتوافر فيه الرسمية يخلف إتفاق
منشئ لالتزامات شخصية يصلح للمطالبة بالتعويض أو بسقوط أجل الدين،
وهذا هو نفس الحكم الذي أيدناه بصدد الوعد بالرهن الذي لم يتوافر فيه
الشكل الرسمى^(٢) .

المطلب الثاني

مبدأ تخصيص الرهن

لايكفى لانعقاد الرهن أن يتم التراضى فى الورقة الرسمية، بل يجب
أيضا أن تشتمل هذه الورقة على بيانات دقيقة متعلقة بالعقار المرهون والدين
المضمون وهذا ما يسمى بمبدأ التخصيص - فما هو المقصود بمبدأ
التخصيص والحكمة منه - وما هو جزاء مخالفته ؟

أولا: المقصود بمبدأ تخصيص الرهن والحكمة منه:

يجب علينا أولا نتعقب ظهور هذا المبدأ، ثم بعد ذلك نتكلم عن مزاياه،
وندرس بعد ذلك المقصود بمبدأ التخصيص ووجها هذا التخصيص .

(١) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ٦٠، منصور مصطفى منصور، المرجع
السابق، فقرة ٢٨ ص ٧٣.

(٢) قارن عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٩٤ ص ٣٠٣، والمراجع المشار إليها
فى هامش ٦٤ فى الصفحة السابقة.

٥٦- (أ) ظهور مبدأ تخصيص الرهن ومزاياه:

لم يكن مبدأ تخصيص الرهن معروفا في القانون الروماني، إذ يجوز أن يرهن الشخص جميع عقاراته الحاضرة والمستقبلية ولا يخرج من ذلك إلا ما يتم الاتفاق على إخراجه - وقد انتقل الأمر بعد ذلك إلى القانون الفرنسي القديم وأصبح الرهن الرسمي العام هو الرهن المعتاد.

وقد ظل الرهن الرسمي رهنا عاما إلى حين قيام الثورة الفرنسية إذ قامت محاولات لادخال مبدأ التخصيص عند قيد الرهن، ثم تطور الأمر بعد ذلك واشترط مراعاة مبدأ تخصيص الرهن لافى القيد فحسب، وإنما أيضا في عقد الرهن نفسه. ولما وضع التقنين المدني الفرنسي قد أخذ بهذا المبدأ في الرهن الاتفاقي، واستلزمت المادة ٢١٢٩ منه، تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون سواء في السند الرسمي المنشئ للرهن أو في سند رسمي لاحق. ومن ناحية أخرى قد استلزمت المادة ١٢٣٢ من التقنين المدني الفرنسي تخصيص الرهن بالنسبة للدين المضمون. ومع ذلك فقد بقي الرهن القضائي والرهون القانونية في القانون الفرنسي رهونا عامة لاتخضع لمبدأ التخصيص.

وللرهن العام أضرار كثيرة بمصلحة المدين والمصلحة العامة، ففيه حجر على سلطة المدين الراهن في التصرف في أمواله، وهو يقلل من فرص حصوله على الائتمان اللازم وهذا يؤدي إلى شلل الائتمان بصفة عامة.

ولذا نجد أن مبدأ التخصيص يحقق مزايا عديدة لأطراف العقد وللغير وبالتالي للائتمان بصفة عامة.

فالمدين يستطيع أن يفيد من العقارات التي يملكها بحصوله على الائتمان الذي يحتاج له وذلك بتقرير رهن على عقار يتناسب قيمته مع قيمة الدين. وتبقى بقية العقارات غير مثقلة بحقوق الغير، فيستطيع رهن بعضها لضمان دين آخر إذا ما احتاج إلى ذلك. وتبقى له حرية التصرف والحصول على الائتمان فيما تبقى له من عقارات. ويتربى على مبدأ التخصيص

بالنسبة للراهن أن يبصره بما يثقل ماله من حقوق للغير وبالتالي يجعله يتدبر أموره ولا يقدم على الرهن الا بعد تفكير وتدبير.

ويحقق مبدأ التخصيص للدائن مصلحة لاشك فيها، حيث أنه يستطيع معرفة الرهون التي تثقل كل عقار من عقارات المدين ويقدر بالتالى درجة يساره ولايقوم على منحة الائتمان الا إذا تيقن أن قيمة العقار الذى سوف يترتب عليه الرهن تكفى لسداد دينه بل ويزيد.

كما أن مبدأ تخصيص الرهن يحقق للغير مصلحة واضحة، حيث أنه يعلم على وجه الدقة ما يثقل العقار الذى يرغب فى شرائه من حقوق وأعباء فلايفاجأ بعد ذلك بدائن أو دائنين مرتهنين يتتبعوا العقار فى يده .

وكل هذا يؤدى فى النهاية إلى خدمة الائتمان بصفة عامة . ويتحقق بذلك سهولة تداول الأموال وبالتالي سهولة الحصول على الائتمان . ولهذا نجد أن التقنين المدنى المصرى القديم والجديد قد اتبع مبدأ تخصيص الرهن وجعله شرط أساسى لانعقاد الرهن . ومبدأ التخصيص ذو شقين الأول يتعلق بتخصيص العقار المرهون، والثانى يتعلق بتخصيص الدين المضمون بالرهن ويتم هذا التخصيص عادة فى عقد الرهن نفسه، ولكن هذا لا يمنع من وقوع التخصيص فى عقد رسمى لاحق، ولا يعتبر العقد صحيحا الا من وقت التخصيص .

٥٧-(ب) معنى ووجها مبدأ تخصيص الرهن:

قد سبق أن رأينا التخصيص يتعلق بالعقار المرهون من ناحية، وبالدائن المضمون بالرهن من ناحية أخرى . فلنعرض لوجها مبدأ التخصيص حتى نقف على المعنى المقصود بهذا المبدأ .

٥٨-(١) تخصيص العقار المرهون:

فقد نصت المادة ٢/١٠٣٥ مدنى على أنه «يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى، وأن يكون معنيا بالذات

تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، والا وقع الرهن باطلاً.

ويتم تخصيص العقار المرهون طبقاً لهذا النص بوصفه وصفاً دقيقاً من حيث طبيعته ومن حيث موقعه، وذلك في الورقة الرسمية، فيذكر طبيعة العقار، أرضاً زراعية، أرضاً من أراضي البناء، أو منزلاً... الخ. فإذا كان العقار المرهون أرضاً زراعية يذكر اسم البلد واسم الحوض ورقم القطعة وحدودها. فإذا كان أرضاً من أراضي البناء فيذكر البلد الذي تقع فيه، واسم الحى واسم الشارع، ومساحتها وما إلى ذلك. وإذا كان منزلاً فيذكر اسم البلد واسم الحى واسم الشارع ورقم العقار المرهون ويذكر أيضاً مكوناته وما إلى ذلك.

وبيان ما إذا كان التخصيص كافياً أو غير كافٍ يعد أمر متروكاً لتقدير قاضى الموضوع. فإذا ما انتهى إلى عدم كفايته فإنه يحكم ببطلان الرهن.

٥٩- (٢) تخصيص الدين المضمون بالرهن:

سبق أن رأينا أن جميع الالتزامات جائز ضمانها بالرهن، أيا كان مصدرها. وأياً كان محلها وأياً كان الوصف الذى يلحق بها. كما يجوز أن يكون الرهن مقررًا لضمان دين مستقبل أو دين احتمالي، أو حساب جارٍ أو فتح اعتماد.

وعلى ذلك فإن تخصيص الدين المضمون بالرهن يجب أن يتضمن تحديداً دقيقاً لهذا الدين فى عقد الرهن، ويكون ذلك بتحديد مصدره ومقداره. فيبين مصدر الدين قرض، ثمن بيع، تعويض... الخ. يبين مقداره وما إذا كان منتجاً لفائدة أم لا، وسعرها إذا كان منتجاً لها وتاريخ سريانها.. الخ. فإذا كان الدين المضمون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً، أو تقرر لضمان فتح اعتماد أو لفتح حساب جارٍ فإن لم يمكن تحديد مقداره بدقة فإنه يجب أن يحدد الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين (م ١٠٤٠ مدنى).

ثانياً: جزاء عدم تخصيص الرهن:

إذا لم يتضمن العقد الرسمي تخصيصاً للرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لتخلف شرط أساسي من شروط انعقاد الرهن.

ولكن قد يحدث أن يتم التخصيص في ورقة رسمية لاحقة على العقد، فما هو مصير هذا الرهن؟ أجاز المشرع ذلك في المادة ١٠٣٥ مدني، ليس على اعتبار أن ذلك اجازة للعقد الباطل، لأن العقد الباطل لا ترد عليه الاجازة، وإنما على أساس استكمال الشروط اللازمة لقيام العقد، ولذلك فإن العقد لا ينعقد إلا من تاريخ إجراء هذا التخصيص، لا من تاريخ إبرام العقد.

وقد يثور نفس التساؤل الذي قابلناه عند تخلف الرسمية في عقد الرهن، وهو إذا كان عقد الرهن الرسمي قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم تخصيص الرهن إلا يخلف وراءه اتفاق أو عقد غير مسمى منشئاً لالتزامات شخصية؟ وقد سبق أن أيدنا وجود مثل هذا الاتفاق ويجرى على هذا العقد نفس الحكم الذي ذكرناه بصدد العقد الباطل لعدم الرسمية.

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

إذا توافرت شروط انعقاد الرهن الموضوعية والشكلية، ترتبت عليه آثاره فيما بين المتعاقدين. وإذا اتخذت الإجراءات اللازمة لشهرة عن طريق القيد أصبح الرهن ساريا في مواجهة الغير. وعلى ذلك سوف تنقسم الدراسة إلى مبحثين: الأول خاص بدراسة آثار الرهن فيما بين المتعاقدين، والثاني متعلق بدراسة آثار الرهن بالنسبة للغير.

المبحث الأول

آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

وقد سبق أن رأينا أن عقد الرهن من العقود الملزمة لجانب واحد، وهو المدين الراهن، وعلى ذلك فيجب علينا أن نتتبع الالتزامات التي تقع على عاتقه، ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان الرهن لا يحرم الراهن من سلطاته، التصرف والاستغلال والاستعمال، إلا أنه قد يرد على هذه السلطات بعض القيود، فيجب إذن أن نتعرف على مدى سلطات الراهن. أما بالنسبة للدائن المرتهن فإنه يصبح، بمقتضى عقد الرهن الرسمي صاحب حق عيني تبعي بالإضافة إلى صفته كدائن عادي، فيجب أن نعرف ما أثر ذلك. كما أن لهذا الدائن سلطات معينة فيجب علينا أن نعرض لمدى هذه السلطات:

المطلب الأول

آثار الرهن بالنسبة للراهن

وشوف يدور الكلام هنا حول الالتزامات التي تقع على عاتق الراهن بمقتضى عقد الرهن وكذلك سلطاته ومداهما بعد إبرامه لهذا العقد.

أولا - التزامات الراهن

أن ما يهدف اليه الراهن والمرتهن من عقد الرهن هو انشاء حق الرهن على العقار. وبمجرد توافر الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لانعقاد العقد

ينشأ حق الرهن على العقار المرهون ولكنه لا يكون نافذا في مواجهة الغير الا بالقيد^(١).

ويلتزم الراهن بمقتضى عقد الرهن لضمان سلامة الرهن، وكذلك ضمان الهلاك والتلف.

٦٠- (١) التزام الراهن بضمان سلامة الرهن وجزاء الإخلال به:

وقد نصت على ذلك المادة ١٠٤٧ مدنى بقولها «يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك».

ومضمون التزام الراهن بسلامة الرهن هو التزامه، كما يلتزم البائع، بضمان عدم التعرض وضمان الاستحقاق، وعلى ذلك فهو يلتزم بالامتناع شخصيا عن كل تعرض مادي أو قانوني، أى كل عمل ايجابى أو سلبى ينقص من الضمان الذى يخوله الرهن للدائن المرتهن - كما يلتزم بالإضافة إلى ذلك بدفع التعرض القانونى الصادر من الغير.

فلا يجوز، فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصى، أن يقوم الراهن ببيع العقار المرهون أو ترتيب أى حق عينى على العقار لآخر يقوم بشهرة قبل قيد الرهن، أو يقوم بهدم العقار كله أو بعضه، أو نزع شيئا من العقار المرهون، كالأبواب أو النوافذ مثلا، أو من ملحقاته، كالتحسينات أو الانشاءات، أو فصل العقارات بالتخصيص. كما يجب على الراهن أيضا أن يحافظ على العقار المرهون فلا يتركه يتخرب. والأعمال التى يمتنع على الراهن القيام بها هى الأعمال التى تؤدي إلى انقاص ضمان الدائن المرتهن انقاصا كبيرا (م ١٠٤٧) وذلك حتى لا يتخذ الدائن المرتهن من أى عمل تافه ذريعة للتدخل فى كل عمل يجريه المدين مما يترتب عليه الارهاق والعنت لهذا المدين^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٥٠.

ويضمن الراهن أيضا التعرض القانوني الصادر من الغير، وذلك بدفعه كل ادعاء بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن كأن يدعى الغير أنه يملك العقار المرهون، أو يملك حق عيني عليه بالرغم من أن الرهن قد تم على أساس عدم وجود مثل هذه الحقوق.

والدائن المرتهن يستطيع أن يحافظ على حقه وذلك باتخاذ الإجراءات الكفيلة بذلك كأن يعترض على تصرف الراهن في المنقولات والمخصصة لخدمة العقار ليجعل المتصرف اليه ساء النية فلا يجوز له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وذلك في حالة ما اذا تسلم هذه المنقولات. كما أنه يستطيع أن يتخذ في حالة الاستعجال، الوسائل التحفظية اللازمة، كأن يطلب تعيين حارس يتولى المحافظة على العقار على نفقة الراهن، أو أن يطلب الترخيص بالقيام بعمل الترميمات على نفقة العقار حتى يحول دون تهدم العقار.

فإذا وقع من جانب الراهن اخلال بالتزامه بالضمان فان للدائن المرتهن، طبقا للقواعد العامة، أن يطلب تعويض الضرر الذي لحقه بسبب ذلك. والضرر الذي يترتب على الاخلال بهذا الالتزام يتمثل أما في زوال التأمين العيني أو في ضعفه مما يهدد الدائن المرتهن بعدم حصوله على الحق المضمون. ولذلك كان الجزاء هو تقديم تأمين كاف أو سقوط الاجل ودفع الدائن المضمون فورا (م ٢٧٣/٢) وقد جاء المشرع بتطبيقات لذلك في المادة ١٠٤٨/١ مدنى.

٦١- (٢) التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف وتعلق حق الدائن بما يحل
محل العقار المرهون؛

وقد نصت المادة ١٠٤٨ مدنى على أنه:

١- «إذا تسبب الراهن بخلطه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا».

٢- «فاذا 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، وفي الحالة الأخيرة اذا لم يكن للدائن فوائد فلا يكون للدائن حق الا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة مابين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين».

٣- «وفى جميع الأحوال اذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف الضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر».

وكما هو واضح من النص أنه يتكلم فى فقرته الأولى عن الهلاك أو التلف الحاصل بفعل الراهن أو خطئه. ويعتبر هذا من أفعال التعرض المادى التى يضمها ويسأل عنها الراهن. وقد حددت المادة الجزء المناسب فى هذا الفرض وهو تخيير الدائن المرتهن بين اقتضاء تأميناً كافياً أو سقوط الأجل وحلول الدين فوراً. وهذا النص يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة الواردة فى نص المادة ٢٧٣/٢ مدنى.

أما الفقرة الثانية فإن النص يتكلم عن ضمان الهلاك أو التلف الناشئ عن سبب أجنبي عن المدين. وقد أوردت المادة حكم يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة للدائن والمدين. فإذا لم يقبل الدائن فى هذه الحالة بقاء الدين بلا تأمين فإن الخيار يكون للمدين، لا للدائن، فى أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلوله أجله. وحيث أن هذا الهلاك أو التلف قد حدث دون خطأ من جانب المدين الراهن فإنه يجب ألا يضار من حلول أجل الدين ولذلك قد قضت المادة ١٠٤٨/٢ مدنى بأنه فى الحالة التى يكون فيها الدين غير منتجاً للفوائد والمدين يختار حلول الدين أن يخصم من أصل الدين ما يوازي قيمة الفوائد بالسعر القانونى (أى محسوبة بالسعر القانونى ٤ ٪ أو ٥ ٪ حسب الاحول المنصوص عليها فى المادة ٢٢٦ مدنى) عن المدة مابين التاريخ المعين أصلاً للوفاء والتاريخ الذى تم فيه الوفاء بالفعل.

وقد أعطت الفقرة الأخيرة من المادة السابقة للدائن حق الالتجاء إلى الوسائل الوقائية والتحفظية التي من شأنها الحفاظ على العقار المرهون من الأعمال التي تعرضه للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان.

أما إذا حدث وأن هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب من الأسباب واستحق المدين الراهن أى مبالغ نتيجة لذلك، فما هو مصير الرهن فى هذه الحالة؟

وقد أجابت المادة ١٠٤٩ مدنى بنصها على أنه «إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى ترتب على ذلك، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى تقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة.

وعلى ذلك فإن النص قد أخذ بفكرة الحلول العينية^(١)، إذ يحل المقابل النقدي محل العقار فيما كان عليه من حق للدائن المرتهن.

والنص يشير إلى أن المبالغ التى تستحق قد تكون نتيجة لهلاك الشيء المرهون ماديا أو قانونيا: فإذا هلك العقار ماديا بفعل الغير وقضى للمالك بالتعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، أو إذا هلك العقار المرهون أو تلف وكان مؤمنا عليه ضد هذا الخطر، فإن المدين الراهن يستحق مبلغ التأمين، وإذا باع الراهن المبنى انقاضا وهدم العقار فعلا ولا يزال فى ذمة المشتري ثمن الانقاض كله أو بعضه، أو فصل من العقار بعض المنقولات الثابتة بالتخصيص وسلمها إلى مشتري حسن النية وما زال ثمنها فى ذمته، بل إذا هلك العقار نتيجة لكأثرة عامة، كحرب أو زلزال، وقدمت الدولة أو غيرها تعويضا على سبيل المساعدة، وكذلك الحال فى حالة الهلاك القانونى، أى إذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ودفعت الدولة التعويض عن ذلك، فإنه فى كل هذه الأحوال يحل محل العقار مبلغ أو مقابل نقدي ويتعلق به حق الدائن المرتهن.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٥٤، وانظر فى ذلك أيضا، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٨٠. وانظر عكس ذلك، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٩٤ ص ٢٨٦.

ثانياً: مدى سلطات الرهن

٦٢- المبدأ العام: احتفاظ الراهن بسلطاته كمالك مع بعض القيود:

يمتاز الرهن الرسمي بأنه لا يخرج المال المرهون لامن حيازة ولا ملك المدين الراهن، كما أنه لا يخول الدائن المرتهن شيئاً من سلطات المالك، بل أن هذه السلطات جميعاً من استعمال واستغلال وتصرف تظل للمدين الراهن. ولا يرد على سلطات الراهن من قيود إلا ما يقتضيه التزامه بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أى عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمان الدائن المرتهن انقاصاً كبيراً.

أما إذا حل أجل الدين وشرع الدائن المرتهن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فإن حقوق وسلطات المدين الراهن تقتيد بقدر أكبر. وهذه القيود ليست راجعة إلى الرهن ولكنها نتيجة للحجز على العقار. ولذلك فهى ترد على سلطات كل مدين ينفذ أحد الدائنين على عقاره ولو لم يكن العقار مرهوناً.

ونتكلم أولاً عن مدى سلطة الراهن فى العقار المرهون ثم بعد ذلك لمدى سلطته فى استعماله واستغلاله.

٦٣-(١) مدى سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون:

وقد نصت المادة ١٠٤٣ مدنى على أنه «يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن».

وهذا النص يتكلم عن التصرفات القانونية فى العقار المرهون. أما بالنسبة إلى التصرفات المادية فقد سبق أن رأينا أنه يمتنع عن المدين الراهن القيام بالأعمال المادية التى من شأنها المساس بسلامة الرهن أو الانتقاص من قيمة الضمان انتقاصاً كبيراً وذلك بمقتضى التزامه الضمان سلامة الرهن. وللراهن أن يجرى التصرفات المادية التى من شأنها أن تزيد فى قيمة العقار، فللراهن أن يغير فى العقار ليعدده لاستغلال آخر، وأن يبنى أو

يغرس الأشجار، والأمر متروك لتقدير القاضى للحكم على مدى تأثير مثل هذه التصرفات على ضمان الدائن.

أما التصرفات القانونية إذا كانت فى العقار نفسه أو فى بعض ملحقاته، فإنه يجب التفرقة بين التصرفات التى تتم قبل قيد الرهن والتصرفات اللاحقة لذلك. فبالنسبة إلى التصرفات اللاحقة فإنها لا تنفذ فى حق الدائن المرتهن ولا يلحقه منها ضرر. وعلى ذلك فالراهن يستطيع أن يبيع العقار أو يقبض عليه أو يهبه، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل هذه التصرفات. كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وهذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن وله أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق. ويستطيع الراهن أن يرتب على العقار المرهون رهن آخر، رسميا كان أو حيازيا، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز كما لو دخل فى أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كافة هذه الحقوق^(١).

أما التصرفات القانونية التى تشهر بعد انعقاد الرهن وقبل قيده فهى تنفذ قبل الدائن المرتهن وتكون مباشرة هذه التصرفات من جانب الراهن خروجاً على التزامه بضمان الرهن كما سبق أن رأينا، ويترتب على ذلك سقوط الأجل وحلول الدين فوراً بسبب اضعاف التأمينات.

وحرية المالك الراهن فى التصرف فى العقار المرهون تعتبر من النظام العام. وعلى ذلك فإن حرية الراهن فى أن يتصرف فى العقار على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن ويكون باطلا تعهد الراهن للمرتهن بألا يتصرف فى العقار المرهون^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٣٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ٣٩، وجزء ٤ ص ٢٧٥. وانظر عكس ذلك. شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ هامش ٥، وحسن كيده، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ٨٦ ص ٢٨٧، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٢١٤ ص ٢١٨.

ثانياً: مدى سلطات الرهن

٦٢-المبدأ العام: احتفاظ الراهن بسلطاته كمالك مع بعض القيود:

يمتاز الرهن الرسمي بأنه لا يخرج المال المرهون لامن حيازة ولا ملك المدين الراهن، كما أنه لا يخول الدائن المرتهن شيئاً من سلطات المالك، بل أن هذه السلطات جميعاً من استعمال واستغلال وتصرف تظل للمدين الراهن. ولا يرد على سلطات الراهن من قيود إلا ما يقتضيه التزامه بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أى عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمان الدائن المرتهن انقاصاً كبيراً.

أما إذا حل أجل الدين وشرع الدائن المرتهن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فإن حقوق وسلطات المدين الراهن تقتيد بقدر أكبر. وهذه القيود ليست راجعة إلى الرهن ولكنها نتيجة للحجز على العقار. ولذلك فهى ترد على سلطات كل مدين ينفذ أحد الدائنين على عقاره ولو لم يكن العقار مرهوناً.

ونتكلّم أولاً عن مدى سلطة الراهن فى العقار المرهون ثم بعد ذلك لمدى سلطته فى استعماله واستغلاله.

٦٣-(١) مدى سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون:

وقد نصت المادة ١٠٤٣ مدنى على أنه «يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن».

وهذا النص يتكلّم عن التصرفات القانونية فى العقار المرهون. أما بالنسبة إلى التصرفات المادية فقد سبق أن رأينا أنه يمتنع عن المدين الراهن القيام بالأعمال المادية التى من شأنها المساس بسلامة الرهن أو الانتقاص من قيمة الضمان انتقاصاً كبيراً وذلك بمقتضى التزامه الضمان سلامة الرهن. وللراهن أن يجرى التصرفات المادية التى من شأنها أن تزيد فى قيمة العقار، فللراهن أن يغير فى العقار ليعدّه لاستغلال آخر، وأن يبنى أو

يغرس الأشجار، والأمر متروك لتقدير القاضي للحكم على مدى تأثير مثل هذه التصرفات على ضمان الدائن.

أما التصرفات القانونية إذا كانت في العقار نفسه أو في بعض ملحقاته، فإنه يجب التفرقة بين التصرفات التي تتم قبل قيد الرهن والتصرفات اللاحقة لذلك. فبالنسبة إلى التصرفات اللاحقة فإنها لا تنفذ في حق الدائن المرتهن ولا يلحقه منها ضرر. وعلى ذلك فالراهن يستطيع أن يبيع العقار أو يقبض عليه أو يهبه، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل هذه التصرفات. كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وهذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن وله أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق. ويستطيع الراهن أن يرتب على العقار المرهون رهن آخر، رسميا كان أو حيازيا، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز كما لو دخل في أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كافة هذه الحقوق^(١).

أما التصرفات القانونية التي تشهر بعد انعقاد الرهن وقبل قيده فهي تنفذ قبل الدائن المرتهن وتكون مباشرة هذه التصرفات من جانب الراهن خروجاً على التزامه بضمان الرهن كما سبق أن رأينا، ويترتب على ذلك سقوط الأجل وحلول الدين فوراً بسبب اضعاف التأمينات.

وحرية المالك الراهن في التصرف في العقار المرهون تعتبر من النظام العام. وعلى ذلك فإن حرية الراهن في أن يتصرف في العقار على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن ويكون باطلا تعهد الراهن للمرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٣٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ٣٩، وجزء ٤ ص ٢٧٥. وانظر عكس ذلك. شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ هامش ٥، وحسن كيده، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ٨٦ ص ٢٨٧، محمد علي امام، المرجع السابق، فقرة ٢١٤ ص ٢١٨.

ثانياً: مدى سلطات الرهن

٦٢-المبدأ العام: احتفاظ الراهن بسلطاته كمالك مع بعض القيود:

يمتاز الرهن الرسمي بأنه لا يخرج المال المرهون لامن حيازة ولا ملك المدين الراهن، كما أنه لا يخول الدائن المرتهن شيئاً من سلطات المالك، بل أن هذه السلطات جميعاً من استعمال واستغلال وتصرف تظل للمدين الراهن. ولا يرد على سلطات الراهن من قيود إلا ما يقتضيه التزامه بضمان سلامة الرهن من الامتناع عن أى عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمان الدائن المرتهن انقاصاً كبيراً.

أما إذا حل أجل الدين وشرع الدائن المرتهن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فإن حقوق وسلطات المدين الراهن تقتيد بقدر أكبر. وهذه القيود ليست راجعة إلى الرهن ولكنها نتيجة للحجز على العقار. ولذلك فهى ترد على سلطات كل مدين ينفذ أحد الدائنين على عقاره ولو لم يكن العقار مرهوناً.

ونتكلم أولاً عن مدى سلطة الراهن فى العقار المرهون ثم بعد ذلك لمدى سلطته فى استعماله واستغلاله.

٦٣-(١) مدى سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون:

وقد نصت المادة ١٠٤٣ مدنى على أنه «يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن».

وهذا النص يتكلم عن التصرفات القانونية فى العقار المرهون. أما بالنسبة إلى التصرفات المادية فقد سبق أن رأينا أنه يمتنع عن المدين الراهن القيام بالأعمال المادية التى من شأنها المساس بسلامة الرهن أو الانتقاص من قيمة الضمان انتقاصاً كبيراً وذلك بمقتضى التزامه الضمان سلامة الرهن. وللراهن أن يجرى التصرفات المادية التى من شأنها أن تزيد فى قيمة العقار، فللراهن أن يغير فى العقار ليعدده لاستغلال آخر، وأن يبنى أو

يغرس الأشجار، والأمر متروك لتقدير القاضي للحكم على مدى تأثير مثل هذه التصرفات على ضمان الدائن.

أما التصرفات القانونية إذا كانت في العقار نفسه أو في بعض ملحقاته، فإنه يجب التفرقة بين التصرفات التي تتم قبل قيد الرهن والتصرفات اللاحقة لذلك. فبالنسبة إلى التصرفات اللاحقة فإنها لا تنفذ في حق الدائن المرتهن ولا يلحقه منها ضرر. وعلى ذلك فالراهن يستطيع أن يبيع العقار أو يقبض عليه أو يهبه، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل هذه التصرفات. كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وهذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن وله أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق. ويستطيع الراهن أن يرتب على العقار المرهون رهن آخر، رسميا كان أو حيازيا، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز كما لو دخل في أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كافة هذه الحقوق^(١).

أما التصرفات القانونية التي تشهر بعد انعقاد الرهن وقبل قيده فهي تنفذ قبل الدائن المرتهن وتكون مباشرة هذه التصرفات من جانب الراهن خروجاً على التزامه بضمان الرهن كما سبق أن رأينا، ويترتب على ذلك سقوط الأجل وحلول الدين فوراً بسبب اضعاف التأمينات.

وحرية المالك الراهن في التصرف في العقار المرهون تعتبر من النظام العام. وعلى ذلك فإن حرية الراهن في أن يتصرف في العقار على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد اتفاق مع الدائن المرتهن ويكون باطلا تعهد الراهن للمرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٣٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ٣٩، وجزء ٤ ص ٢٧٥. وانظر عكس ذلك. شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ هامش ٥، وحسن كيده، الحقوق العينية الأصلية، فقرة ٨٦ ص ٢٨٧، محمد علي امام، المرجع السابق، فقرة ٢١٤ ص ٢١٨.

٦٢-المبدأ
يعتبر
المدين
أنه
يؤثر
على
تأثير
مشر

لى الراهن مباشرتها لأنها تؤثر على الكيان
'ى انقاص الضمان نزع بعض الأجزاء
فيها على اعتبار أنها منقولات بحسب
ات بالتخصص عن العقار المرهون.
فى التصرف فى هذه الحالة ومامدى حق
حراض ؟

ع الراهن المنزل المرهون بقصد هدمه أو تصرف فى أشجار
عروسة فى الأرض المرهونة بقصد قطعها . فإذا هدم المنزل بالفعل أو
قطعت الأشجار وترتب على ذلك نقص فى الضمان كان للدائن المرتهن
اعتبار فعل الراهن اضعافاً للتأمين وله أن يطلب بالتالى سقوط الأجل وحلول
الدين . وإذا قد تم ذلك بعد قيد الرهن كان للدائن المرتهن الاعتراض عليه ،
وله طبقاً لنص المادة ١٠٤٧ مدنى أن يتخذ الاجراءات التحفظية كطلب
تعيين حارس على العقار لمنع الهدم أو القطع . فإذا نزع المنقولات ولم
تسلم إلى المشتري كان له أن يمنعه من نقلها . وإذا نقلت وتسلمها المشتري
بالفعل ، كان للدائن المرتهن أن يستردها إذا كان المشتري سىء النية يعلم
بالرهن ، والا امتنع عليه ذلك ، حيث أن المشتري يستطيع أن يتمسك حينئذ
بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية» . وكل ما للدائن المرتهن فى هذه
الحالة الأخيرة هو أن يحجز على ثمن هذه المنقولات تحت يد المشتري إذا
كان لم يقم بعد بوفائه إلى البائع (المدين الراهن) .

أما بالنسبة للعقارات بالتخصص قد سبق أن رأينا أنها تعتبر من
ملحقات العقار المرهون وأن الرهن يمتد إليها سواء وجدت فى العين عند
الرهن أو الحقت به بعد ذلك . لكن هل يستطيع الراهن أن يتصرف فيها بعد
ذلك ؟

الأصل أن الرهن لا يمنع الراهن من التصرف فى العقارات بالتخصص
مادام أن التصرف فى هذه العقارات لن يترتب عليه انقاص الضمان . أما إذا

كان التصرف فيها من شأنه ذلك فانه يكون للدائن المرتتهن الحق في الاعتراض على هذا التصرف. لكن هذا الاعتراض لا يعتد به الا بالنسبة الى التصرفات التي تتعلق بالمنقولات التي كانت ملحقة بالعقار وقت الرهن لأن هذه وحدها هي التي عول عليها الدائن المرتتهن.

ويستطيع الدائن المرتتهن أيضا أن يمانع في نقلها من العين وأن يطلب تعيين حارس عليها (م ١٠٤٧ مدني). فاذا تسلمها المتصرف اليه وكان حسن النية فان الدائن المرتتهن لا يمكن تتبعها وذلك لأن الحائز سوف يتذرع بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية». ولا يبقى للدائن الا مباشرة حق الأفضلية على ثمنها. أما اذا كان المتصرف اليه سىء النية يعلم بالرهن، فان الدائن يكون له الحق في استردادها بمقتضى ماله من حق في التتبع.

٦٤- (٢) مدي سلطة الراهن في الاستعمال والاستغلال:

ان الراهن لا يزال مالكا للعقار المرهون وحائز له حتى بعد الرهن، وعلى ذلك فان من حقه أن يستولى على ثماره اذ الثمار تكون أصلا للمالك. ويكون له الحق في استغلال العقار المرهون واستعماله. وقد نصت على ذلك المادة ١٠٤٤ مدني بقولها «للراهن الحق في ادارة انعقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت الحقاها بالعقار».

فللراهن استعمال العقار بنفسه وله أن يقبض ثماره الطبيعية اذا كان منتج ثمارا، ما أنه له استغلاله عن طريق التأجير، فيقبض الأجرة ويتصرف فيها. وهو اذا باع الثمار أو قبضها لم يكن للدائن المرتتهن حق في الاعتراض على هذا.

ويبقى حق الراهن في قبض الثمار، طبيعية كانت أو مستحدثة أو مدنية، وفي التصرف فيها إلى الوقت الذي تلحق فيه هذه الثمار بالعقار.

وهذه الثمار تلحق بالعقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. فمنذ هذا التاريخ يتقيد حق الراهن في التصرف في الثمار. هذا القيد ليس في الواقع

ومن الأعمال التي يمتنع على الراهن مباشرتها لأنها تؤثر على الكيان المادى للعقار، وتؤدي بالتالى إلى انقاص الضمان نزع بعض الأجزاء المعتبرة عقارا بالطبيعة والتصرف فيها على اعتبار أنها منقولات بحسب المال، وفصل المنقولات المعتبرة عقارات بالتخصص عن العقار المرهون. لكن مامدى سلطة المدين الراهن فى التصرف فى هذه الحالة ومامدى حق الدائن المرتهن فى الاعتراض؟

فاذا باع الراهن المنزل المرهون بقصد هدمه أو تصرف فى أشجار مغروسة فى الأرض المرهونة بقصد قطعها. فاذا هدم المنزل بالفعل أو قطعت الأشجار وترتب على ذلك نقص فى الضمان كان للدائن المرتهن اعتبار فعل الراهن اضعافا للتأمين وله أن يطلب بالتالى سقوط الأجل وحلول الدين. وإذا قد تم ذلك بعد قيد الرهن كان للدائن المرتهن الاعتراض عليه، وله طبقا لنص المادة ١٠٤٧ مدنى أن يتخذ الاجراءات التحفظية كطلب تعيين حارس على العقار لمنع الهدم أو القطع. فاذا نزع المنقولات ولم تسلم إلى المشتري كان له أن يمنعه من نقلها. وإذا نقلت وتسلمها المشتري بالفعل، كان للدائن المرتهن أن يستردها اذا كان المشتري سىء النية يعلم بالرهن، والا امتنع عليه ذلك، حيث أن المشتري يستطيع أن يتمسك حينئذ بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية». وكل ما للدائن المرتهن فى هذه الحالة الأخيرة هو أن يحجز على ثمن هذه المنقولات تحت يد المشتري اذا كان لم يَم بعد بوفائه إلى البائع (المدين الراهن).

أما بالنسبة للعقارات بالتخصيص قد سبق أن رأينا أنها تعتبر من ملحقات العقار المرهون وأن الرهن يمتد إليها سواء وجدت فى العين عند الرهن أو الحقت به بعد ذلك. لكن هل يستطيع الراهن أن يتصرف فيها بعد ذلك؟

الأصل أن الرهن لا يمنع الراهن من التصرف فى العقارات بالتخصيص مادام أن التصرف فى هذه العقارات لن يترتب عليه انقاص الضمان. أما اذا

كان التصرف فيها من شأنه ذلك فانه يكون للدائن المرتهن الحق في الاعتراض على هذا التصرف. لكن هذا الاعتراض لا يعتد به الا بالنسبة الى التصرفات التي تتعلق بالمنقولات التي كانت ملحقة بالعقار وقت الرهن لأن هذه وحدها هي التي عول عليها الدائن المرتهن.

ويستطيع الدائن المرتهن أيضا أن يمانع في نقلها من العين وأن يطلب تعيين حارس عليها (م ١٠٤٧ مدني). فاذا تسلمها المتصرف اليه وكان حسن النية فان الدائن المرتهن لا يمكن تتبعها وذلك لأن الحائز سوف يتذرع بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية». ولا يبقى للدائن الا مباشرة حق الأفضلية على ثمنها. أما اذا كان المتصرف اليه سىء النية يعلم بالرهن، فان الدائن يكون له الحق في استردادها بمقتضى ماله من حق في التتبع.

٦٤- (٢) مدي سلطة الراهن في الاستعمال والاستغلال:

ان الراهن لا يزال مالكا للعقار المرهون وحائز له حتى بعد الرهن، وعلى ذلك فان من حقه أن يستولي على ثماره اذ الثمار تكون أصلا للمالك. ويكون له الحق في استغلال العقار المرهون واستعماله. وقد نصت على ذلك المادة ١٠٤٤ مدني بقولها «للراهن الحق في ادارة انعقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت الحقاها بالعقار».

فللراهن استعمال العقار بنفسه وله أن يقبض ثماره الطبيعية اذا كان منتج ثمارا، ما أنه له استغلاله عن طريق التأجير، فيقبض الأجرة ويتصرف فيها. وهو اذا باع الثمار أو قبضها لم يكن للدائن المرتهن حق في الاعتراض على هذا.

ويبقى حق الراهن في قبض الثمار، طبيعية كانت أو مستحدثة أو مدنية، وفي التصرف فيها إلى الوقت الذي تلحق فيه هذه الثمار بالعقار.

وهذه الثمار تلحق بالعقار بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. فمنذ هذا التاريخ يتقيد حق الراهن في التصرف في الثمار. هذا القيد ليس في الواقع

نتيجة لحق الرهن، بل هو نتيجة للحجز على العقار. ولذلك فهو يرد حتى ولو كان الدائن الذى يباشر التنفيذ دائنا عاديا، وحتى ولو لم يكن العقار مرهونا.

فتسجيل تنبيه نزع الملكية يترتب عليه الحاق الثمار بالعقار، فيتعلق بها حق الدائن المرتهن ويمتد اليها الرهن. وفي ذلك تنص المادة ١٠٣٧ مدنى على أنه «يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار، وقد أكد ذلك المشروع فى المادة ١٠٤٤ مدنى. وقد جاءت المادة ٤٠٦، ٤٠٧ مرافعات أكثر تفصيلا فى ذلك.

لكن ما قد يعرض من مشاكل يتعلق أولا بمدى نفاذ الايجار فى حق الدائن المرتهن إذ أن وجود الايجار قد ينقص من قيمة العقار. وثانيا بمدى الاحتجاج بالمخالصات بالآجرة المعجلة، والحوالة بها مقدما فى حق الدائن المرتهن.

٦٥- (أ) مدى نفاذ الايجار فى حق الدائن المرتهن:

وقد جاء المشروع بنص صريح فى هذا الشأن. فقد نصت المادة ١٠٤٥ مدنى على أن «الايجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن الا اذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. أما اذا لم يكن الايجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم يعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذا الا اذا أمكن اعتباره داخل فى الادارة الحسنة.

«واذا كان الايجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات فلا يكون نافذا فى حق الدائن المرتهن الا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن».

وقد نصت المادة ١١ من قانون الشهر العقارى على أنه «يجب تسجيل الايجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار اذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما، وكذلك

الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الايجارات والسندات، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة .

ويمكن ملاحظة أن هذه النصوص تعتبر أن الايجار الذي تزيد مدته على تسع سنوات يكون أقرب إلى أعمال التصرف منه إلى أعمال الإدارة . ولذلك نجد المشرع استلزم تسجيله مثله مثل أعمال التصرف حتى يمكن الغير من العلم به في حالة ما إذا أراد أن يتعاقد على هذا العقار . ونفاذ الايجار يعنى أن هذا العقد يحتج به في مواجهة المتصرف إليه ، فينبغى عليه مراعاة التقيد بعقد الايجار .

ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التفرقة بين الايجار الذي تزيد مدته على تسع سنوات والايجار الذي لا تزيد مدته على ذلك :

- فإذا زادت مدة الايجار الصادر من الراهن بالنسبة إلى العقار المرهون على تسع سنوات، فإن هذا الايجار لا يسرى بكامل مدته على الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلاً قبل قيد الرهن . أما إذا كان الايجار غير مسجل ولكنه كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فإنه يسرى لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريان عقد الايجار . وعلى ذلك فإذا كان عقد الايجار قد عقد لمدة ١٢ سنة وكان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بخمس سنوات . فإن هذا العقد لا يسرى على الدائن المرتهن إلا لمدة أربع سنوات فقط من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية أو عقد بعد هذا التسجيل ولم تعجل فيه الأجرة ، فإنه لا يسرى في حق الدائن المرتهن إلا في حدود أعمال الإدارة الحسنة ، فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر بحسب ما يقدره قاضى الموضوع .

- فإذا لم تزيد مدة الايجار عن تسع سنوات، فإنه لا يشترط تسجيله ، ولكن يجب ، حتى يسرى بكامل مدته في حق الدائن المرتهن، أن يكون

ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون . فإذا أجر الراهن العقار المرهون لمدة تسع سنوات، وكان الايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لمدة أربع سنوات فإنه يسرى فى حق الدائن المرتهن تسع سنوات من وقت سريان عقد الايجار، أى يسرى لمدة خمس سنوات بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، وعلى الدائن المرتهن أن ينزع ملكية العقار باعتباره مؤجرا لهذه المدة . أما اذا كان الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أو عقد بعد تسجيل هذا التنبيه ولم تعجل فيه الاجرة فإنه لايسرى فى حق الدائن المرتهن الا فى حدود الادارة الحسنة، فيسرى لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر، بحسب ما يراه قاضى الموضوع .

ويعتبر الايجار من أعمال الادارة الحسنة اذا لم تقل أجرته عن أجره المثل، ولا تعجل أجرته الا فى الحدود المألوفة، وكانت مدته لاتجاوز المدة المعتادة وفقا لما تجرى عليه العادة فى تأجير مثل هذا العقار . والسائد أن المدة المعتادة فى هذا الخصوص هى ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية وسنة فى المباني . فاذا جاوزت المدة هذا القدر وجب انقاصها .

وفى جميع الأحوال التى ينفذ الايجار فى حق الدائن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، يجوز للمستأجر أن يقوم بوفاء الأجرة إلى المالك . فهذا الوفاء يبرئه مادام لم يوقع حجز تحت يده على هذه الأجرة . وقد نصت المادة ٣/٤٠٧ من قانون المرافعات على أن الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه تعتبر محجوزة تحت يد المستأجر بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين . فاذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارسا (م ٤/٤٠٧ مرافعات) .

٦٦- (ب) مدي حق المدين الراهن فى قبض اجرة العقار المرهون وحوالتها مقدما؛

قد سبق أن قلنا أن الراهن يحتفظ بحقه فى استغلال واستعمال العقار

المرهون ويكون له بالتالى الحق فى قبض الأجرة والتصرف فيها عن طريق الحوالة ولو قبل استحقاقها . ويبقى له هذا الحق إلى أن يسجل تنبيه نزع الملكية . أما اعتبارا من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية فان الأجرة التى تستحق عن المدة التالية تلحق بالعقار ويمتد اليها الرهن ويتعلق بها حق الدائن المرتهن .

وقد جاءت المادة ١٠٤٦/١ مدنى لتوضح مدى حق المدين الراهن فى قبض وحوالة الاجرة وشروط نفاذها ، بنصها على أنه «لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة فى حق الدائن المرتهن الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية» .

٢- «أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فانها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن مالم تكن مسجلة قبل قيد الرهن، والا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة» .

وتنص المادة ٤٠٩ مرافعات على أن «المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر . فاذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها الا لمدة سنة» .

وقد نصت على ذلك أيضا المادة ١١ من قانون الشهر العقارى بقولها يجب تسجيل ... المخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على ... أجرة ثلاث سنوات .

ونخلص من كل ذلك إلى أن المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدما والتى تكون مدتها تزيد على ثلاث سنوات لا تنفذ فى حق الدائن المرتهن لكامل

المدة المعحلة الا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن فانها تسرى في حق الدائن المرتهن، أما إذا لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ولكنها كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فانها لا تسرى الا لمدة ثلاث سنوات فقط ولا تعتبر أجرة السنتين الأخيرتين من الخمس سنوات قد عجلتا. فإن لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فانها لا تسرى في حق الدائن المرتهن الا في حدود الادارة الحسنة. وقد جاءت المادة ٤٠٩ مرافعات وحددتها بمدة سنة وهذا الحكم الأخير هو الواجب الاتباع.

أما اذا كانت المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدما لاتزيد عن ثلاث سنوات فان القانون لا يوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة في هذه الحالة ولكن يشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أي قبل الحاق الثمار بالعقار وبالتالي امتداد الرهن اليها وتعلق حق الدائن المرتهن بها. فإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة ثلاث سنوات وثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فانها تسرى في حق الدائن المرتهن ويجب على هذا الأخير أن يعتبر العقار المرهون قد عجلت أجرته لمدة ثلاث سنوات، أما اذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فانه لا تكون نافذة الا في حدود أجرة سنة (م ٤٠٩ مرافعات).

المطلب الثاني

آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن

٦٧-(١) التنفيذ على العقار المرهون وعلى أموال المدين الأخرى
بمقتضى الضمان العام؛

ان الدائن المرتهن له صفتان وحقتان، فهو دائن وهو مرتهن، أي أنه صاحب حق شخصي وصاحب حق عيني. فيستطيع باعتباره دائن صاحب حق شخصي أن ينفذ على جميع أموال المدين وذلك بمقتضى ماله من حق الضمان العام. لكن في هذه الحالة يستوفى حقه بالاشتراك مع سائر الدائنين الذين يدخلون في اجراءات التنفيذ. وله بصفته دائن مرتهن حق عيني على

العقار المخصص لضمان الدين ويستطيع بمقتضى هذا الحق التنفيذ على العقار المرهون ويتتبعه فى أى يد يكون واقتضاء حقه بالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة.

وقد كانت المادة ١٠٥٠ من الشروع التمهيدي للقانون المدني تتضمن فقرة أولى تنص على أنه «يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق. شأنه فى ذلك شأن كل دائن عادى، وذلك مع مراعاة المادتين ٣٢٧، ٣٢٩ وقد حذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة «لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة»^(١).

بالإضافة إلى ذلك قد كان قانون المرافعات الملغى ينص فى المادة ٤٨٩ منه على أنه لايجوز للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه الا اذا كان مخصص للوفاء غير كاف، وعندئذ يكون التنفيذ عن غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقفية «وقد جاء قانون المرافعات الجديد الصادر فى ٧ مايو ١٩٦٨ خال من هذا النص، بل أن المشروع المقدم لمجلس الأمة كان يتضمن نص مقابل له وهو نص المادة ٣٠٨، وقد روى حذف هذا النص. وقد جاء فى تقرير ذلك «أن سبب هذا الحذف أن هذا النص منتقد من الناحية النظرية لأنه يضع الدائن ذا التأمين الخاص فى مركز أقل من مركز الدائن العادى الذى له حق الحجز على جميع أموال المدين بما فيها أمواله المحملة بتأمينات. هذا فضلا عن ضالة فائدة هذا النص من الناحية العملية.

وعلى ذلك فإن تقرير الرهن لا يحرم الدائن المرتهن من حقه كدائن عادى، فى التنفيذ على أموال المدين الأخرى، فليس هناك ثمة ما يمنع أن يبدأ الدائن المرتهن بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى غير المال المرهون، كل ما هنالك أنه سوف يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين. وله اذا لم تكن قيمة العقار المرهون كافية للوفاء بحقه أن ينفذ على سائر أموال المدين لاستيفاء

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧، ٥٦ - ٥٧.

ماتبقى له . ولكن الدائن المرتهن يتساوى فى هذه الحالات مع الدائنين العاديين لأن حقه فى التقدم مقصور على ائمال المخصص لضمان الوفاء بحقه .

وتبدأ سلطات المدين الراهن تنكمش بمجرد اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار المرهون بينما تبدأ سلطات الدائن المرتهن فى الاتساع . وحق الدائن المرتهن فى المطالبة بالتنفيذ لا يبدأ الا بعد حلول أجل الدين المضمون بالرهن . أما قبل ذلك فانه ليس له من حق سوى الاعتراض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه المساس بسلامة الرهن أو انقاص ضمانه انقاصا كبيرا .

٦٨- (٢) مركز الكفيل العيني:

يمكن أن يكون الراهن شخص آخر غير المدين ، هذا هو الكفيل العيني ، والكفيل العيني تقتصر مسئوليته على حدود المال الذى قدمه ضمان لدين المدين فلا تتجاوزه - وقد نصت على ذلك المادة ١٠٥٠ مدنى بقولها ، اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله الا مارهن من هذا المال ...

وبالرغم من الرهن الذى قدمه الكفيل العيني ، فان الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على أموال المدين بمقتضى حقه فى الضمان العام ، لكن لا يجوز للكفيل العيني أن يدفع بتجريد المدين مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١٠٥٠ مدنى) . فللدائن أن يبدأ بالتنفيذ على العقار الذى قرر الكفيل العيني رهن عليه حتى ولو كان هناك رهن آخر لضمان نفسى الدين على ماله مملوك للمدين . والتزام الكفيل العيني التزام تابع ، ولذلك جاز له أن يتمسك بالدفع التى يتمسك بها المدين والتى من شأنها أن تؤدى إلى انقضاء الدين كله أو بعضه (م ١٠٤٢ / ٢) .

وبالنسبة لمباشرة اجراءات التنفيذ فى مواجهة الكفيل فانها تبدأ باعلان

بالتنبيه بنزع الملكية إلى الراهن (الكفيل العيني) بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة ٢٨١ (م ٤٠١ فقرة أخيرة مرافعات). وبذلك لم يأخذ المشرع بما أخذت به بعض التشريعات الأجنبية من تطبيق قواعد التنفيذ في مواجهة حائر العقار على حالة الكفيل العيني. وذلك لأن الحائز قد انتقلت إليه ملكية العقار من المدين أو حق عيني قابل للرهن عليه، أما عقار الكفيل العيني فلم يكن قط مملوكاً للمدين، فمن العبث تسجيل تنبيه نزع الملكية باسم المدين إذ لا علاقة للمدين به ولا يتصور أن يتعامل فيه مع أحد. ومن ناحية أخرى فإن حماية الغير تقتضى ألا يكون العقار محجوزاً إلا بالتنبيه، بإجراء شهر باسم الكفيل العيني، وذلك أنه لو سجل باسم المدين واعتبر العقار بهذا محجوزاً فإن الغير قد يشتري العقار من الكفيل العيني دون أن يكون في استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه. لهذا روى أن يكون التنفيذ بتنبيه نزع الملكية وتسجيل هذا التنبيه باسم الكفيل العيني. وبهذا التسجيل وليس بإجراء قبلة أيا كان تترتب آثار الحجز. على أنه يجب تكليف المدين قبل هذا بالوفاء لأنه هو المسؤول شخصياً عن الدين^(١).

ويستطيع الكفيل العيني، إذا أراد توقي إجراءات التنفيذ أن يتخلى عن العقار المرهون، ويتبع في ذلك ما يتبعه الحائز من أوضاع، ويسرى عليه ما يسرى على الحائز من أحكام في المادة ١٠٧١ مدنى (م ٢/١٠٥١ مدنى).

٦٩- (٣) اتباع القواعد المقررة للتنفيذ في قانون المرافعات:

لا يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر إجراءات التنفيذ إلا إذا حل أجل الدين. فإذا حل أجل الدين ولم يتم المدين بالوفاء بعد التنبيه عليه بذلك، فإن الدائن المرتهن ينفذ وفقاً للأوضاع والإجراءات التى رسمها قانون المرافعات. وقد نصت المادة ١/١٠٥١ مدنى على أنه «للدائن بعد التنبيه على

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد تعليقا على الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ والتي أصبحت فى القانون انمادة ٤٠١.

المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات.

وعندما يقوم الدائن المرتهن بالاجراءات التي رسمها قانون المرافعات والتي تنتهي بالبيع الجبرى للعقار فانه يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاة حسب مرتبه رهنه . وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، لأن الاجراءات التي رسمها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، فالاخلال بشيء منها يكون باطلا، اذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع منه رضاه .

وبناء على ذلك يقع باطلا كل اتفاق يعطى الدائن الحق، اذ لم يستوف الدين عند حلول أجله، فى أن يمتلك العقار المرهون بأى ثمن كان، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء . وكذلك يعتبر باطلا كل اتفاق يعطى الدائن الحق فى أن يتتبع العقار دون أن يراعى الاجراءات التي فرضها القانون، وهذا مايعرف بشرط الطريق السهمد .

٧٠- (أ) بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء:

تنص المادة ١٠٥٢ مدنى على أنه:

١- «يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يمتلك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان، أو فى بيعه دون مراعاة للاجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق أبرم بعد الرهن» .

٢- ولكن يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهن وفاء لدينه» .

وعلى ذلك فاذا اتفق الدائن المرتهن مع الراهن، مدينا كان أو كفيلا عينيا، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن

الحق في أن يملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق، وهذا هو الغالب، أو بأى ثمن آخر وقد يكون أكبر من الدين المستحق، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام.

والحكمة من تقرير بطلان مثل هذا الاتفاق هو حماية الراهن، وذلك لأنه عندما يبرم عقد الرهن فإن يكون عنده حاجة ملحة للائتمان، فقد يستغل الدائن هذه الحاجة ويفرض عليه مثل هذا الاتفاق الذي لا يملك المدين، في مثل هذه الظروف، إلا الإذعان له. ويبطل هذا الاتفاق أيا كان الثمن الذي اتفق عليه، وهو يكون عادة أقل من القيمة الحقيقية للعقار لأن الفرق بين هذه القيمة والثمن هو الذي يستفيد منه الدائن المرتهن من مثل هذا الاتفاق.

وقد يرد هذا الشرط في عقد الرهن الرسمي ذاته، وهذا هو الغالب، وقد يرد في اتفاق لاحق لعقد الرهن الرسمي. والاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر يكون باطلا لتوافر نفس العلة. وقد نص المشرع على ذلك صراحة بقوله: «... ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن، على أنه ما يجب ملاحظته هو أن بطلان هذا الشرط لا يؤدي إلى بطلان الرهن وإنما يبقى الرهن مالم يثبت الدائن المرتهن أن هذا الشرط كان الباعث الدافع لإبرام عقد الرهن. فإذا أثبت ذلك فإن بطلان هذا الشرط يؤدي إلى بطلان الرهن. (م ١٤٣ مدني).

أما إذا تم هذا الاتفاق بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يكون صحيحا وذلك لانقضاء مظنة استغلال الدائن المرتهن لضعف الراهن، إذا أن الراهن يكون على بينة من الأمر ويجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار وفاءً للدين، أو على أن يشتري الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين. وقد يكون في هذا الاتفاق مصلحة للراهن نفسه إذا يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد. (م ١٠٥٢).

٧١- (ب) بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات أو شرط الطريق الممهد؛

وصورة هذا الشرط هو أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن، مدينا كان أو

كفيلا عينيا، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع العقار المرهون بالممارسة أو بأية طريقة أخرى دون اتباع الاجراءات التي فرضها تقنين المرافعات في البيوع الجبرية .

والحكمة من بطلان مثل هذا الشرط هو حماية الراهن وذلك لأنه يخشى أن يستغل الدائن المرتهن حاجته إلى الائتمان ويفرض عليه هذا الشرط ويترتب على ذلك حرمان الراهن من الحماية التي كفلها القانون بغرض اجراءات معينة في بيع العقار المرهون بيعا جبريا، ولذلك نصت المادة ١٠٥٢ مدنى على أنه «يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، فى أن يبيعه (العقار المرهون) دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن» .

وعلى ذلك فان هذا الشرط يبطل سواء تم الاتفاق عليه فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد لاحق طالما أنه قد تم قبل حلول أجل الدين . أما اذا تم الاتفاق عليه بعد حلول أجل الدين فان الاتفاق يكون صحيحا لانقضاء شبهة استغلال الحاجة، بل وبما قد يحققه للمدين من مصلحة . وهذا قياسا على الحكم الوارد فى صدد الشرط الخاص بنزول المدين لدائنه على العقار المرهون وفاء لدينه والوارد فى المادة ١٠٥٢/٢ مدنى وذلك لاتحاد العلة^(١) .

وبطلان هذا الشرط لا يؤثر على صحة الرهن ذاته ما لم يثبت الدائن المرتهن أن هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد . فاذا أثبت ذلك فان بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان الرهن ذاته . والبطلان المنصوص عليه فى المادة ١٠٥٢ مدنى هو بطلان مطلق لا ترد عليه اجازة، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ، ص ٦٢ .

المبحث الثاني

آثار الرهن فيما بين المرتهن والغير

٧٢- الرهن الذي يتم قيده يعطي الدائن المرتهن ميزتا التقدم والتتبع:

إذا ماتوافرت للرهن شروط انعقاده الموضوعية والشكلية فإنه يقوم ويرتب آثاره فيما بين عاقيه . ولكن هذا الرهن لا يحتج به في مواجهة الغير إلا بقيده . فإذا ما قام الرهن صحيحاً وتم قيده فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة . وهذا هو حق التقدم أو الأفضلية . كما أن الدائن المرتهن يستطيع أن يحتج بحقه في مواجهة من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو يكتسب عليه حقاً عينياً آخر يجوز بيعه بالمزاد العلني . متى كان قد تم قيد رهنه قبل تسجيل هؤلاء لحقوقهم ، وبالتالي فهو يستطيع أن ينفذ على هذا العقار في يد هؤلاء وذلك ليستوفي من ثمنه حقه بالأولية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة . وهذا ما يسمى بحق التتبع .

المطلب الأول

ميزة التقدم أو الأفضلية

يعتبر حق التقدم أو الأفضلية جوهر الرهن الرسمي ، وذلك لأن الميزة الأساسية للراهن الرسمي هي السماح للدائن المرتهن التقدم في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة سواء بقي العقار في يد الراهن أو انتقل العقار المرهون إلى الحائز .

ولدراسة حق التقدم أو الأفضلية نعرض أولاً لنطاق هذا الحق ثم بعد ذلك لوعائه وأخيراً المرتبة الدائن المرتهن عند التزامه .

أولاً : نطاق الأفضلية : الحقوق التي يستوفيها الدائن المرتهن بالتقدم على غيره :

الأصل أن القيد لا يجعل الرهن سارياً في مواجهة الغير إلا بالنسبة للمبالغ

التي يضمنها الرهن والتي ذكرت في قائمة القيد. فالقيد يضمن أصل الدين وكذلك الملحقات التي تذكر في القائمة كمصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد ومصروفات التجديد وكل هذه المبالغ تأخذ المرتبة الأصلية للرهن ودون حاجة لذكر ذلك. وفيما عدا ذلك فلا يدخل في قيد الرهن، كمصروفات محرر القيد، ومصروفات الغاء المجو، وكذلك الملحقات الأخرى غير مصروفات العقد والقيد والتجديد، لا تكون مضمونة بالرهن دون أن يذكر ذلك صراحة في قائمة القيد. ومثال ذلك الشرط الجزائي المشترك في العقد أو التعويض المشترك رده في حالة تعجيل الوفاء قبل الميعاد، فإن الراهن لا يضمن ذلك إلا إذا ذكر صراحة في قائمة القيد.

وقد نصت المادة ١٠٥٨ مدنى على أنه:

١- «يترتب على قيد الرهن ادخال مصروفات العقد والقيد والتجديد ادخالا ضنيا في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها».

٢- اذا ذكر سعر الفائدة في العقد فانه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضمانا لفوائد أخرى قد استحققت والتي تحسب مرتبتها من وقت اجرائها، وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل».

ونستطيع أن نجمل الحقوق التي يستوفيهما الدائن المرتهن متقدما على سائر الدائنين بنفس المرتبة التي ثبتت له بالقيد فيما يلى:

١- أصل الدين وجميع المبالغ التي ذكرت في قائمة القيد، مما يستحقه الدائن المرتهن بمقتضى الرهن.

٢- مصروفات عقد الرهن والقيد والتجديد مما يكون الدائن المرتهن قد دفعها لأن الأصل الراهن هو الذى يتحمل بها ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

٣- فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية، والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى حين يوم رسو المزاد. أما غير ذلك من فوائد فانه يمكن أن يجرى بالنسبة لها قيد خاص اذا استحققت ولم يقم المدين بالرفاء بها، وتكن مرتبتها من تاريخ هذا القيد الخاص.

ثانياً: وعاء الأفضلية: الأموال التي يستوفي الدائن المرتهن حقوقه منها بالتقدم؛

قد نصت المادة ١٠٥٦ مدنى على أن «يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذى حل محل هذا العقار».

كما أن المادة ١٠٤٩ مدنى قد نصت على 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 يتقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة».

وعلى ذلك، فان الأصل أن حق الدائن المرتهن فى التقدم أو الأفضلية يتعلق بثمن العقار المرهون وملحاته بعد البيع. لكن اذا حل مال محل العقار المرهون، فان الدائن المرتهن يباشر حقه فى التقدم أو الأفضلية على هذا المال أو على ثمنه وذلك تطبيقاً لنظرية الحلول العينية. كما أنه اذا هلك العقار المرهون أو تلف ودفع عن ذلك تعويض أو مبلغ تأمين، أو اذا نزع ملكيته العامة ودفع عن ذلك مقابل معين، فان حق الدائن المرتهن، فى جميع الحالات يتعلق بالمبلغ الذى حل محل العقار المرهون ويستطيع أن يستوفى منه حقه بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة.

وقد جاء المشروع بتطبيقات لهذا المبدأ فى المادة ٧٧٠ مدنى يصدد عقد التأمين وكذلك المادة ١٠٣٨ مدنى والمتعلقة برهن المباني المقامة على

أرض الغير. وقد عني القانون رقم ٥٧٧ سنة ١٩٥٤ والمعدل بقانون رقم ١٠ سنة ١٩٩٠^(١) الخاص بنزع الملكية للمنفعة العامة ببيان الاجراءات الكفيلة بحماية أصحاب التأمينات العينية.

ثالثاً: مرتبة الدائن المرتهن عند التزامه:

٧٣- (١) المبدأ العام: العبرة بالأسبقية في القيد:

الرهن الرسمي عقد يشكك به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار في أي يد يكون (م ١٠٣٠ مدني).

ويستفاد من ذلك أن الرهن يزود الدائن بتأمين عيني يجعله يتقدم بخصوص العقار المرهون على الدائنين العاديين، وذلك بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، أو حتى ولو نشأت قبل قيد الرهن. لكن اذا ماحدث تزام بين الدائنين المرتهنين فإن الأولوية فيما بينهم تتحدد على أساس تاريخ قيد رهونهم، ولو كانوا قد أجروا القيد في نفس اليوم فإن الأفضلية تتحدد بساعة هذا القيد.

وتنطبق نفس القاعدة في حالة تزام الدائن المرتهن مع أصحاب التأمينات العينية الأخرى والخاضعة للشهر - كأصحاب رهن حيازي، أو اختصاص أو امتياز خاص على العقار، فإن الأولوية تكون اذن بحسب أسبقية القيد.

أما الدائن صاحب حق الامتياز العام فان حقه لا يخضع للشهر، وقد خوله القانون حق التقدم على الدائنين وفقا لترتيب حددة المشرع. وقد نصت على ذلك المادة ٢/١١٣٤ مدني. وهذه المادة تتعلق بحقوق الامتياز العامة وأسبقيتها في المرتبة عن أي امتياز عقارى آخر أو أي حق رهن رسمي مهما

(١) الجريدة الرسمية العدد ٢٢ تابع في ٣١/٥/١٩٩٠.

كان تاريخ قيده - وقد قررت المادة ١١٣٨ نفس الحكم بالنسبة للمصروفات القضائية التي اتفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها - وكذلك المادة ١١٣٩ بالنسبة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسم وغيرها.

وقد نصت المادة ١٠٥٧ مدنى على أنه «تُحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط، أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً».

وعلى ذلك فإن المشرع قد حدد مرتبة الرهن الذى يتقرر ضمناً لدين شرطى أو مستقبلى أو احتمالى وجعلها تتحدد أيضاً بوقت القيد، لكن ما قد يثار فى العمل يتعلق بكيفية مباشرة حق التقدم عندما يتم توزيع ثمن العقار المرهون قبل تحقق الشرط أو وجود الدين المستقبلى أو الاحتمالى، وخاصة عندما يتقدم الدائن المرتهن فى هذه الحالة على غيره من الدائنين الداخلين فى التوزيع.

فإذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلق على شرط فاسخ، فإن الدائن المرتهن يستوفى حقه طبقاً لمرتبته. ولكن لما كان من المحتمل أن يتحقق الشرط فى المستقبل فيزول حق الدائن بأثر رجعى، فإنه يلزم أن يقدم الدائن ضمان كاف يكفل رد ما قبضه فى هذه الحالة وذلك حفاظاً على حق باقى الدائنين. فإذا لم يفعل ذلك فإن للدائنين الآخرين أن يعارضوا فى تسلمه قيمة ما يستحقه فى التوزيع حتى يتبين مصير الشرط^(١).

أما إذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلق على شرط واقف، ولم يتحقق عند توزيع ثمن العقار، فإن الراجح فى الفقه أن يقدر للدائن المرتهن حصة احتمالية، ويتم توزيع ثمن العقار كله على الدائنين الآخرين، مع الزام

(١) شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ص ٢٩٣، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٢١.

من كان منهم تاليا للمربين في المرتبة بأن يقدموا تأمينا يضمن ردهم
لحصة المرتبة اذا ماتحقق الشرط^(١).

أما اذا كان الدين احتماليا كما هو الحال في الحساب الجارى، حيث
لا يتحقق وجود الدين ولا يتعين مقداره الا بقطع الرصيد وإقراره. فاذا ماتم
توزيع ثمن العقار قبل ذلك. فان بعض الفقهاء يرى أن يتم توزيع الثمن كله
على باقى الدائنين مع إلزامهم بتقديم ضمان عيني يكفل الوفاء بالمبلغ
الأقصى المحدد فى قائمة القيد - بينما يذهب البعض الآخر إلى توزيع
حصص الدائنين السابقين للدائنين المرتبة (البنك) فى المرتبة، وتبقى
حصص الدائنين المتأخرين معلقة حتى يتحدد مصير الدين الناشئ من
الحساب الجارى^(٢).

٧٤- (٢) الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ:

اذا كان المبدأ العام هو أن العبرة بالأسبقية فى القيد الا أن المشرع قد
خرج عن هذا المبدأ فى بعض الحالات مراعاة لاعتبارات معينة وجدها
المشرع جديرة بالحماية.

١ - الاستثناء الأول قد سبق دراسته عند الكلام عن رهن العقار المملوك
على الشيوع، وبصفة خاصة عندما يقوم أحد الشركاء على الشيوع برهن
حصة شائعة أو جزء مفرز من هذا العقار ويقع فى نصيبه عند القسمة
عقارات أخرى غير التى رهنها. وفى هذه الحالة قد قلنا أن الرهن ينتقل إلى
هذه العقارات بمرتبة فى حدود القدر الذى قد رهن ابتداء. لكن قد سبق أن
رأينا أن المشرع اشترط لاحتفاظ الرهن بمرتبة الأصلية أن يقوم الدائن
المرتبة بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٢٢، عبد المنعم البدر،
المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ١٥٨.

(٢) أنظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١٢٢، عبد المنعم البدر،
المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ١٥٨.

يوما فى الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة (م ١٠٣٩/٢). ويضيف القانون ان انتقال الرهن على هذا النحو لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء، فمثل هذا الرهن يتقدم على الرهن الصادر من الشريك ولو كان مقيدا فى تاريخ لاحق على قيده. كما أن انتقال الرهن لا يضر أيضا بامتياز المتقاسم، اذ يتقدم هذا الامتياز على الرهن ولو كان قيده لاحقا على قيد هذا الرهن.

٢- الاستثناء الثانى قد سبق الاشارة اليه عند دراسة ملحقات العقار الذى يمتد اليها الرهن ويتعلق بها حق الدائن المرتهن. وبصفة خاصة عند الكلام عن التحسينات والانشاءات، فقد قلنا أن الرهن يمتد إلى هذه التحسينات والانشاءات متى كانت تعود بمنفعة على المالك وكانت مملوكة له، وبالتالي يتعلق بها حق الدائن المرتهن. لكن المشرع قد أورد تحفظ معين فى المادة ١٠٣٦ مدنى بنصه على أنه «... مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨. على ذلك فان المهندس المعماري والمقاول يستوفيا حقوقهما قبل الدائن المرتهن من ثمن هذه التحسينات أو الانشاءات ولو كان حقه مقيدا قبل امتيازهما الواقع على هذه الملحقات.

٣- الاستثناء الثالث خاص بالتزام بين الدائن المرتهن رهنا رسميا والدائن المرتهن رهنا حيازيا. حيث أن الرهن الحيازى العقارى لا ينفذ فى حق الغير الا بالقيد وانتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل وتحسب مرتبته من هذا التاريخ (م ١١١٤ مدنى) وعلى ذلك فاذا تم قيد الرهن الرسمى بعد قيد الرهن الحيازى وقبل انتقال الحيازة تقدم الرهن الرسمى.

٤- الاستثناء الرابع والأخير خاص بالتزام بين حق الاختصاص والرهن الرسمى. وذلك لأن المادة ١٠٨٥ مدنى تشترط فى الدائن الذى يتحصل على حق اختصاص أن يكون حسن النية - فاذا كان يعلم عند طلب

الاختصاص بأن هناك رهنا رسميا تقرر للدائن المرتهن حتى ولو لم يتم قيده فإنه يعتبر سىء النية، فإذا قام هذا الدائن ببيع حق الاختصاص قبل أن يقوم الدائن المرتهن ببيع رهنه فإنه مع ذلك لا يحتج به في مواجهة هذا الأخير لسوء نية صاحب حق الاختصاص. ومع ذلك فإنه يجب ألا يتوسع في تفسير هذا الاستثناء^(١).

٧٥-(٢) نزول الدائن المرتهن عن مرتبته للدائن آخر:

وقد واجه المشرع الغرض الذي ينزل فيه الدائن المرتهن عن مرتبته لدائن آخر مقيد حقه على العقار نفسه وذلك في المادة ١٠٥٩ مدنى والتي تنص على أنه «للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبه رهنة في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول، إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة».

ونخلص من هذه المادة إلى أن النزول عن مرتبة الرهن لا يؤثر على الدين المضمون ولا حتى على الرهن ذاته، فيبقى للدائن دينه كما يبقى له حق الرهن ذاته. وبذلك يفترق النزول عن مرتبة الرهن عن تغيير شخص الدائن عن طريق حوالة الحق أو الوفاء مع الحلول، لأنه في حالة حوالة الحق المضمون بالرهن ينتقل هذا الحق إلى المحال له بما يضمنه من تأمينات، ومنها بطبيعة الحال الرهن، وبالتالي فهو يستفيد من هذا الرهن بمرتبته (م ٣٠٧ مدنى) وكذلك في حالة الوفاء مع الحلول، وسواء كان الحلول اتفاقياً أو قانونياً، يحل الموفى محل الدائن فيما له من حق وبما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع (م ٣٢٩ مدنى)، وعلى ذلك فإن الموفى يفيد فيما للحق من رهن وب نفس المرتبة. ويشترط في جميع هذه الأحوال أن يؤثر بالحوالة أو الحلول

(١) انظر عكس ذلك أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ ص ٤٢٤.

أو النزول عن مرتبة الرهن على هامش القيد الأصلي (م ١٠٥٣/٢ مدنى).

والذى يميز أيضا النزول عن مرتبة الرهن أنها تفترض تعدد الدائنين المرتهنين للعقار، وذلك بأن ينزل دائن متقدم عن مرتبته لدائن مرتهن آخر متأخر عنه، وعلى ذلك فلا يجوز النزول لدائن عادى، لأن الفرض أن النزول لا يكون الا عن المرتبة وحدها ولا يشمل الرهن نفسه.

وإذا كانت المادة ١٠٥٩ مدنى تتكلم فقط عن النزول عن مرتبة الرهن لدائن مرتهن آخر يكن له رهنا رسميا مقيدا على نفس العقار، فإن هذه المادة يمكن أن ينصرف مع ذلك إلى صاحب حق الاختصاص والدائن المرتهن رهنا حيازيا، وصاحب حق الامتياز الخاص العقارى، سواء حصل النزول عن المرتبة منه أو لصالحه وذلك لاتحاد العلة فى هذه الحقوق جميعا^(١).

وقد يكون نزول الدائن المرتهن عن مرتبته لدائن مرتهن آخر متأخر عنه بمقابل، أو على سبيل التبرع - ولكن فى جميع الأحوال يجب الا يترتب على هذا النزول ضرر للدائنين الذين فى مرتبة وسطى بين المتنازل والمتنازل اليه، فإذا كان زيد له رهن فى المرتبة الأولى وبكر له رهن فى المرتبة الثانية، وعمرو له رهن فى المرتبة الثالثة، وقد نزل زيد عن مرتبة رهنه إلى عمرو فان ذلك يجب الا يضر ببكر. ولذلك قد جعل المشرع النزول ينحصر فى حدود دين المتنازل. فإذا كان دين زيد ١٠٠٠ جنيه ودين عمرو ٢٠٠٠ جنيه فلا يستفيد عمرو من المرتبة الأولى التى كانت لزيد، والتى حل محله فيها الا لضمان مبلغ ١٠٠٠ جنيه فقط، والا لترتب على النزول الاضرار ببكر، لأنه فى الوضع لم يكن يسبقه الا زيد وبمبلغ ١٠٠٠ جنيه فقط، فإذا سمح بالاستفادة من مرتبة زيد بأكثر من هذا المبلغ لأدى ذلك إلى التأثير على ضمان بكر فى حالة توزيع ثمن العقار وعدم كفايته لسداد الديون.

وكما أن المشرع قد أعطى للدائنين أصحاب المرتبة الوسطى، مثل بكر

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٦٧ ص ٤٨٢، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٢٣، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ ص ٤٣٢.

فى المثال السابق، أن يتمسكوا فى مواجهة المتنازل له، أى عمرو، بكافة الدفوع التى كانت لهم فى مواجهة المتنازل، أى زيد، كالدفع ببطلان دينه، أو بطلان رهنه، أو قيد هذ الرهن، وكذلك الدفع بانقضاء الدين اذا كان الانقضاء سابقا على النزول، أما اذا كان دين المتنازل، زيد، قد انقضى بعد النزول عن المرتبة، فلايجوز لهم التمسك بالدفع بانقضائه اذ أن الدائن المتنازل له اذ يحتل مرتبة المتنازل يكسب حقا فى هذه المرتبة فى وقت كان للمتنازل حقا ثابتا فيها، فلايجوز اذن أن يتأثر هذا الحق بعد ذلك بسبب يتصل بدين غيره^(١).

المطلب الثانى

ميزة التتبع

قد سبق أن رأينا أن الرهن ينشأ صحيحا منتجا لآثاره فيما بين طرفيه متى توافرت له أركان انعقاده الموضعية والشكلية وشرائط صحته. ثم انه ينفذ فى حق الغير باجراء القيد. وتكون مرتبة الرهن بحسب أسبقية القيد. فاذا حل أجل الدين والعقار مازال فى يد الراهن فان الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون ويستوفى حقه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة، أما اذا حل أجل الدين وقد انتقل العقار المرهون إلى شخص اخر فان الدائن المرتهن يستطيع أن يتتبع هذا العقار بين يدى هذا الشخص وينفذ عليه وذلك ليتسوفى حقه أيضا بالأولوية. ولذلك ينبغى علينا أن نعرض لنشأة الحق فى التتبع، ثم كيفية مباشرته، وفى النهاية ندرس موقف الحائز من اجراءات التتبع وماله من دفع وخيارات.

أولا: نشأة الحق فى التتبع

٧٦- (١) المقصود بالتتبع:

الفرض الذى يمكن أن نتصور فيه حق التتبع هو أن العقار المرهون

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١٢٤.

يخرج من ذمة الراهن، مدينا كان أو كفيلا عينيا، إلى ما يسمى اصطلاحاً، الحائز، والحائز هو شخص غير مسئولة شخصياً عن الدين المضمون بالرهن، لكن يكون للدائن المرتهن بمقتضى الرهن أن ينفذ على العقار المرهون في يده، وحق الدائن في التنفيذ على العقار في يد الحائز يسمى (بالتتبع).

٢٧- (٢) حلول أجل الالتزام المضمون،

وقد نصت المادة ١٠٦٠ مدنى على أنه «يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار الا اذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه».

لايستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون في يد الحائز الا اذا حل أجل الدين المضمون. وعلى ذلك فاذا كان أجلاً قضائياً ممنوح للمدين فان الحائز يفيد من هذا الأجل. لكن الدائن المرتهن يستطيع أن يباشر التنفيذ في مواجهة الحائز بمجرد حلول أجل الدين أيا كان سبب هذا الحل، حتى ولو كان ذلك راجعاً إلى نزول الراهن عن الأجل أو لافلاسه أو اعساره أو لضعف التأمينات. وهنا يبدو الفارق واضحاً بين الكفيل والحائز. لأن الكفيل لايمكن أن يضار من سقوط الأجل بالنسبة للمدين أو تنازل هذا الأخير عنه. ويرجع ذلك إلى أن التزام الكفيل التزام تابع ومصدر التزامه هو عقد الكفالة فتتحدد التزاماته بهذا العقد مالم يجد في الالتزام المضمون مزايا أكبر. بينما لا توجد هناك أية علاقة شخصية بين الحائز والمرتهن فالحائز ليس مديناً للمرتهن، كل ما هنالك أن ملكية العقار المرهون قد انتقلت اليه. وعلى ذلك فلا يكون له من الحقوق أكثر مما كان لمملكه مالم يقضى القانون بغير ذلك^(١).

٢٨- (٢) من يعتبر حائز للعقار،

يجب أن نشير منذ البداية ان اصطلاح «حائز العقار المرهون» له معنى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٩٨ من ٤١٠، ٤١١.

خاص فائس هو من يحوز هذا العقار حيازة قانونية أو عرضية، وانما يعتبر حائز للعقار كل من انتقلت اليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار، أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، (م ١٠٦٠/٢ مدنى).

وعلى ذلك فانه يشترط لاعتبار الشخص حائزاً أن تتوافر فيه الشروط التالية:

١- أن يكون قد كسب ملكية العقار المرهون كله أو بعضه، أو أى حق عيني قابل للرهن، أى حق يصح بيعه بالمزاد استقلاً، مثل حق الانتفاع أو ملكية الرقبة. والحكمة من ذلك هو أن الغرض النهائى من التتبع هو التنفيذ على الحق فى يد الحائز وبيعه بالمزاد العلنى لاستيفاء الدائن المرتهن حقه بالأولوية من ثمنه. ويستوى أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار أو الحق العيني بمقابل أو بدون مقابل، بناء على تصرف قانونى، كالبيع أو الهبة أو الوصية، أو بناء على واقعة قانونية كالتقادم المكسب، أو أن يكون قد كسب العقار عن طريق الشفعة.

وبناء على ذلك فانه لايعتبر حائزاً من لم يكتسب سوى حق شخصى، كالمستأجر أو المشتري بعقد غير مسجل، ولا من لم يكتسب أى حق، كواضع اليد الذى لم يملك بعد، ولا من كسب حقاً عينياً لايقبل الرهن كحق الاستعمال أو السكنى أو حق الارتفاق أو أى حق عيني تبعى.

٢- أن يكون قد كسب الحق بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. وذلك لأنه لو كسب حقه وقام بشهره قبل الرهن فان الرهن لاينفذ فى حقه وبالتالي لا يكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار فى يده. وأيضاً اذا كسب حقه وقام بشهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية فيكون للدائن المرتهن أن يتجاهل هذا الحق ويباشر اجراءات التنفيذ فى مواجهة من كان مالكا قبل هذا التسجيل وذلك طبقاً لنص المادة ٤٠٥ مرافعات.

وإذا كان الحائز قد كسب حقه بالتقادم فانه الفقه يجمع الآن على أنه

لا يلزم أن يكون قد سجل شيئا لأن نص المادة ١٠٦٠/٢ مدنى تعرف الحائز بأنه من انتقلت اليه ... بأى سبب من الأسباب، ملكية العقار أو حق عيني آخر عليه قابل للرهن. ولم تشترط هذه المادة التسجيل. وإذا كانت المادة ٤١١ من قانون المرافعات تنص على أنه «إذا كان لعقار مثقلا بتأمين عيني آل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب انذاره بدفع الدين أو تخلية العقار، والا جرى التنفيذ في مواجهته» بأن هذه المادة تبين فقط الاجراءات الواجب اتباعها في مواجهة الحائز. ولا شأن لها بتعريف الحائز. وانما يجب الرجوع إلى القانون المدنى للوقوف على هذا التعريف. كما أن هذه المادة قد أشارت إلى الصورة الغالبة المألوفة وهى التى يتلقى فيها الحائز حقه بموجب عمل قانونى، دون أن يقصد بذلك تحديد معنى الحائز^(١).

٣- يجب الا يكون من كسب الحق العيني على العقار مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن - وذلك لأنه لو اعتبر كذلك فان الدائن يستطيع أن ينفذ على العقار فى يده بمقتضى ماله من حق الضمان العام فى أمواله.

وبناء على ذلك فانه لا يعتبر حائزا من اشترى من الراهن اذا كان شريكا فى الدين سواء كان متضامنا أو غير متضامن، أو اذا كان كفيل شخصيا كفيل الدين المضمون بالرهن وكذلك لا يعتبر الكفيل العيني حائزا للعقار المرهون، وذلك لأنه لم تنتقل اليه ملكية العقار المرهون وانما هو مالك له أصلا قام بتقرير الرهن عليه لضمان دين المدين، كما أنه يعتبر مسئول مسئولية شخصية فى مواجهة الدائن وان كان مسئوليته محددة بالعقار المرهون. وقد جاءت المادة ٤٠١ فقرة أخيرة من قانون المرافعات بالاجراءات التى تتخذ فى مواجهة الكفيل العيني، وهى نفسها التى تتخذ فى مواجهة المدين الراهن، ولذلك الكفيل العيني لا يستطيع أن يتخذ اجراءات التطهير فى مواجهة الدائن الذى يباشر التنفيذ، لأن التطهير ممتنع على كل من كان مسئولا عن الدين. وانما قد أجازت له المادة ١٠٥١/٢ مدنى استثناء أن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٩٤.

يتفادى الاجراءات الموجهة اليه اذا هو تخلص من العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للاحكام التى يتبعها الحائز فى تخليته العقار المنصوص عليها فى المادة ١٠٧١ مدنى. والحكمة من ذلك واضحة حيث أنه قد تكون للكفيل العينية مصلحة واضحة فى عدم ظهور اسمه فى اجراءات التنفيذ وذلك للحفاظ على سمعته المالية والائتمانية وأيضا عدم مشغوليته بهذه الاجراءات والنس قد تطول.

ولايعتبر الوارث حائزا للعقار المرهون من المورث، لأن ملكية العقار المرهون لا تنتقل إليه من المورث الا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أى بعد زوال الرهن، وذلك طبقا لمبدأ الا تركه الا بعد سداد الديون، فلامحل اذن لأن يكون حائزا لعقار مرهون. أما فى حالة ما اذا صفيت التركة وفقا للاجراءات التى نظمها المشرع، ووقع فى نصيب الوارث العقار المرهون، وتحمل ماعليه من الدين، فان الوارث يكون مسئولا شخصيا عن الدين، فلايجوز اعتباره حائزا للعقار المرهون^(١).

وهذه هى الشروط الواجب توافرها حتى يعتبر من انتقل اليه العقار المرهون أو تلقى عليه حقا عينيا آخر قابلا للرهن حائزا. وبطبيعة الحال هذا يفترض أن الرهن لايزال قائما وناظا برغم انتقال الملكية اليه أو تلقى الحق العينية عليه. فاذا ترتب على انتقال الملكية زوال الرهن وبالتالي الحق فى التمتع فلامحل للكلام عن وجود حائز، كما هو الحال عند انتقال الملكية إلى الدولة على إثر نزع الملكية للمنفعة العامة، وانتقال الملكية إلى الراسى عليه المزاد عند البيع الجبرى للعقار، وكذلك تتطهر الأراضى المستولى عليها بواسطة الاصلاح الزراعى من حقوق الرهن والاختصاص والامتياز التى تكون مثقلة بها عند الاستيلاء عليها (م٧ قانون الاصلاح الزراعى) وبالتالي فلا يجوز تتبعها تحت يد صغار الزراع اذا وزعت الحكومة هذه الأرض عليهم.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ٩١، ٩٥، وقارن التعليق الآخر الذى يقدمه بعض الفقهاء، اسماعيل غانم، الذمة المالية، فقرة ٣٢ ص ٥٦ ومابعدها، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٢٨.

ثانياً: كيفية مباشرة حق التتبع

لا يمنع انتقال ملكية العقار المرهون إلى الحائز من التنفيذ عليه، كل ما في الأمر أنه يجب اتباع اجراءات خاصة في هذا التنفيذ. الغرض منها مراعاة وجود الحائز.

وقد نصت المادة ١٠٦٠/١ مدنى على أنه «يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار الا اذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه».

وقد نصت المادة ١٠٧٢ مدنى على أنه «اذا لم يختار الحائز أن يقضى الدين المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار فلا يجوز للدائن أن يتخذ في مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو من هذا التنبيه في وقت واحد».

وقد جاءت المادة ٤١١ مرافعات مؤكدة لذلك بنصها على أنه «اذا كان العقار مثقلاً بتأمين عيني وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه وجب أنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار والا جرى التنفيذ في مواجهته. ويجب أن يكون الانذار مصحوباً بتبليغ التنبيه اليه والا كان باطلاً. ويترتب على اعلان الانذار في حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠».

وقد نصت المادة ٤١٢ مرافعات على وجوب تسجيل الانذار، والتأشير به في هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه والا سقط تسجيل التنبيه. وعلى ضوء هذه النصوص يمكن دراسة أولاً اجراءات التتبع وثانياً نعرض لأثر مباشرة هذه الاجراءات.

٧٩- (١) اجراءات التتبع،

يستفاد من النصوص السابقة أن الحائز يستطيع أن يبادر، وقبل أن يتخذ

اجراء فى مواجهته، بقضاء الدين أو بتطهير العقار أو بتخليته - فان لم يفعل ذلك فانه يجوز للدائن أن يباشر ضده حق التتبع، لكن يجب على الدائن أن يتبع اجراءات معينة، أولاً أن يقوم بالتنبيه على المدين بالوفاء، ثم بعد ذلك ينذر الحائز بالدفع أو التخلية وأن يسجل هذا التنبيه وأن يؤشر فى هامشه بتسجيل الانذار ويقوم أخيراً باتخاذ اجراءات البيع ضد الحائز.

٨٠- (أ) التنبيه على المدين:

طبقاً لنص المادة ٤٠١ مرافعات يجب على الدائن المرتهن لكى يبدأ اجراءات التنفيذ أن يقوم بالتنبيه على المدين بالوفاء، ويسمى هذا التنبيه بنزع الملكية أو بالتنبيه العقارى، ويعلن هذا التنبيه إلى المدين لشخصه أو لموطنه على أن يشتمل على بيانات معينة تكفلت هذه المادة بالنص عليها.

والغرض من هذا التنبيه هو انذار المدين بأنه ان لم يقم بالوفاء بالدين فانه يسجل التنبيه ويبيع العقار جبراً. وقد استلزم المشرع التنبيه على المدين، ومع أن اجراءات التنفيذ تجرى فى هذه الحالة ضد الحائز، وذلك لأن المدين هو المسئول الأول عن الدين، ولأن الحائز سيرجع عليه اذا نزع ملكيته أو قام بالوفاء بالدين، فوجب اعذاره أولاً بالوفاء عن طريق هذا التنبيه لعله يقوم به وبالتالي يقتصد فى الاجراءات والنفقات، والا يكون قد تحققت بهذا التنبيه مسئوليته عن عدم الوفاء ويثبت بذلك نقصيره.

٨١- (ب) انذار الحائز بالدفع أو التخلية:

يجب على الدائن المرتهن أن يوجه إلى الحائز انذاراً رسمياً بدفع الدين أو بتخليه العقار، والا جرى التنفيذ فى مواجهته. واذا توالى انتقال العقار المرهون من حائز إلى آخر، فانه يكفى التنبيه على المدين وانذار الحائز الأخير دون الحائزين السابقين.

واشترط لكى يكون انذار الحائز صحيحاً أن يكون أولاً: تالياً للتنبيه على المدين أو على الأقل فى وقت واحد معه. والحكمة من ذلك أن الحائز ليس

مدينا شخصيا بالدين، وإن كان التنفيذ يتم في مواجهته إلا أن هذا راجعا إلى عدم قيام المدين بالوفاء وعلى ذلك فيجب تنبيه المدين أولا، أو على الأقل أن يتم التنبيه والانذار في ورقة واحدة، فقد يفى المدين اختيارا. فإذا حدث الانذار قبل التنبيه وقع باطلا. ويشترط ثانيا أن يكون الانذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إلى الحائز والا كان باطلا والمراد بذلك هو اعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه، وبذلك يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلا، وأن يعرف كل مايعنيه معرفته لئيتيسر له اتخاذ موقف على ضوء هذه المعلومات. فإذا تخلف في الانذار أحد هذين الشرطين وقع الانذار باطلا.

والجدير بالذكر أن الانذار يتم على يد محضر. ويجب بالتالى أن يستوفى البيانات المعتادة في أوراق المحضرين ويجب أن يتضمن البيانات اللازمة لإخبار الحائز بحقيقة مركز العقار كبيان الدين المطلوب والعقار المراد نزع ملكيته، كما يجب أن يتضمن الانذار اعلانا للحائز بوجوب دفع الدين أو تخليه العقار.

ولم يحدد المشرع ميعاد معين للانذار، وعلى ذلك فإنه يمكن توجيه الانذار إلى الحائز قبل تسجيل التنبيه أو بعده. لكن من مصلحة الدائن ألا ينذر الحائز إلا بعد تسجيل التنبيه، لأن انذاره قبل التسجيل لا يمنع من التصرف في العقار، فإذا انتقلت ملكيته إلى شخص آخر وقام بشهر حقه قبل تسجيل التنبيه فإن الدائن يكون ملزما بتوجيه انذار جديد إلى المتصرف إليه باعتباره حائزا جديدا يجب اتخاذ الاجراءات ضده. وعلى الدائن أن يبادر باجراء الانذار حتى يتسنى تسجيل الانذار والتأشير بهذا التسجيل على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه والا سقط تسجيل التنبيه (م ٤١٢ مرافعات).

ويترتب على عدم قيام الدائن بالانذار أو بطلان الانذار عدم الاحتجاج باجراءات البيع والحكم بايقاع البيع على الحائز. ويقضى له بذلك دون حاجة الى اثبات أنه كانت له مصلحة في توجيه الانذار اليه. فقد افترض

القانون وجود المصلحة . وله طلب اعادة يده على العقار ان كان نزع منه ولايجوز لغيره أن يتمسك بعدم القيام بالانذار أو ببطلانه لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة الحائز وحده فله أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه .

٨٢- (ج) تسجيل التنبيه والانذار:

يجب على الدائن أن يسجل كلا من التنبيه والانذار وأن يؤشر على هامش التنبيه بتسجيل الانذار .

ويسجل تنبيه نزع الملكية في كل مكتب من مكاتب الشهر التي يقع في دائرتها العقارات المبينة في التنبيه (م ٤٠٢ / ١ مرافعات) ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزا (م ٤٠٤ مرافعات) وعلى ذلك فانه اذا لم يكن هناك ميعاد محدد لتسجيل التنبيه، فانه مع ذلك من الأفضل للدائن الذي يباشر الاجراءات أن يسارع إلى هذا التسجيل حيث أن مجرد التنبيه لا يترتب أى أثر في ذمة المدين، باستثناء قطع التقادم، فتأخر الدائن في تسجيل التنبيه لا يضر المدين في شيء، ولكن قد يضر بالدائن اذا تصرف المدين قبل اجراء هذا التسجيل .

واذا تبين سبق تسجيل تنبيه آخر فلايجوز المضى في الاجراءات على سبيل التعدد على العقار الواحد وتكون الأولوية في المضى في الاجراءات لمن أعلن التنبيه الأسبق في التسجيل . ومع ذلك يجوز لمن أعلن تنبيهها لاحقا في التسجيل أن يطلب من قاضى التنفيذ أن يأذن له في الحلول محله في السير بالاجراءات (م ٤٠٢ مرافعات) ويجب على مكتب الشهر في هذه الحالة أن يؤشر بالتنبيه الجديد على هامش تسجيل التنبيه الأول مبينا تاريخ التنبيه الجديد واسم من أعلنه وسند تنفيذه ويؤشر في نفس الوقت على أصل التنبيه الجديد بعد تسجيله مايفيد وجرد التنبيه الأول ويتاريخ تسجيله واسم من أعلنه وسند تنفيذه (م ٤٠٣ مرافعات) واذا كان أحد المعلنين اللاحقين قد حصل على أمر من قاضى التنفيذ بالحلول محل المعلن السابق له فانه يجب أيضا التأشير بهذا الأمر على هامش تسجيل التنبيه السابق والتنبيه اللاحق (م ٤٠٣ / ٤ مرافعات) .

وقد أوجبت المادة ٤١٢ مرافعات تسجيل الانذار والتأشير بهذا التسجيل على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسجيل التنبيه والا سقط تسجيل التنبيه. والغرض من هذا الاجراء هو زيادة حماية من يتعامل في العقار المحجوز اذ يستطيع أن يعلم بالحجز على العقار سواء كشف عن العقار في مكتب الشهر تحت اسم المدين مالك العقار الأصلي (الراهن) أو تحت اسم الحائز - ويترتب على سقوط تسجيل التنبيه عند عدم مراعاة المدة السابق ذكرها سقوط تسجيل الانذار (م ٤١٣ مرافعات) واعتبار الحجز كأن لم يكن.

وفي حالة اذا ماتبين سبب تسجيل انذار للحائز على العقار ذاته تتبع نفس الاجراءات والأحكام الواردة في المادتين ٤٠٢ و ٤٠٣ وإنخاصين بتعدد تسجيل تنبيه نزع الملكية.

٨٢- (د) اتخاذ اجراءات البيع ضد الحائز؛

اذا لم يقم الحائز بقضاء الدين أو بالتطهير أو بتخلية العقار، استمر الدائن المرتهن في اتخاذ اجراءات التنفيذ في مواجهته.

هذه الاجراءات قد فصلها القانون المرافعات، وهي لا تختلف كثيرا عن الاجراءات التي تتخذ ضد المدين.

٨٤- (٢) أثر مباشرة اجراءات التتبع في مواجهة الحائز؛

قبل مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع على العقار يظل الحائز متمتعاً بالسلطات التي يخوله اياها حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف. ولم تنقيد هذه السلطات الا بالقدر الذي يكفل سلامة الرهن وعدم انقاص قيمته انقاصا كبيرا.

رئبداً سلطات الحائز فيما يتعلق بالاستعمال والاستغلال في الانكماش ابتداء من اعلانه بالدفع أو التخلية (م ٤١١ مرافعات). فيترتب على ذلك الحاق الثمار بالعقار المرهون، وتقيد حق الحائز في استغلال العقار من حيث

تأجيرة ومن حيث قبض الأجرة مقدما أو حوالتها. بل ولم يشترط تسجيل الانذار الموجه إلى الحائز، بعكس الحال بالنسبة للراهن حيث أن المشرع اشترط تسجيل التنبيه حتى يرتب نفس هذه الآثار.

أما بالنسبة لسلطة الحائز في التصرف فان الرهن لا يقيد ما مثله مثل الراهن. وكل تصرف منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن يكون صحيحا، فإذا باع العقار المرهون أو قايض عليه أو وهبه فان كل هذه التصرفات تقع صحيحة لكن العقار ينتقل محملا بالرهن. وإذا رتب عليه حق من الحقوق العينية الأصلية فإن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون خاليا من هذه الحقوق وذلك لعدم نفاذها في مواجهته. وإذا ما ترتب على العقار حق عيني تبعي آخر، كرهن رسمي أو اختصاص أو امتياز أو رهن حيازي فإن الأسبقية تكون للرهن الأول حسب أسبقية في القيد.

وتتقيد سلطة الحائز في التصرف من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، كما هو الحال بالنسبة للراهن نفسه (م ٤٠٥ مرافعات). ومعنى ذلك أن التصرفات السابقة لتاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية تنفذ في حق الدائن المرتهن. وعلى ذلك فإذا باع الحائز العقار المرهون قبل تسجيل الدائن التنبيه، أصبح المشتري حائزا ووجب على الدائن أن يتخذ الاجراءات في مواجهته. أما اذا كان البيع تاليا في تسجيله لتسجيل تنبيه نزع الملكية فان هذا البيع لا ينفذ في حقه، ولا يجعل المشتري حائزا تتخذ ضده الاجراءات ولو لم يكن الدائن قد أعلن الحائز بعد الانذار بالدفع أو بالتخلية.

ونخلص من كل ما سبق أن سلطة الحائز في الاستغلال وقبض الثمار والتصرف فيها تتقيد من تاريخ انذاره بالدفع أو التخلية. وأن سلطته في التصرف انما تتقيد من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية. ومعنى ذلك أن تسجيل انذار الحائز لا يرتب أثرا قانونيا ما، وانما اشترط المشرع هذا التسجيل لاستيفاء اجراءات الشهر وزيادة في حماية الغير الذي يتعامل مع الحائز.

ثالثاً: موقف الحائز من مباشرة حق التتبع

يستطيع الحائز أن يبادر بقضاء الديون المستحقة للدائنين المزودين بتأمينات خاصة على العقار المرهون، أو أن يلجأ إلى تطهير العقار مما عليه من الديون. ويستطيع الحائز أن يفعل ذلك حتى قبل أن يشرع الدائن في اجراءات الحجز والتنفيذ بالتنبيه على المدين أو انذار الحائز.

لكن قد يكون الحائز غير راغب في الإبقاء على ملكية العقار، وعندئذ يستمر الدائن المرتهن في مباشرة اجراءات التنفيذ على العقار المرهون. لكن قد لا يكون الحائز راغباً في ظهور اسمه في هذه الاجراءات، ولتلك أجاز أو القانون تخليته العقار.

وعلى ذلك فإن للحائز عدة مكنات قانونية يستطيع أن يلجأ إليها حسب الموقف الذي يختاره لنفسه فقد يقوم:

١- بقضاء الديون أو.

٢- بتطهير العقار أو.

٣- بتخلية العقار أو.

٤- بتحمل اجراءات نزع الملكية.

لكن قبل أن يلجأ الحائز إلى أحد هذه المكنات قد يكن لديه دفع يستطيع عن طريقه انكار حق الدائن في تتبع العقار في يده، وبالتالي يستطيع أن يتفادى نزع ملكية العقار من يده أو الزامه بالدين، كأن يدفع بعدم نفاذ الرهن أو سقوط مرتبة الدائن المرتهن لعدم تجديد القيد، أو أن القيد قد زال أثره بالمحو، وترتب على ذلك قبول الدفع فإنه يستطيع بذلك حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع أصلاً وبهذا ينتهى الأمر بالنسبة له.

وعلى ذلك سوف ندرس النقطة الأولى والمتعلقة بالأوجه التي يتمسك بها الحائز لانكار حق الدائن المرتهن في تتبع العقار ثم نعرض للنقطة الثانية والخاصة بمكنات الحائز.

أ- دفعوع الحائز

وقد يتمسك الحائز بدفعوع تمس أصل الدين وقد تكون دفعوع متعلقة بالرهن من حيث صحته ونفاذه . وفي كل هذه الأحوال يستطيع الحائز أن يتمسك بهذه الأوجه إما بدعوى متبداة أو عن طريق المعارضة فى الانذار الذى وجهه اليه الدائن، وذلك فى أى وقت أثناء اجراءات نزع الملكية حتى صدور ا لحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن فيه .

٨٥- الدفعوع المتعلقة بالرهن:

يستطيع الحائز أن يتمسك بكل الأوجه التى قد تتضمن الطعن فى صحة الرهن أو نفاذه . وعلى ذلك فان الحائز يستطيع أن يتمسك ببطلان الرهن ذاته لعدم استيفائه لشروط من شروط الموضوعية أو الشكلية، أو ببطلان القيد، أو بعدم القيام بالقيد أصلا، أو بعدم تجديد القيد قبل تسجيل التصرف الذى اكتسب به الحائز ملكيته العقار المرهون، أو التمسك بمحو القيد.

٨٦- الدفعوع المتعلقة بالدين المضمون:

وقد نصت المادة ١٠٧٣ مدنى على أنه «يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفا فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها اذا كان الحكم بالدين لاحقا لتسجيل سند الحائز» . ويجوز للحائز فى جميع الأحوال أن يتمسك بالدفعوع التى لايزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها .

ويتضح من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين، والحد الفاصل بينهما هو تسجيل سند ملكية الحائز.

الفرض الأول: إذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز، كان لهذا الحكم حجية الأمر المقضى به فى مواجهة الحائز لأن الحائز فى هذه لحالة يعد خلفا خاصا للمدين الراهن فتسرى فى مواجهته جميع الأحكام التى فصلت فى التزامات متعلقة بالعقار المرهون . وعلى ذلك

فانه لا يكون للحائز التمسك بأى دفع يمتنع على المدين نفسه التمسك به بعد صدور الحكم. أما الدفوع التى يكون للمدين أن يتمسك بها بعد صدور الحكم، فيجوز للحائز التمسك بها. وهى الدفوع التى تستجد أسبابها بعد صدور الحكم كالدفع بانقضاء الدين بالتقادم أو بالمقاصة.

الفرض الثانى، اذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز، لم يكن الحكم حجة على الحائز مالم يشترك فى الدعوى. ولا بد من اختصاص الحائز مع المدين. فاذا اختصم الحائز فى الدعوى أو تدخل فيها، فانه يصبح بذلك طرفاً فى الدعوى، ويكون له أن يتمسك بكل الدفوع التى كان فى وسع المدين أن يحتج بها، فاذا صدر حكم فى هذه الدعوى كان حجة على الحائز ويمتنع عليه الاحتجاج بأى دفع كان يجوز له التمسك به قبل صدور الحكم. فاذا لم يختصم الحائز فى الدعوى ولم يتدخل فيها، فلا يكون الحكم الصادر على المدين حجة عليه، ويكون له بالتالى أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها، ولو أن المدين نفسه لم يعد فى مقدوره التمسك بها. هذا بالإضافة إلى حقه فى التمسك بالدفوع التى تجد أسبابها بعد الحكم ويستطيع المدين لذلك التمسك بها.

فاذا لم يفلح فى هذه المحاولات، فإن المشرع قد وضع له عدة خيارات أو مكثات يستطيع أن يختار إحداها لاتخاذ موقف فى مواجهة الدائن.

ب- مكثات أو خيارات الحائز

وللحائز أن يختار بين أربع مكثات:

١- قضاء الديون.

٢- تطهير العقار.

٣- تخلية العقار.

٤- تحمل اجراءات نزع الملكية.

ولنعرض بالتفصيل مدى استطاعة الحائز استعمال أحد هذه المكثات.

١- قضاء الديون

تنص المادة ١٠٦١ مدنى على أنه «يجوز للحائز، عند حلول الدين المضمون بالرهن، أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ماصرف فى الاجراءات من وقت انذاره، ويبقى حقه هذا قائما إلى يوم رسو المزايد. ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق، الا ما كان متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدير».

ويتضح من هذا النص أنه فى بعض الحالات يكون من مصلحة الحائز أن يقوم بقضاء الديون التى يضمنها الرهن كلها أو بعضها. لكن فى حالات أخرى يجبر الحائز على ذلك وقد أوردت المادة ١٠٦٣ مدنى هذه الحالات. وقد حددت المادة ١٠٦١ مدنى الوقت الذى يجوز فيه للحائز قضاء هذه الديون، كما بينت ما يجب عليه قضاؤه، وأخيرا أوضحت المادة أن للحائز حق الرجوع على المدين أو على المالك السابق بكل ما يوفيه. كما أن له حق الحلول محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق. وعلى ذلك سوف نوالى دراسة هذه النقاط على التوالى:

٨٧- (١) متى يكون للحائز مصلحة فى قضاء الديون:

ويكون للحائز مصلحة فى قضاء الدين اذا كان الدين أقل بكثير من ثمن العقار. أو من الجزء الباقي من الثمن فى ذمة الحائز.

فقد يكون الحائز قد اشترى العقار المرهون بثمن مساو لقيمة الدين ولم يكن قد دفع الثمن، عندئذ يقوم المشتري بوفاء هذه الديون مما هو مستحق فى ذمته من ثمن، فيفى بذلك بالثمن بالنسبة له وبالدائن بالنسبة للبائع.

قد يقوم بالوفاء بددين الدائن المرتهن المتقدم فى المرتبة ويحل بذلك محل هذا الدائن، فاذا كانت قيمة العقار أقل من الديون وهى تكفى فقط لتغطية دين هذا الدائن الذى حل محله فان ذلك يجعل الدائنين المتأخرين

يُحجمون عن التنفيذ على العقار لعدم جدوى ذلك، وبالتالي يحتفظ الحائز بالعقار المرهون.

٨٨-(٢) - متى يجبر الحائز على قضاء الديون:

١-الأصل أن يكون قضاء الحائز للديون التي تضمنها العقار أمراً اختيارياً، يلجأ إليه متى رأى في ذلك مصلحة له - لكن المشرع تدخل والزم الحائز بقضاء الديون متى طلب ذلك الدائن المقيد حقه على العقار وذلك في حالتين وردتا في المادة ١٠٦٣ مدني وهي تنص على أنه «إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي بوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل».

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

٣- وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن إذا هو وفي لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود، ويتضح من هذا النص أنه في حالة ما إذا كان مستحق في ذمة الحائز:

١- بسبب امتلاكه للعقار المرهون.

٢- والذي سجل سند ملكيته.

٣- مبلغ واجب الأداء حالا.

٤- كاف للوفاء بجمع الديون المقيدة على العقار فإنه يكون من مصلحته الوفاء لهؤلاء الدائنين دون الراهن. بل يحق لهؤلاء الدائنين أن يجبروه على الوفاء لهم. ولا يكون له حق في تخليته العقار.

أما إذا كان المبلغ المستحق في ذمة الحائز.

١- أقل من ديون الدائنين المقيددين.

٢- أو مغاير لجنس هذه الديون.

٣- أو غير مستحق الأداء حالا.

فإن اقتضاء الديون يتوقف على اتفاق جميع الدائنين المقيددين على مطالبة الحائز بالدفع. فإذا ماتم الاتفاق يجبر الحائز على ما في ذمته ولا تجوز له تخلية العقار، لكن يلاحظ أن الحائز لا يدفع في هذه الحالة للدائنين المقيددين، إلا طبقاً للشروط وفي المواعيد التي ارتضاها. وهو إذا دفع على هذا الوجه لا يخسر شيئاً، فهو قد أدى للدائنين حقوقهم كاملة، وتخلص من ثمن العقار فإذا بقي بعد ذلك بقية من الثمن فيدفعها البائع.

وفي كلتا الحالتين أن وفاء الحائز للدائنين المقيددين يؤدي إلى تطهير العقار من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من قيود. وليس له الرجوع على أحد لأنه قد وفى بما هو مستحق في ذمته بسبب امتلاكه العقار المرهون.

٨٩- (٢) ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الديون اختياريًا:

يجب أن يدفع الحائز للدائن المرتهن كل ما يجب دفعه له بموجب عقد الرهن. وعلى ذلك فيجب على الحائز أن يدفع كل الدين والفوائد المضمونة بالرهن والمصروفات المضمونة بالقيود بالإضافة إلى ذلك ما صرف في الاجراءات من وقت انذار الدائن المرتهن للحائز حتى وقت الوفاء.

٩٠- (أ) الوقت الذي يجوز للحائز فيه قضاء الديون اختياريًا:

الحائز لا يقوم بوفاء الدين المضمون إلا عند حلول الأجل. لكن الحائز يستطيع أن يبادر بقضاء الديون ولو لم ينذره الدائن المرتهن بالدفع أو التخلية.

ويبقى حق الحائز في قضاء الدين حتى يوم رسو المزداد. وعلى ذلك فان للحائز أن يقوم بهذا الوفاء في أى وقت تكون عليه اجراءات التنفيذ إلى أن يصدر حكم بإيقاع البيع، ومع ذلك فانه من مصلحة الحائز أن يبادر إلى قضاء الدين في أقرب وقت ممكن، حيث أنه كلما تأخر في ذلك كلما زادت ملحقات الدين التى يلتزم الوفاء بها مع الأصل، كالفوائد والمصروفات التى انفقت فى الاجراءات التى يتخذها الدائنون بعد اعلان الانذار.

٩١- (ب) أثر قضاء الدين اختيار رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون وحلوله محل الدائن المرتتهن فيما له من حقوق.

وقد نصت المادة ١٠٦١ مدنى على أنه :... يكون له (للحائز) فى هذه الحالة (قضاء الدين المضمون بالرهن) أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق الا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

وقد نصت المادة ١٠٦٢ مدنى 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.

ويتضح من هذا أن للحائز الذى قضى الدين أن:

- ١- يرجع على المدين بالدعوى الشخصية.
- ٢- وأن يرجع بدعوى الحل محل الدائن الموفى.
- ٣- وأن يرجع بدعوى الضمان على المالك السابق للعقار المرهون.

٩٢- رجوع الحائز على المدين بالدعوى الشخصية،

يجب أن نشير أن هذا الرجوع يقتصر على الحالات التى يفى فيها

الحائز بالدين المضمون دون أن يكون مستحق في ذمته شيء من الثمن أو أن يكون مستحق في ذمته جزء من الثمن لكنه أقل مما أوفى به للدائن.

وأساس هذا الرجوع هو الاثراء بلا سبب (م ٣١٤ مدنى). وذلك لأن المدين قد أثرى على حساب الحائز بأن برئت ذمته دون أن يدفع شيئاً أو أن مادفعه يقل، عما كان مستحق عليه. والافتقار يتمثل في أن الحائز قد أدى ديناً غير مستحق عليه - وعلى إثر هذا الوفاء يعتبر الحائز دائناً للمدين بما وفاه ويكون له أن ينفذ على جميع أمواله بمقتضى ماله من حق فى الضمان العام.

٩٢- رجوع الحائز بدعوى الحلول محل الدائن،

نصت المادة ١٠٦١ مدنى على تطبيق من تطبيقات المادة ٣٢٦ مدنى بند ج الحائز فى هذه الحالة يحل قانوناً محل الدائن الذى أوفاه فى حقوقه وتأميناته (م ٣٢٩ مدنى) إلا أن المادة ١٠٦١ قد أوردت قيد معين بنصها على أن يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين..

وعلى ذلك فإن الحائز لا يستفيد فى رجوعه بدعوى الحلول محل الدائن بالكفالة الشخصية والكفالة العينية، وهى تأمينات مقدمة من شخص آخر غير المدين، وهذا راجعاً إلى أصل مقرر بصدد الكفالة وهو أنه لا يجوز للمدين أن يسوء مركز الكفيل. لأن المدين لو لم يتصرف فى العقار المرهون إلى شخص آخر لاستطاع الدائن أن ينفذ على العقار تحت يديه ولا نقضى بذلك التزام الكفيل.

بالعكس من ذلك فإن الحائز يستفيد فى حالة رجوعه بدعوى الحلول محل الدائن بكل التأمينات التى قدمها المدين نفسه. فإذا كان الدين الذى وفاه الحائز مضموناً برهن على عقار مازال على ملكية المدين فإن للحائز أن يستفيد من هذا التأمين. ويمكنه أن ينفذ على هذا العقار حالاً فى ذلك محل الدائن فما له من رهن على هذا العقار. وكذلك يجوز للحائز أن يحل محل

الدائن فما له من رهن على هذا العقار. وكذلك يجوز للحائز أن يحل محل الدائن الذي وفاه فيما كان له من رهن قررره المدين على العقار الذي آلت ملكيته إلى الحائز. فيكون للحائز عندئذ رهن على عقار نفسه. ولا تبدو لهذا الرهن أهمية الا اذا كانت هناك رهون أخرى متأخرة في المرتبة عنه. وهنا تظهر الحكمة من نص المادة ١٠٦٢ التي تحض الحائز على الاحتفاظ بقيد الرهن بل وأن يجدده عند الاقتضاء.

أما في جانة ما اذا كان المدين قد رهن عقارا آخر غير ذلك العقار الذي انتقل إلى الحائز الذي أو في بالدين، ثم انتقل ذلك العقار إلى حائز، فاننا نكون هنا بصدد تعدد حائزين لعقارات ضامنة لنفس الدين. وهذه الأمر متصور أيضا ولو كان العقار المرهون واحدا اذا ما بيع جزء منه إلى شخص والجزء الباقي إلى شخص آخر.

فاذا وفي أحد هذين الحائزين بكل الدين، فلا يرجع بمقتضى الحلول على الحائز الآخر بكل الدين، بل يوزع الدين على الحائزين بنسبة قيمة كل عقار إلى مقدار الدين وقد جاء هذا الحكم في المادة ٣٣١ مدنى وذلك بنصها «اذا 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. الا بقدر حصه هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار».

فاذا فرضنا أن الدين كانت قيمته ستة آلاف جنيه مثلا، وكان مضمونا برهنيين: احدهما على عقار قيمته ستة آلاف جنيه والآخر على عقار قيمته ثلاثة آلاف. فعلى ذلك يكون جملة ما يضمن الدين من عقارات ما قيمته تسعة آلاف جنيه. فاذا تصرف المدين فى العقارين إلى شخصين مختلفين، وقام الحائز الأول بوفاء الدين كله (٦ آلاف جنيه)، فانه لا يتحمل من هذا الدين الا بقدر حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار أى بنسبة $\frac{٦ \text{ قيمة عقاره}}{٩ \text{ قيمة للتأمين العيني كله}}$ أى الثلثين، فان ما كان يجب عليه دفعه هو ثلثي الدين أى مبلغ ٤٠٠٠ جنيه. والحائز الثانى لا يتحمل الا بقدر حصته بحسب قيمة ما حازه من عقار أى بنسبة $\frac{٣ \text{ قيمة عقاره}}{٩ \text{ قيمة للتأمين العيني كله}}$ أى الثلث، فان ما كان

يجب عليه دفعه من الدين هو مبلغ ٢٠٠٠ جنيه وهذا ما يرجع به فقط الحائز الأول على الحائز الثاني.

٩٤- رجوع الحائز على المالك السابق:

للحائز أن يرجع على من تلقى الملكية منه. فإذا قد تلقاها بعرض، كان له حق الضمان، فيرجع بهذا الحق عليه، كما لو كان من تلقى الحائز الملكية منه بائنا أو مقايضا. أما إذا كان من تلقى الملكية منه لا يضمن، كما إذا كان واهبا أو موصيا، فإنه لا رجوع للحائز في هذه الحالة.

٢- تطهير العقار

وقد نصت المادة ١٠٦٤ مدنى على أنه:

١- «يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يظهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند».

٢- «وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الانذار إلى الحائز. ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم ايداع قائمة شروط البيع، ثم جاءت المواد من ١٠٦٥ إلى ١٠٧٠ مدنى لتبين أحكامه. ولذلك يجب أن نعرض بالدراسة للتطهير على النحو التالى، ندرس أولا تعريف وتقدير نظام التطهير ثم ثانيا ندرس أحكام التطهير.

(أ) تعريف وتقدير نظام التطهير

٩٥- (١) المقصود بالتطهير:

ويتضح من نص المادة ١٠٦٤ مدنى والمواد التالية أن التطهير وسيلة قانونية يستطيع الحائز بمقتضاها أن يعرض على الدائنين المقيدة ديونهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار، فإذا قبل هؤلاء الدائنين العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب استحقاقهم، وترتب على هذا تخلص العقار من جميع الرهون حتى تلك التى لم يصب أصحابها بشيء من قيمة العقار،

وإذا لم يقبل الدائنون كلهم أو بعض منهم هذا العرض وجب عليهم طلب بيع العقار في الحال، ولو كانت ديونهم غير حالة، وينتهي الحال عندئذ أما برسو المزداد على الحائز أو على غيره، وفي الحالتين يطهر العقار مما عليه من حقوق.

٩٦- (٢) مزايا وعيوب التطهير:

فلو نظرنا إلى كل من يهمة التطهير لوجدنا أن الدائنين المرتهنيين والدائنين أصحاب الديون الممتازة على العقار، والحائز والمدين وفي النهاية الائتمان. فبالنسبة للدائن المرتهن والدائنين أصحاب الحقوق الممتازة على العقار، نجد أن التطهير يضر بهم حيث أنه يجردهم من حقهم على الرغم منهم، أو يجبرهم على استعمال حقهم في وقت لم يكن لهم ارادة في اختياره. وذلك لأن الحائز يستطيع أن يباشر إجراءات التطهير دون انتظار لحلول آجال الديون. كما أن التطهير من شأنه أن يؤدي إلى اجبار الدائنين على قبول وفاء جزئي لحقوقهم، خروجاً على المبدأ العام الذي يقضى بعدم جواز ذلك. وكذلك فإن التطهير يسمح للحائز الذي اكتسب جزء من العقار المرهون أن يطهره وهذا من شأنه أن يشكل خروجاً على مبدأ عدم تجزئة الرهن. إلا أنه من جانب آخر فإن الدائنين المرتهنيين سيحصلون في هذه الحلة، على قيمة العقار دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات نزع الملكية.

أما بالنسبة للحائز، فإن التطهير مقرر لمصلحته، وخاصة لو كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار، كما أن التطهير مفيد بالنسبة للمدين اذ يسهل عليه أن يجد مشترياً لعقاره المثقل بالديون.

وفي النهاية فإن التطهير يفيد الائتمان بصفة عامة. حيث أنه يسهل التصرف في العقار المثقل بديون مقيدة وخاصة اذا جاوزت هذه الديون قيمة العقار. فلولا التطهير لأحجم الناس عن التعامل في شأن هذا العقار، لأن من يرتضى شراءه لا يمكنه أن يحتفظ بملكته الا اذا كان مستعداً في سبيل ذلك بأن يفي بكل ما يثقله من ديون، وهذا أمر نادر الوقوع. أما السماح بالتطهير يشجع راغبي الشراء على الاقدام عليه، فيستطيع من يريد شراءه أن يشتريه

ثم يلجأ إلى تطهيره بعرض قيمته على الدائنين . والغالب أن يقبل الدائنون مايعرضه الحائز إذا كان مساوياً لقيمة العقار الفعلية وذلك حتى يتفادى أيضا اجراءات نزع الملكية .

٩٧-(٢) مقارنة بين تطهير العقار وقضاء الديون:

يتفق تطهير العقار وقضاء الديون في أن كل منهما اختياري بالنسبة للحائز، بمعنى أن هذا الأخير يختار بينهما حسبما يراه محققاً لمصلحته . كما أن كل من التطهير وقضاء الديون يؤدي إلى تخلص العقار من الحقوق المقيدة عليه .

ومع ذلك فإن كل من قضاء الديون والتطهير يمتاز بعدة خصائص . فما يمتاز به قضاء الديون بأنه يضمن للحائز الاحتفاظ بالعقار بينما التطهير قد يؤدي إلى عرض العقار للبيع بالمزاد وخروجه من ملكيته، وذلك في حالة ماذا رفض الدائنون العرض الذي قدمه الحائز . أما للتطهير فإنه يمتاز عن قضاء الديون بأنه لا يقتضي من الحائز أكثر من قيمة العقار مهما كان مقدار الديون، كما أنه يسمح له بالتخلص من الديون المضمونة قبل حلول أجلها .

وعلى ضوء ما تقدم فإن من مصلحة الحائز أن يختار قضاء الديون إذا كانت جملة الديون المقيدة على العقار أقل من قيمته، فهو بهذا يضمن تخلص العقار من هذه الديون مع الاحتفاظ به . وتكون مصلحته أن يختار طريق التطهير إذا كانت قيمة العقار أقل من مقدار الديون المقيدة عليه، فهو يستطيع حينئذ أن يخلص العقار منها بما لا يجاوز قيمته .

(ب) أحكام التطهير

ونود أن نعرض هنا لمن يجوز له التطهير ثم بعد ذلك ندرس اجراءات التطهير، عرض التطهير وآثاره، ثم في النهاية نتكلم عن آثار التطهير ومصروفاته .

٩٨-(أولاً) من له الحق في التطهير:

قد نصت على ذلك المادة ١٠٦٤/١ مدني بقولها «يجوز للحائز إذا سجل

سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند، على ذلك فإن حق التطهير يثبت فقط لحائز العقار المرهون. وهو وحده الذي يقرر ما إذا كان من المناسب أن يلجأ إلى هذه الطريقة أم لا. وفي الغالب الحائز يختار التطهير إذا كانت الديون المقيدة قبل تسجيل سنده قيمتها أكبر من قيمة العقار، حيث أنه ليس له مصلحة في دفع ديون قيمتها تفوق بكثير قيمة العقار ولا يستطيع استردادها كلها. كما أن لايميل إلى التنفيذ مباشرة على العقار بترك الدائن المرتهن ينفذ عليه، ولايميل إلى التخلي، فهو بالتالي يفضل التطهير حيث أنه يستطيع أن يخلص العقار من هذه الديون بما لايجاوز قيمته.

وحيث أن الحائز وحده وهو الذي يملك التطهير، والحائز هو من يكسب ملكية العقار أو حق انتفاع عليه دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين المضمون، فإنه على ذلك لا يحق لا للكفيل الشخصي ولا للكفيل العيني ولا للشريك، إذا ما اكتسب أيهما ملكية العقار المرهون، بينما إذا اكتسب أحد الدائنين المرتهنين ملكية العقار فإنه يصبح حائزاً ويجوز له أن يباشر تطهير العقار.

وعلى ذلك فيجوز التطهير لمشتري العقار كله أو بعضه والمقايض، والمرهوب له، والموصى له، والشفيع، ولمن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون^(١). بينما لايجوز لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى أن يلجأ إلى التطهير وذلك لأن هذه الحقوق غير قابلة للبيع بالمزاد فهي غير قابلة للرهن^(٢).

ويجوز التطهير لمن آلت إليه حصة شائعة في العقار المرهون، أما بالنسبة للحائز تحت شرط، فإنه يجب أن نفرق فيما إذا كان الحائز قد تملك العقار تحت شرط واقف أم تملكه تحت شرط فاسخ ففي الفرض الأول لا يجوز للحائز أن يلجأ إلى التطهير، لأنه لم يملكه بعد، لأن الشرط لم يتحقق، أما إذا تحقق الشرط فيثبت له الملك وبالتالي يكون له حق التطهير. في الفرض

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٢٨٠ ص ٥٤٢، والمراجع المشار إليها في هامش ٣.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٢٨٠ ص ٥٤٢، والمراجع المشار إليها في هامش ٤.

الثانى فإن الحائز يعد مالكا للعقار قبل تبين مصير الشرط، فيكون له بالتالى الحق فى التطهير، فإذا تخلف الشرط تأكد الملك وبقي التطهير سليماً.

أما اذا تحقق الشرط الفاسخ زال عنه الملك بأثر رجعى، وكان مقتضى ذلك زوال التطهير لأنه يعتبر من قام به كان غير مالك. وبالتالي لم يكن حائزا وقت التطهير. غير أن بعض الفقهاء رأى أنه يجب أن يبقى التطهير نافذا بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ، على أساس أن التطهير عمل مادى لا يؤثر فيه الفسخ ^(١). وقد أيد المشرع هذا الاتجاه بنصه فى المادة ١٠٨٣ مدنى على أنه «إذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمى نهائيا، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار».

ويجوز التطهير لمن انتقل اليه حق الرقبة أو حق الانتفاع مرهونا فاذا عرض حائز حق الرقبة أو حق الانتفاع قيمة حقه، فانه يترتب على التطهير تخلص الحق المرهون. وعلى ذلك فاذا كان حق الانتفاع هو الذى انتقل إلى الحائز، وحصل تطهيره، فان حق الدائنين المقيدة حقوقهم يبقى على الرقبة، ولكن عند انتهاء حق الانتفاع (بانتهاى أجله أو بوفاء المنتفع) يعود حقهم عليه من جديد، اذا أن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع باعتباره من ملحقات العقار المرهون، ويحق للدائن المرتهن عندئذ أن ينفذ على الملكية كاملة. وهذه نتيجة يحتمها التطبيق القانونى، وان ترتب عليها افادة الدائنين المرتهنيين مرتين من حق المنفعة ^(٢). أما اذا كانت ملكية الرقبة هى التى انتقلت إلى الحائز وقام هذا الأخير بتطهيرها، فان حق الانتفاع وحده هو الذى يظل محملا بالرهن، فاذا انقضى هذا الحق وعادت المنفعة إلى مالك الرقبة، فالأصل فيها أنها تعود محررة من الرهن، لأن الرهن يزول بزوال موضوعه، وقد انقضى حق الانتفاع ^(٣).

(١) محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١٥٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢٠ ص ٤٣٤، والمراجع المشار اليها فى هامش ٢.

(٣) محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ ص ٢٢٤، ٢٢٥، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢٠، ص ٤٣٤، منصور مصطفى منصور، فقرة ٦٧ ص ١٤٠، السهورى، المرجع السابق فقرة ٢٨٣ ص ٥٤٥، وانظر عكس ذلك، عبد المنعم البدرارى، المرجع السابق، فقرة ١٤٣ ص ١٩٩، وخاصة هامش ١.

ويجب أن يكون الحائز قد سجل السند الذي بمقتضاه انتقلت الملكية أو الحق العيني، وقد اشترطت المادة ١٠٦٤ مدنى لمباشر حق التطهير أن يكون قد سجل سند بنصها على أن:

١- «يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند». والغرض من ذلك هو تحديد الحقوق التي يجب تطهيرها. إذ بعد تسجيل سند الحائز لا يمكن أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذاً في حق الحائز. كما يجب أن يكون تسجيل سند الحائز حاصلاً قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، لأن الحائز لو تلقى حقه بعد تسجيل التنبيه فإنه لا ينفذ في حق الدائنين المقيدين، بل يلافي حق الدائنين العاديين المباشرين للتنفيذ. أما إذا كان سند الحائز غير قابل للتسجيل، بأن كان واقعة مادية لاعمالاً قانونياً، فإنه لا يشترط في هذه الحالة التسجيل امكان القيام به^(١) ويجوز للحائز أن يباشره حقه في التطهير، ومثال ذلك أن يملك الحائز العقار المرهون بالتقادم، فإنه يستطيع أن يلجأ إلى تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً، لأن التقادم واقعة مادية تستعصى على التسجيل^(٢).

٩٩- (ثانياً) إجراءات التطهير - عرض التطهير وآثاره:

وقبل أن نبين إجراءات التطهير يجب أن نشير إلى الوقت الذي يجوز فيه طلب التطهير. ثم بعد ذلك نبين كيف يتم التطهير وخاصة فيما يتعلق بالعرض وبياناته وأثره.

١٠٠- (١) الوقت الذي يجوز فيه طلب التطهير:

فبعد أن بين المشرع في الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤ مدنى من له حق

(١) انظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٥٩ ص ٢٥٤ هامش ١، وأيضاً

محمد كامل مرسى المرجع السابق، فقرة ١٦٠ ص ٢٢٩، ٣٣٠.

(٢) «جموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١١٨، وانظر أيضاً عبد الفتاح عبد الباقي،

المرجع السابق، فقرة ٣٢٠ ص ٤٣٥، ٤٣٦، وشمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١١٥

ص ٣٤٥ هامش ١، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٦٧ ص ٣٠٤، أحمد

سلامة، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، السنهورى المرجع السابق، فقرة

٢٨٤ ص ٥٤٦.

تطهير العقار قد نص في الفقرة الثانية على أنه «للحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الانذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم ايداع قائمة شروط البيع».

وعلى ذلك فإن للحائز أن يطلب تطهير العقار ابتداء من الوقت الذي يصبح فيه حائزا بصرف النظر عن حلول أو عدم حلول آجال الديون المقيدة التي يضمنها العقار المرهون ودون انتظار لشرع أحد الدائنين في إجراءات التنفيذ، أي حتى ولو قبل أن يوجه الدائن التنبيه إلى المدين أو الانذار بالدفع والتخلية إلى الحائز.

ويبقى حق الحائز في التطهير قائما حتى يوم ايداع قائمة شروط البيع حتى يصبح العقار معدا للبيع بالمزاد، والحكمة من عدم استعمال الحائز حقه في التطهير بعد ايداع قائمة الشروط، أنه إذا راغب في عرض قيمة العقار على الدائنين في هذا الوقت فما عليه إلا أن يتقدم بها في المزاد مزايدا.

١٠١-(٢) كيف يتم التطهير:

إذا رغب الحائز في تطهير العقار، فعليه أن يعرض على الدائنين المقيدة حقوقهم قبل أن يكتسب صفة الحائز، وفي الوقت المناسب، قيمة العقار التي يقدرها بصرف النظر عن الثمن الذي اشترى به إن كان مشتريا، بشرط ألا يقل ما يعرضه عما بقي في ذمته من ثمن العقار إذا كان قد اكتسبه بالبيع، ويظهر استعداداه للوفاء في الحال بالديون المقيدة في حدود القيمة التي يعرضها:

١٠٢-(أ) العرض:

ويكون العرض للدائنين المقيدة حقوقهم على العقار قبل أن يكسب حقه، وهم أصحاب الرهون رسمية كانت أو حيازية وأصحاب حقوق الاختصاص وأصحاب حقوق الامتياز المقيدة.

ويكون العرض بأن يوجه الحائز إلى هؤلاء الدائنين اعلانات رسمية

على يد محضر في موطنهم أو في موطنهم المختارة المذكورة في القيد، فإذا لم يعين أحدهم موطنًا مختارًا أصبح اعلانه في قلم كتاب المحكمة التي يقع في دائرتها العقار. ولا ينجح هذا الاعلان أثره الا بالنسبة لمن وجه اليه، فمن لم يرجه اليه اعلان من الدائنين يبقى حقه في التتبع قائمًا، لكن هذا لا يحول دون قبوله لاجراءات التطهير واشتراكه في التوزيع حسب مرتبته اذا ما وجد في ذلك مصلحته.

١٠٣- (ب) البيانات الواجب أن يشتمل عليها الاعلان وجزاء تخلفها؛

يجب أن تشمل الاعلانات التي يوجهها الحائز إلى الدائنين المفيدة لحقوقهم على العقار قبل أن يكسب حقه على بيانات نصت عليها المادة ١٠٦٥ مدني على النحو التالي:

(أ) خلاصة من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخ واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينًا دقيقًا ومحل العقار مع تعيينه وتحديدته بالدقة. وإذا كان التصرف بيعًا يذكر أيضا الثمن وماعسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن.

(ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل.

(ج) المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة العقار ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساسا لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية، ولا يقل في أى حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان التصرف بيعا. وإذا كانت اجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حده.

(د) قائمة بالحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز وتشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين.

والغرض الذي استهدفه المشرع من وراء ذكر هذه البيانات في هذا الاعلان هو احاطة الدائنين علما بأن من يعرض عليهم قيمة العقار قد انتقلت اليه ملكية العقار الذي اكتسب عليه حق أو أى حق عيني يجعله حائزا

مما يخوله في اجراء التطهير، وأن يعرف كل منهم الثمن الذى بيع به العقار حتى يتبين ما اذا كانت القيمة المعروضة مناسبة أم لا، وأن يعرف مابقى فى ذمة الحائز من الثمن حتى يستوثق من أن القيمة المعروضة ليست أقل من هذا الباقي كما اشترط المشرع، وأن يعرف كل منهم مايتقل العقار من حقوق مقيدة نافذة فى حق الحائز ومرتب به كل حق منها حتى يستطيع أن يقدر مايناله عند توزيع القيمة المعروضة وبالتالي يمكنه أن يقدر ما اذا كان من مصلحته قبول العرض أو رفضه.

ويستفاد من هذا النص أن الحائز يعرض فى الاعلان المبلغ الذى يقدره لقيمة العقار بصرف النظر عما اذا كان قد تلقى الملكية بمقابل أو بدون مقابل، وسواء كان المقابل أكبر أو أقل من قيمة العقار وقت العرض، وسواء دفع المقابل كله أو بعضه أو لم يدفع منه شيئا. ولكن يلاحظ أن من مصلحة الحائز أن يعرض مبلغ يقارب قيمة العقار الحقيقية حتى يتفادى رفض أى من الدائنين لهذا العرض وطرح العقار بالتالى للبيع فى المزاد.

ويلاحظ أن المشرع قد أورد قيدين على المبلغ الذى يعرضه الحائز قيمة للعقار فى المادة ١٠٦٥ مدنى. فقد أوجب أولا، فى حالة ما اذا كان الحائز قد تلقى العقار بعقد بيع، ألا يقل المبلغ الذى يعرضه عن الباقي فى ذمته من ثمن العقار، وثانيا ألا يقل المبلغ المعروض عن «السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية». وقد أوضحت المذكرة الايضاحية ذلك بقولها «وهذا الأساس هو الضريبة إلى تدفع عن العقار»^(١) والمقصود بذلك بطبيعة الحال هو تقدير الثمن على أساس الضريبة وليس الضريبة فى ذاتها هى الثمن. ويبدو أن واضع التقنين المدنى قد اعتمدوا عند وضع هذا الشرط على أن قانون المرافعات سيتضمن طريقة تحديد الثمن فى حالة نزع الملكية، ولكن قانون المرافعات الملغى لم يتضمن أى قاعدة فى شأن هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ١١٩.

التحديد. وقد اختلف الفقه في تحديد هذا الأساس^(١). وقد جاء قانون المرافعات الجديدة بنص المادة ٤١٤ ليحسم هذا الخلاف. وقد نصت هذه المادة في البند الرابع على أن يكون تحديد هذا الثمن وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٧. والمادة ٣٧ مرافعات خاصة بقواعد تقدير قيمة الدعوى. وهي تنص في فقرتها الأولى على أن «الدعوى التي يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار، يكون تقدير هذه القيمة خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنياً، فإذا كان من الأراضي يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل لقيمة الضريبة الأصلية. فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته»^(٢). وعلى ذلك لم يترك المشرع أمر تحديد قيمة العقار المرهون للحائز ولا لارادة مباشر الاجراءات.

وإذا كان حائز حق الانتفاع هو الذي يعرض التطهير، أو حائز حق الرقبة هو الذي يعرضه فإن الأساس الذي يقدر عليه أى من الحقين قد جاء في المادة ٢/٣٧ بقولها «أن تقدر قيمة حق الانتفاع أو الرقبة باعتبار نصف قيمة العقار».

وإذا تلقى الحائز ملكية عقار، كأرض زراعية مثلاً، وكان مثقلاً في عدة أجزاء منه بعدة رهون مختلفة، وجب أن يعرض تقديراً لقيمة كل جزء من هذه الأجزاء على حدة (م ١٠٦٥/ج مدنى) وذلك لتمكين كل دائن من أن يتخذ موقفه الخاص فيما يتعلق بدينه.

ويجب على الحائز أن يذكر في الاعلان أنه مستعد أن يوفى الديون

(١) ذهب البعض إلى أن هذا الشرط يظل معطلاً إلى أن يتدخل المشرع بتحديد هذا السعر، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢٧ ص ٤٤٢، شمس الوكيل، المرجع السابق، الفقرة ١١٥ ص ٣٥٠، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ٣٥٥، ٣٥٦. وذهب البعض الآخر إلى الاستعانة بالمادة ٣٠ من قانون المرافعات الملغى والخاصة بتقدير قيمة الدعوى، سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ١٦٤، ص ٢٦٢، ٢٦٣، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٢٥٠ ص ٢٧٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٤٥.

(٢) طبقاً لآخر تعديلات لهذه المادة.

المقيدة، إلى القدر الذى قوم به العقار، وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً، بل ينحصر العرض فى اظهار استعدادده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال، أيا كان ميعاد الديون المقيدة (م ١٠٦٦ مدنى) وعلى ذلك فان الحائز لا يلتزم بعرض القيمة عرضاً حقيقياً، بل يكفى أن يظهر استعدادده للدفع حالا، أيا كان استحقاق الديون المقيدة، فاذا أظهر هذا الاستعداد، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه، ومصدر التزامه هو ارادته المنفردة (١).

ولم تبين المادة ١٠٦٥ مدنى الجزاء الذى يترتب على اغفال بيان من البيانات أو الخطأ فيه -ويذهب غالبية الفقهاء، وهذا مانؤيده، إلى القياس على حكم المادة ٤١ من قانون الشهر العقارى والخاص باغفال بيان أو أكثر من البيانات التى يجب أن تتضمنها قائمة القيد، فلا يترتب على اغفال بيان أو الخطأ فيه بطلان العرض الا اذا نشأ عن ذلك ضرر لأحد الدائنين وبقدر هذا الضرر، فاذا ذكر فى الاعلان الموجه إلى أحد الدائنين قيمة أكبر مما يقصده الحائز كان لهذا الدائن أن يتمسك بهذه القيمة، واذا أغفل الحائز ذكر حق من الحقوق التى تم قيدها على العقار اعتماداً على عدم وجود هذا الحق قدر الدائن التالى فى المرتبة أن القيمة المعروضة تكفى لأن يستوفى منها حقه فقبل العرض، كان العرض بالنسبة له باطلاً وبالتالى لا ينتج إثراً (٢).

واذا أبطل العرض بالنسبة لأحد الدائنين بطلت اجراءات التطهير بالنسبة له وحده. ويبقى حقه فى التنفيذ على العقار قائماً الا اذا أعاد الحائز العرض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧ ص ١١٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٠ ص ٤٤٦، محمد على امام المرجع السابق، فقرة ٣٥٢ ص ٣٧٧، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٤٥، ١٤٦، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٠٠ ص ٣٥٤، ٣٥٥، عبد المنعم البدر اوى، المرجع السابق، فقرة ١٤٧ ص ٢٠٥، ٢٠٦ بينما يذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين البيان الجوهرى والبيان غير الجوهرى، انظر محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١٦١ ص ٢٣٧، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٦٥ ص ٢٦٤، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٨٩ ص ٥٥٣، ٥٥٤.

عليه باعلان صحيح فى الوقت الذى يجوز فيه ذلك أى قبل ايداع قائمة شروط البيع .

١٠٤- (ج) أثر العرض،

يترتب على العرض أثران، أحدهما خاص بالحائز، والثانى خاص بالدائنين المقيدين الذين وجه اليهم العرض .

فبالنسبة للحائز الذى عرض قيمة العقار، فانه يلتزم بالبقاء على عرضه طوال المدة التى يجيز فيها المشرع للدائنين أن يقبلوا العرض خلالها أو يرفضوه، وهذه المدة حدتها لمادة ١٠٦٧ مدنى بثلاثين يوما من آخر اعلان رسمى، يضاف إليها مواعيد المسافة التى لاتزيد على ثلاثين يوما أخرى . وأساس التزام الحائز بالبقاء على عرضه هو الارادة المنفردة .

أما بالنسبة للدائنين الذين وجه اليهم العرض، فيثبت لكل منهم الخيار بين قبول العرض أو رفضه .

فاذا قبلو جميعا القيمة التى عرضها الحائز، صراحة أو ضمنا، وتكون لهم مصلحة فى قبول العرض اذا كان المبلغ المعروض عليهم يفى بديونهم جميعا أو كان يبلغ مقداره حدا لاينتظر أن يتعداه الثمن الذى يمكن أن يسفر عنه طرح العقار للبيع فى المزاد فان الحائز يصبح ملتزما التزاما شخسيا فى مواجهة الدائنين بالمبلغ الذى عرضه، وهذا الالتزام يمكن أن ينفذ فى جميع أمواله وليس فى العقار المرهون فقط . كما أن العقار لايتطهر مما عليه من حقوق مقيدة الا اذا دفع الحائز المبلغ الذى عرضه للدائنين أو أودعه خزانة المحكمة . وقد نصت على ذلك المادة ١٠٧٠ بقولها ، اذا لم يطلب بيع العقار فى الميعاد وبالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من كل حق مقيد، اذ هو دفع المبلغ الذى قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه أو اذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة .

لكن لكل من الدائنين المقيدة حقوقهم ولكل كفيل كفل حقا مقيدا نافذا في حق الحائز أن يرفض العرض . وحق الرفض يثبت لكل دائن مقيد اذا كان حقه نافذا في مواجهة الحائز ايا كانت مرتبة رهنه، أى لو كان من غير المحتمل أن يحصل على شئ عند بيع العقار . وكذلك يثبت الحق لكل من كفل حقا من هذه الحقوق لأن من مصلحة الكفيل أن يستوفى الدائن كل حقه أو أكبر قدر ممكن من حقه حتى لا يرجع عليه ولهذا يكون له مصلحة في رفض العرض اذا قدر أن القيمة التي عرضها الحائز أقل مما يحتمل أن يباع به العقار .

ويكن رفض عرض الحائز بطلب بيع العقار من جانب الدائن المقيد حقه أو الكفيل أو ممكن يوكله في ذلك وكالة خاصة في خلال ثلاثين يوما من آخر اعلان رسمى، يضاف اليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوما أخرى (م ١٠٦٧ مدنى) وطلب بيع العقار يكون باعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق وموقعا من الطالب أو من يوكله في ذلك وكالة خاصة (م ١٠٦٨) . والغرض من اعلان الحائز بطلب البيع هو تبليغه رفض الطالب للتطهير بالقيمة التي عرضها الحائز . أما الغرض من اعلان المالك السابق هو اتاحة الفرصة له ليعلم أن العقار سيباع بالمزاد فقد يعمل على تفادى البيع بأن يفى بالدين ليتخلص من دعوى الضمان التي يرجع بها الحائز عليه اذا ماخرج العقار من يده . ولكن المشرع لم يكتف بهذا الاعلان وانما ألزم طالب البيع بايداع مبلغ كاف لتغطية مصروفات البيع بالمزاد (م ١٠٦٨) . والحكمة من ذلك عدم السماح لأى دائن أو كفيل بطلب البيع بدون تروء، اذا يتدرب على هذا الالتزام أن أحد لا يطلب البيع الا اذا ترجح لديه أن القيمة التي عرضها الحائز أقل مما يساويه العقار اذ لو لم يرسى المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز فيتحمل هو مصروفات البيع باعتباره أنه السبب فى بانفائها . ويكون الطلب باطلا اذا لم يستوف هذه الشروط (م ١٠٦٨ مدنى) .

ويترتب على طلب البيع من أحد الدائنين أو من أحد الكفلاء تعلق حق الدائنين الآخرين والكفلاء به، إذ قد يكون أحدهم راغباً في طلب البيع ونم يمنعه من الطلب إلا أنه وجد غيره قد طلبه، ولهذا نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٨ على أنه «ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدین وجميع الكفلاء».

فاذا ما طلب البيع وكان الطلب صحيحاً، وجب طرح العقار في المزاد وفقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات للبيع الجبرية. ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز، وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار (م ١٠٦٩/١ مدني).

ويجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة فيما عدا الراهن أو المدين إن كان غير الراهن ومن كان ممنوعاً بنص القانون من الدخول فيها (كالقضاة وأعوانهم). وعلى ذلك فيجوز أن يتقدم للمزايدة كل من الحائز نفسه والدائن طالب البيع وغيره من الدائنين المقيدین والدائنين العاديين وأي شخص أجنبي. ولكن بالنسبة للحائز يجب ألا يعرض في العقار المبيع ثمناً أقل من الباقي في ذمته (م ١٠٧٤ مدني).

ويلاحظ أنه يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره ويبقى حقه قائماً إلى يوم رسو المزاد (م ١٠٦١ مدني) ويترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ إذ لا يكون للدائنين المقيدین مصلحة في الاستمرار فيها ماداموا قد استوفوا حقوقهم.

فاذا ماسرت الإجراءات إلى نهاية المطاف فإنه قد يرسو المزاد على الحائز أو على غيره.

فاذا رسا المزاد على الحائز التزم بالثمن الذي رسا به المزاد وبمصاريف البيع على أن يرد إلى الطالب المبلغ الذي دفعه عند الطلب. ويحتفظ الحائز

الراسى عليه المزاد بملكته بمقتضى سند هذه الملكية الأصلية (م ١٠٧٥ مدنى) ويتطهر العقار من كل حق مقيد اذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المازد أو أودعه خزانة المحكمة (م ١٠٧٥ مدنى) وبالتأشير بالحكم فى هامش تسجيل سند الجائر وفى هامش تسجيل انذاره (م ٤٤٨ مرافعات) (م ٤٥٠ مرافعات).

اذا رسا المزاد على غير الحائز، سواء كان أحد الدائنين أو شخصا أجنبيا، التزم الراسى عليه المزاد، وفقا لنص المادة ١٠٦٩/٢، أن يرد إلى الجائر الذى نزع ملكته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكته، وفى تسجيل هذا السند، وفيما قام به من الاعلانات، وذلك إلى جانب التزامه بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير. وهو يرد إلى طالب البيع ماسبق أن عجله لذلك، اذا كان الثمن الذى رسا به المزاد أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز (م ١٠٦٨/١ مدنى).

ويتلقى الراسى عليه المزاد حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد (م ١٠٧٦ مدنى) ويتطهر العقار مما عليه من حقوق مقيدة بإيداع الراسى عليه المزاد الثمن، أو دفعه إلى الدائنين المقيدى الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن (م ١٠٨٤ مدنى) وتسجيل الحكم (م ٤٥٠ مرافعات).

١٠٥- (ثالثا): آثار التطهير ومصروفاته:

سبق أن رأينا أن اجراءات التطهير قد تؤدى اما إلى بقاء العقار فى يد الحائز، أو إلى انتقاله منه إلى الغير والعقار يبقى فى يد الحائز اذا قبل الدائنون المقيدون صراحة أو ضمنا القيمة التى عرضها للعقار، أو اذا طرح العقار للبيع بالمزاد نتيجة لرفض أحد الدائنين أو الكفلاء للعرض بطلبه البيع، ورسا المزاد على الحائز. وينتقل العقار إلى يد غير الحائز، اذا رفض عرضه وطرح العقار للبيع فى المزاد ورسا مزاده على الغير.

وفى جميع الحالات فان العقار يتحرر من الحقوق المقيدة عليه، وهذه

الحقوق هي الرهون، رسمية كانت أم حيازية، وحقوق الاختصاص، وحقوق الامتياز الخاصة (١٠٧٠ مدنى والمادة ١٠٧٥ مدنى، و٤٥٠ مرافعات).

ويترتب على التطهير تحرير العقار من هذه الحقوق المقيدة، سواء كانت ضامنة لديون حل أجلها أو لم يحل أجلها بعد، وسواء كان أصحابها قد استوفوها كاملة أو لم يستوفوا إلا بعضا منها أو لم يستوفوا منها شيئا. ويظل بطبيعة الحال لهؤلاء الذين بقى لهم من ديونهم شيء حق الرجوع بما بقى على المدين.

ويلزم الراسى عليه المزداد أن يرد إلى الحائز الذى نزع ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته، وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الاعلانات وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزداد والمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير (م ١٠٦٩/٢).

أما فى حالة احتفاظ الحائز بالعقار المرهون فإنه يتحمل مصروفات اعلانات التطهير، ويكون له الحق فى الرجوع بها على من تلقى الملكية منه على أساس الضمان، اذا كان سند ملكيته يعطيه الرجوع بالضمان عليه، وذلك بأن كان قد تلقى العقار بمقابل ولم يتفق على تحمله مصروفات التطهير^(١).

٢- تخلية العقار المرهون

التخلىة هى الوسيلة الأخيرة التى خولها القانون للحائز، ولكنها وسيلة تختلف فى هدفها واجراءتها عن الوسائل السابقة. فما هو المقصود بالتخلىة وأهميتها ثم ماهى الاجراءات الواجب اتباعها وفى النهاية ماهو أثرها.

(١) المقصود بالتخلىة وأهميتها

ويقصد بتخلىة العقار المرهون رفع الحائز يده عن العقار وتركه لحارس

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٣٨ ص ٤٥٤، أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٣٦٩، ٣٧٠، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة ١٥٧ ص ٣١٦، ٣١٧.

أو لأمين تعينه المحكمة وتتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية. فالتخلية عبارة عن وسيلة قانونية يتخلص بمقتضاها الحائز من مباشرة الإجراءات في مواجهته. وعلى ذلك فهي لا تمنع التتبع ولا تعطله وإنما تهدف إلى مباشرة الإجراءات في مواجهة الحارس أو الأمين حتى لا يظهر اسم الحائز في هذه الإجراءات. على أن التخلية لا تمس لامتلاك الحائز ولا بحيازته القانونية.

وهذه التخلية رخصة للحائز ويستعملها إذا قدر أن التجائه إلى وسيلة قضاء الديون أو التطهير غير مجد وأن من مصلحته أن يتم التنفيذ على العقار بنزع ملكيته، إلا أنه يحرص في ذات الوقت على ألا يظهر اسمه في إجراءات نزع الملكية. وهو قد يهدف من وراء ذلك إلى المحافظة على سمعته المالية والائتمانية أو على الأقل التخلص من عبء مسئولية إدارة العقار ومشغولية تتبع إجراءات نزع الملكية وهي عادة طويلة.

(ب) أحكام التخلية

ونقصد بذلك الأشخاص الذين يجوز لهم حق التخلية، وإجراءات التخلية ثم بعد ذلك ما يترتب عليها من آثار.

١٠٦- (أولاً): من يجوز له التخلية:

وتكون التخلية للحائز دون غيره بشرط ألا يكون مسئولاً عن الدين. وعلى ذلك فلا يجوز التخلية للمدين أو للكفيل الشخصي أو للمدين المتضامن الذي اشترى العقار المرهون. كما أنه من الوقت الذي يصبح فيه الحائز مسئولاً عن الدين يمتنع عليه الالتجاء إلى التخلية. وقد يصبح الحائز مسئولاً عن الدين أما بمقتضى نص في القانون أو بمقتضى الاتفاق.

فإذا كان الحائز ملزماً بنص القانون بأن يفى الدين للدائنين المرتبهين إذا طلبوا ذلك، طبقاً لنص المادة ١٠٦٣^(١)، فإنه لا يجوز له أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخلية عن العقار (م ١٠٦٣/٣).

(١) وهي الحالات التي يجبر فيها الحائز على قضاء الديون، أنظر فقرة ٨٨ ص ١٣٩.

ذلك يمتنع على الحائز التخلية اذا قام بعرض قيمة العقار على الدائنين بقصد تطهيره وقبل هذا العرض صراحة أو ضمنا . لأنه يكون ملتزما شخصيا في مواجهة الدائنين بالوفاء بهذه القيمة التي عرضها .

اذا كان الأصل أن التخلية لا تكون الا للحائز غير المسئول شخصيا عن الدين، الا أن القانون أجاز التخلية للكفيل العيني أيضا رغم أنه لا يعتبر حائزا بالمعنى القانوني وعلى ذلك فقد نصت المادة ١٠٥١/٢ بقولها «أنه اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، جاز له أن يتفادى أى اجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار» . فالكفيل العيني يجوز له التخلية . ويتبع فى مواجهته نفس الاجراءات التى تتبع فى مواجهة المدين لاجراءات التنفيذ التى تتبع فى حالة ما اذا كان العقار فى يد حائز .

١٠٧- (ثانيا) : اجراءات التخلية:

فقبل أن يقوم الحائز بالتخلية يجب أن نعرف الوقت الذى يجوز له فيه ذلك ثم نعرف كيف تتم التخلية .

١٠٨- (١) - الوقت الذى تجوز فيه التخلية:

لم يرد نص يحدد فيه الوقت الذى يجوز فيه للحائز مباشرة حق التخلية . ومع ذلك فاذا كان الغرض من التخلية هو منع اجراء التنفيذ فى مواجهته أو عدم ظهور اسمه فيه . فان ذلك يستتبع ثبوت الحق له فى التخلية منذ ابتداء أحد الدائنين فى مباشرة اجراءات نزع الملكية . لكن إلى أى وقت يثبت له الحق فى ذلك ؟ يذهب الفقه الغالب إلى أن الحائز يجوز له التخلية إلى أن يتم رسو المزاد^(١) ، وان كان من النادر عملا أن تحصل التخلية بعد أن نسير

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٤٢ ص ٤٥٦ ، ٤٥٧ ، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٥٢ ، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ٣٦٠ ، عبد المنعم البدر اوى، المرجع السابق فقرة ١٦٠ ص ٢١٩ ، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٧٩ ص ٣٢٠ ، ومع ذلك قارن أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٠٧ ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ . اذ يرى أن المعقول الا يكون للحائز أن يتخلى الا إلى وقت ايداع قائمة شروط البيع .

اجراءات نزع الملكية مرحلة كبيرة اذ أن الحائز الذى يحرص على عدم ظهور اسمه فى اجراءات نزع الملكية يبادر منذ البداية بالتخلى عن العقار فيحقق الغرض الذى يهدف إليه .

١٠٩- (٢) كيف تتم التخلية:

تكون التخلية وفقا لنص المادة ١٠٧١ مدنى، بتقرير يقدمه الحائز (أو الكفيل العينى) إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، أى المحكمة التى يقع فى دائرة اختصاصها على العقار، ويجب على الطالب التأشير بذلك على هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها (م ١٠٧١ مدنى) .

فاذا لم تستوف هذه الاجراءات كانت التخلية باطلة فلايترب عليها أثرها ويجوز للدائن مباشرة الاجراءات فى مواجهة الحائز.

أما اذا تمت هذه الاجراءات صحيحة، أصبح من غير الجائز مباشرة الاجراءات أو الاستمرار فيها فى مواجهة الحائز. وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٧١ مدنى على أنه لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية - ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك، واذا كان من النادر عملا أن يطلب الحائز تعيينه حارسا لأنه مالجأ إلى التخلية الا لرغبته فى عدم ظهور اسمه والتخلص من مسئولية ادارة العقار. ومع ذلك فان هذا لايمنع من أن يطلب الحائز التخلية ثم يطلب تعيينه حارسا لأن ظهور اسمه فى الاجراءات بوصفه حارسا لايسىء إلى سمعته المالية وحتى يظل قائما على ادارة العقار بنفسه .

ويجوز لكل من له مصلحة أن يعارض فى التخلية لعدم توافر شروطها، ويصفة خاصة اذا كان الحائز ملتزما شخصيا بالدين .

١١٠- (ثالثا) أثر التخلية:

لايترتب على التخلية منع أو تعطيل حق التتبع الذى يباشره الدائن .

المرتهن، وإنما يقتصر أثرها فقط على امتناع مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز وإن كان يمكن مباشرتها في مواجهة الحارس الذي يتولى في نفس الوقت إدارة العقار. كما أنه لا يترتب على التخلية أى مساس بملكية الحائز أو بحيازته القانونية، وإنما يقتصر أثرها على نزول الحائز عن الحيابة العارضة. ولذلك يكفى للتقرير بالتخلية أن تتوافر أهلية الإدارة.

ويترتب على بقاء الحائز مالكا للعقار أن يكون له فى أى وقت إلى حين رسو المزداد الحق فى وقف إجراءات نزع الملكية بأن يفى بالديون المقيدة والمصروفات التى انفتت فى الاجراءات. وإذا بيع العقار وبقي من الثمن شىء بعد التوزيع فيكون الباقي للحائز.

٤- تحمل إجراءات نزع الملكية

بعد أن تتبعنا كيفية مباشرة حق التتبع ثم موقف الحائز فى مواجهته هذه الاجراءات وكيف أنه يبدأ بأن يتمسك بكل الأوجه التى من شأنها انكار حق الدائن فى تتبع العقار، سواء ماكان منها مبنيا على الطعن فى صحة الرهن أو نفاذه، أو فى وجود الدين المضمون بالرهن ثم بعد ذلك الوسائل القانونية التى يملكها الحائز من قضاء الديون للدائنين المقيدة حقوقهم واستيفاء العقار بين يديه وأن يستعمل هذه المكنة إلى وقت رسو المزداد (م ١٠٦١ مدنى) وقد يلجأ الحائز إلى اجراء التطهير بعرض قيمة العقار على هؤلاء الدائنين وقد يقبل هذا العرض فيبقى العقار بين يديه مطهرا من الحقوق المقيدة عليه، وقد يرفض فيطرح فى المزداد وفقا لاجراءات البيع الجبرى. ويكون للحائز أن يتقدم فى المزاييدة وقد يرسى عليه المزداد أيضا ويستبقى العقار مطهرا من كل الحقوق. وقد لا يكون الحائز راغبا فى استبقاء العقار، لكن لا يريد فى نفس الوقت أن يباشر الاجراءات ضده، فيتخلى عن حيازته لحارس تتخذ فى مواجهته هذه الاجراءات. وأخيراً قد لا يرى الحائز غضاضة فى أن تتخذ الاجراءات فى مواجهته، فيتحمّل إجراءات التنفيذ بصفته حائزا.

فأجراءات نزع الملكية بما تفضى إليه من بيع العقار بالمزاد قد تكون على إثر رفض عرض التطهير، أو التخلية، أو تحمل الحائز نفسه لها. وفي كل هذه الحالات يحق للحائز استبقاء ملكية العقار وذلك بالتقدم في المزاد. وقد نصت المادة ١٠٧٤ مدنى على أنه «يحق للحائز أن يدخل في المزاد على شرط الا يعرض فيه ثمنًا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه». وقد واجهت المادة ١٠٧٥ مدنى الفرض الذى يرسو فيه المزاد على الحائز عقب نزع الملكية بعد اتخاذ اجراءات التطهير أو التخلية. لكن قد يرسو المزاد على شخص غير الحائز.

ولذلك فيجب أن ندرس حالة ما اذا رسا المزاد على الحائز، ثم حالة ما اذا رسا المزاد على غير الحائز ثم أخيرا ندرس رجوع الحائز على غيره.

١١١- (أ) رسو المزاد على الحائز؛

قد سبق أن رأينا أن الحائز يجوز له أن يشترك في المزاد بشرط الا يعرض ثمنًا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار (م ١٠٧٤ مدنى). وقد تنتهى الاجراءات برسو المزاد عليه.

ويترتب على ذلك أن الحائز يعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى (م ١٠٧٥). وحكم مرسى المزاد لا يكون الا مقررًا لانتقال الملكية إلى الحائز بمقتضى سنده الأصلى، كعقد البيع مثلا. وعلى ذلك فانه لا يلزم أن يسجل الحائز حكم رسو المزاد حتى تثبت ملكية العقار. وإنما يكفى أن يؤشر به على هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا وهامش تسجيل اندارا لحائز (م ٤٤٨ مرافعات)

وحيث أن حائز العقار هو مالكة بالرغم من اتخاذ اجراءات نزع الملكية، فانه يترتب على ذلك اذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق

للدائنين المقيدة حقوقهم كانت الزيادة للحائز (م ١٠٧٧ مدنى) بينما اذا قل الثمن رسا به المزاد عن الثمن الذى اشترى به الحائز فان هذا الأخير يظل ملتزماً قبل البائع له بالثمن الأصلي (أو الفرق بين الثمنين) .

كما أن جميع الحقوق العينية التى قررها الحائز فى الفترة ما بين اكتسابه ملكية العقار بمقتضى السند الأصلي وبين ايقاع البيع بعد المزاد عليه تبقى صحيحة وناقذة، فإذا كان الحائز قد قرر فى هذه الفترة حق ارتفاق أو حق انتفاع بقى هذا الحق على العقار، وكذلك يسرى الرهن الذى اكتسبه أحد دائنيه، وللدائن المرتهن أن يستوفى دينه مما يبقى من ثمن العقار بعد استيفاء الديون المقيدة قبل انتقال العقار الى الحائز.

ويترتب على رسو المزاد على الحائز أن يتطهر العقار من الحقوق المقيدة التى كانت مقررة على العقار عند انتقال الملكية اليه، اذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة (م ١٠٧٥ مدنى) . إلا أنه يشترط لكى يتم تطهير العقار من هذه الحقوق أن تكون اجراءات التنفيذ قد تمت صحيحة بالتسمية لاصحابها وفقاً لما يقضى به قانون المرافعات. فإذا اعتبرت الاجراءات باطلة فى حقه كان له أن يتتبع العقار فى يد الحائز ويقوم بالتنفيذ عليه.

١١٢ - (ب) رسو المزاد على غير الحائز:

اذا رسا المزاد على غير الحائز وسجل الحكم انتقلت الملكية إلى الراسى عليه المزاد من وقت هذا التسجيل، والذى يجب أن يتم فى خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره، على أن الحكم المسجل هو الذى يكون سنداً بملكية من أوقع البيع عليه. مع العلم بأن هذا الحكم لا ينقل الى من رسا عليه المزاد الا ما كان للمدين أو الحائز أو الكفيل العينى من حقوق فى العقار المبيع (١٠٧٦ مدنى وم ٤٧٧ مرافعات)

ونخلص من ذلك أن الراسى عليه المزاد يعتبر خلفاً خاصاً للحائز، وأن بائع العقار هو الحائز والذى تنتقل منه الملكية إلى الراسى عليه المزاد،

ومعنى هذا أن رسو المزاد لا يترتب عليه فسخ سند ملكية الحائز بل هو يظل مالكا حتى رسو المزاد وتسجيل الحكم، وإن كان الحجز على العقار يقيد من سلطات الحائز لصالح الدائنين الحاجزين.

ويترتب على أن الحائز هو الذى ينقل الملكية الى الراسى عليه المزاد، وأن سند الحائز لا يفسخ، أنه اذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المفيدة حقوقهم قبل اكتساب الحائز صفته والدائنين المقيدة حقوقهم ضد الحائز نفسه كانت هذه الزيادة للحائز (م ١٠٧٧ مدنى). كما أن علاقة الحائز بسلفه لا تتأثر بزيادة الثمن الذى رسا به المزاد أو خصصانه، وإنما يبقى ملزما بالثمن المتفق عليه فى العقد دون زيادة أو نقصان. كما أن الحقوق التى رتبها الحائز نفسه فهى تقع صحيحة لأنها صادرة من المالك ولكنها لا تضر بالدائنين المقيدى قبل تسجيل سنده.

ويترتب على زوال ملكية العقار عن الحائز وانتقالها الى الراسى عليه المزاد أن تعود الى الوجود الحقوق العينية التى كانت مقررة له على العقار قبل أن يكتسب ملكيته (م ١٠٧٨ مدنى). ومعنى ذلك أنه قد يكون للحائز المنزوعة ملكيته حقوق ارتفاق أو حقوق عينية أخرى أو رهون على العقار المباع بالمزاد قبل أن يدخل فى ملكيته، ثم انقضت هذه الحقوق بانحاد الذمة. فاذا ما نزع ملكية العقار من الحائز عادت هذه الحقوق من جديد، وخصوصا وأن هذه الحقوق كانت تثقل العقار قبل أن تنشأ حقوق الدائنين المرتهنين. فامتلاك الحائز للعقار لا يجوز أن يترتب عليه تحسين مركزهم والا أثروا على حسابيه بدون سبب.

لكن يجب أن يلاحظ بالنسبة للحقوق العينية التبعية. أن عودة هذه الحقوق الى الحائز لا يعنى أن العقار ينتقل الى الراسى عليه المزاد محملا بهذا الحق. لأن رسو المزاد يظهر انعفار من الحقوق العينية التبعية، وإنما تعنى أن يكون للحائز أن يستوفى الدين الذى يضمه هذا الحق حسب مرتبته التى تقررت له بالقيد، وبشرط أن يكون قد احتفظ بهذه المرتبة عن طريق تجديد القيد.

يترتب على حكم مرسى المزاد وتسجيله تطهير العقار من جميع الحقوق المقيدة التي تنقله، أى أن ملكية العقار تنتقل إلى الراسى عليه المزاد خالية من جميع هذه الحقوق، وينقضى حق التتبع، ولا يبقى لأصحابها الا ميزة التقدم فى استيفاء حقوقهم من ثمن العقار المبيع كل منهم حسب مرتبته، فاذا لم يف المبلغ بحقوق جميع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة فإن المتأخرين منهم لا يحصلون على شئ من ثمن العقار، ومع ذلك فإن حقوقهم على العقار تنقضى كما تنقضى حقوق من استوفى منهم دينه، ولا يكون لهؤلاء الا الرجوع لاستعمال حقوقهم الشخصية قبل المدين الأصلي. وقد ورد الأثر التطهيري فى المادة ١٠٧٥ و ١٠٨٤ مدنى وكذلك فى المادة ٤٥٠ مرافعات.

لكن يجب أن نعرف مدى هذا التطهير، أى الحقوق التي يطهر منها العقار ولشروط هذا التطهير.

١١٣- (أولاً) مدى التطهير، أى الحقوق التي يطهر منها العقار:

يجب أن نشير منذ البداية أن التطهير لا يرد على الحقوق العينية الأصلية. فالعقار ينتقل مثقلاً بهذه الحقوق الى الراسى عليه المزاد، فهذه الحقوق متى كانت نافذة فى حق الدائنين المرتهنيين تكون نافذة فى حق الراسى عليه المزاد، وهى تكون كذلك متى كانت قد اكتسبت قبل قيد الرهن.

ويقتصر أثر التطهير على الحقوق العينية التبعية. ويشمل هذا التطهير كل الحقوق العينية التبعية المقررة على العقار، سواء تقررت بحكم القانون، كحقوق الامتياز، أو بحكم القضاء كحق الاختصاص، أو بالاتفاق كعقد الرهن الرسمى والرهن الحيازى، ونلاحظ أن نصوص القانون المدنى لم تذكر الرهن الحيازى من بين الحقوق العينية التبعية التي يتم تطهير العقار منها فى حالة البيع الجبرى، (م ١٠٧٥، ١٠٨٤) حتى المادة ١١١٣ مدنى التي عددت أسباب انقضاء الرهن الحيازى لم تذكر البيع الجبرى بينها، إلا أن

قانون المرافعات السابق والحالى، وبما لاحقين على صدور القانون المدنى، قد ورد فى نصوصهما أن التطهير المترتب على حكم رسو المزداد يشمل الرهن الحيازى (م ٤٥٠ مرافعات) وعلى ذلك فإنه من المسلم به الآن أن التطهير يشمل الرهن الحيازى.

ولا يقتصر أثر حكم ايقاع البيع على تطهير العقار من الحقوق المقيدة على اسم المالك الأصلى فقط، بل يشمل أيضا الحقوق المقيدة على اسم الحائز، فالملكية تنتقل الى الراسى عليه المزداد خالية من جميع الحقوق العينية التبعية المقيدة على العقار.

١١٤- (ثانياً) شروط تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية المقيدة:

ويتشترط لى يكون للحكم بايقاع البيع، رسوا لمزداد، أثره من حيث تطهير العقار من هذه الحقوق:

١- أن يكون العقار المنزوعة ملكيته مملوكاً للحائز الذى اتخذت فى مراجعته اجراءات نزع الملكية، فإذا كان مملوكاً لغيره فان الملكية لا تنتقل الى الراسى عليه المزداد، ولا يطهر العقار.

٢- أن يسجل حكم مرسى المزداد، وهذا الحكم واجب التسجيل طبقاً لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى حتى ينتقل الملكية الى الراسى عليه المزداد، والتطهير إنما يتم عند انتقال الملكية وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٥٠ مرافعات.

٣- أن يكون أصحاب الحقوق التى يرد عليها التطهير قد أخبروا بابداع قائمة شروط البيع وتاريخ جلسة البيع (م ٤٥٠ مرافعات) اذ بغير هذا الاخطار لا يستطيع هؤلاء الاشراف على البيع واجراءاته، وأعطى قانون المرافعات سلطة كبيرة لقاضى التنفيذ للتحقق من ذلك من تلقاء نفسه (م ٤٣٥ مرافعات).

لكن هل يشترط لتمام التطهير، فضلاً عن تسجيل حكم ايقاع البيع، أن يقوم الراسى عليه المزداد بدفع الثمن؟ والسبب فى هذا التساؤل أن قانون

المرافعات السابق لم يكن يشترط للحكم بإيقاع البيع أن يكون الراسى عليه قد دفع الثمن بالفعل فى حين أن القانون المدنى قد نص على أن التطهير لا يتم الا اذا دفع الراسى عليه المزاد الثمن أو أودعه خزانة المحكمة (م ١٠٧٥ و ١٠٨٤ مدنى) وقد ذهب غالبية الفقهاء الى اشتراط دفع الثمن حتى يتم التطهير، ولم تكف بتسجيل الحكم.

ولم يعد لهذا التساؤل محل فى ظل قانون المرافعات الجديدة لأنه جعل من ايداع الثمن بالكامل شرطاً للحكم بإيقاع البيع على الراسى عليه المزاد، ولم يجز أن تشتمل قائمة شروط البيع على ما يخالف ذلك (م ٤٤٠ مرافعات). فلم يعد متصوراً أن يصدر حكم ايقاع البيع ويسجل دون أن يكون الثمن والمصاريف ورسوم التسجيل قد دفعت بالفعل، وعلى ذلك فان تسجيل الحكم بإيقاع البيع يترتب عليه تطهير العقار من الحقوق المقيدة.

١١٥- (ج) علاقات الحائز بعد رسو المزاد مع غيره :

قد سبق أن رأينا أن حكم رسو المزاد يترتب عليه نقل الملكية من الحائز الى الراسى عليه المزاد مطهرة من الحقوق المقيدة عليها. وقد درسنا فى هذا الصدد علاقة الحائز بالراسى عليه المزاد.

والآن نود أن ندرس علاقة الحائز بطائفة أخرى من الأشخاص هم :

١- الدائنين المرتهنيين.

٢- المالك السابق،

٣- المدين.

٤- الحائزين الآخرين.

٥- الكفيل.

١١٦- (١) علاقة الحائز بالدائنين المرتهنيين :

قد قلنا أن رسو المزاد يترتب عليه تطهير العقار من حقوق الدائنين ويستوفون حقوقهم من الثمن. على أن مازاد من الثمن فانه يكون من حق

الحائز باعتباره مالكا للعقار المبيع (م ١٠٧٧ مدنى)، أما اذا كان الثمن غير كاف للوفاء بالديون لجميع الدائنين المقيدة حقوقهم، فانه تظهر أهمية الحاق الثمار بالعقار والتزام الحائز بالمحافظة عليه.

ففيما يتعلق بالثمار رأينا من قبل أن المادة ١٠٧٩ تنص على أنه ،على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية، فاذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه اليه انذار جديد، (م ٤١١ مرافعات) فاذا كانت الثمار بحسب الأصل للحائز إلا أنها تلحق بالعقار وتدخل فيما يشمل الرهن من وقت انذاره بالدفع أو التخلية. فعليه أن يردها لتوفى منها حقوق الدائنين مع الثمن كل بحسب مرتبته. على أن المشرع قد رتب على ترك الاجراءات مدة ثلاث سنوات أن تصبح الثمار التى الحقت بالعقار على إثر الانذار حقا خالصا للحائز لا تتعلق بها حقوق الدائنين، ولا بد للاحاق الثمار بعد ذلك بالعقار من انذار جديد ويكون اللاحاق بالنسبة للثمار التى ينتجها العقار من وقت هذا الانذار.

أما بالنسبة لالتزام الحائز فى المحافظة على العقار، فقد رأينا من قبل أن من حق كل دائن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصاً كبيراً كما هو الحال لو كان العقار فى يد الراهن، ويكون الحائز مسئولاً شخصياً قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه، (م ١٠٨١ مدنى). وعلى ذلك فاذا كان العقار قد تلف، فيكون لكل دائن لم يستوف كامل حقه من الثمن أن يرجع على الحائز فى كل أمواله بالفرق بين ما حصل عليه وما كان يحصل عليه لو أن العقار لم يتلف بسبب خطأ الحائز ويبيع بثمن أكبر مما رسا به المزاد. أما اذا كان التلف بغير خطأ الحائز فلا يسأل عنه.

ويقابل مسئولية الحائز عن الثمار والتلف حقه فى أن يسترد ما أنفقه من مصروفات، فى التحسينات التى أدخلها على العقار المرهون بعد تملكه اياه محملاً بالرهن. لأن هذه التحسينات قد زادت من قيمة العقار، وتمثل جزءا من الثمن الراسى به المزاد، فيكون له الحق فى المطالبة بما أنفقه فيها، والا

كان فى ذلك اثناء للدائنين المرتهنيين على حسابه، أما مدى ما يسترده الحائز فإنه يقتصر على المصروفات الضرورية، ويسترد من المصروفات النافعة مقدار ما ترتب عليها من زيادة فى قيمة العقار المرهون، أى أقل القيمتين مما أنفق ومازاد فى القيمة، فإذا كان المزاد قد رسا على الغير كان للحائز أن يطالب بحقه من الثمن الذى رسا به لمزاد، ويكون دينه ممتازا ويتقدم على أى دين غيره، بل أن له الحق فى أن يحبس العقار حتى يستوفى ما يستحقه، وإذا رسا المزاد على الحائز نفسه كان له أن يخصم قيمة المصروفات التى يستحقها من ثمن المزاد الذى يلتزم بدفعه الى الدائنين: أما المصاريف الكمالية فلا يحق للحائز استردادها.

ويحق للحائز أيضا أن يقتضى من الثمن الذى رسا به المزاد ما أنفقه من مصاريف رسمية بسبب تحمله اجراءات نزع الملكية للعقار المرهون، لأنه ليس من العدل تحميله بهذه المصاريف، بل يجب أن يتحملها الدائنون عن طريق اقتطاعها من الثمن للراسى به المزاد قبل توزيع الثمن عليهم (م ٣/١٩٦٥ مدنى) وهذا النص قد جاء بحكمه بصدد نزع الملكية على إثر رفض عرض التطهير، ومع ذلك فإنه يجب تطبيق حكمه فى جميع الأحوال التى تنزع فيها ملكية الحائز لاتحاد العلة. وقد خولت المادة ٤٣٤ مرافعات قاضى التنفيذ فى تقدير مصاريف اجراءات التنفيذ على أن يعلن هذا التقدير فى جلسة البيع قبل افتتاح المزايمة ويذكر فى حكم ايقاع البيع.

١١٧- (٢) علاقة الحائز بالمالك السابق :

يرجع الحائز الذى نزع ملكيته على المالك السابق بدعوى الضمان اذا كان سنده يخوله هذا الحق، وفى حدوده (م ١٠٨٠ مدنى). فإذا كان الحائز قد تملك بمقابل كان له أى يرجع على سالفه بضمن الاستحقاق طبقا للقواعد المبينة فى القانون المدنى بخصوص عقد البيع (م ٤٤٢ و ٤٤٤ مدنى).

فإذا كان الحائز قد تلقى الملكية تبرعا، فانه ليس له أى رجوع على سلفه ما لم تكن الهبة بعوض. وفى هذه الحالة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، أو اذا كان الواهب قد تعمد اخفاء سبب

الاستحقاق (م ٤٩٤ مدني). وقد نصت المادة ٣/٤٩٩ على أنه ،إذا كان الشئ الموهوب مثقلا بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

١١٨- (٢) علاقة الحائز بالمدين :

يكون للحائز في كل الأحوال الرجوع على المدين الذي قصت ديونه من ثمن بيع عقار الحائز. ويكون رجوعه على المدين على أساس الاثراء بلا سبب بقدر ما انقضى من الديون زائدا على ما في ذمة الحائز لهذا المدين ان كان له في ذمته شئ (م ٢/١٠٨٠ منفي).

وللحائز أن يرجع على المدين أيضا بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم وبما يكفل هذه الحقوق من تأمينات أخرى يكون المدين قدّمها لهم على أموال غير العقار المبيع، ولو كانت هذه التأمينات على عقارات انتقلت فيما بعد الى حائزين آخرين. على أن هذا الحلول لا يمتد الى التأمينات التي قدّمها شخص آخر غير المدين (كالكفيل الشخصي والكفيل العيني). وقد سبق أن درسنا هذا عند قضاء الديون بالتفصيل فنكتفي هنا بهذا القدر.

على أنه ما يجدر ملاحظته هو أنه قد يكون المدين هو المالك السابق، وهذا هو الأمر الغالب، فيكون الحائز مخيّرا بين الرجوع عليه على أساس ضمان الاستحقاق، أو أن يطالبه بالدين بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول محل الدائنين.

١١٩- (٤) علاقة الحائز بغيره من الحائزين :

فاذا تعدد الحائزون لعقارات ضامنة لنفس الدين، ويحدث ذلك عندما يكون عدة عقارات مرهونة من أجل دين واحد وانتقلت ملكيتها الى عدة أشخاص. فاذا اختار الدائن التنفيذ على أحدها كان لحائزه أن يرجع على حائزي العقارات الأخرى بالحلول محل الدائن بنسبة قيمة العقار الذي يحوزه

كل منهم الى مجموع العقارات الضامنة لذات الدين . وذلك طبقا لنص المادة ٣٣١ مدنى وقد عرضنا لهذا الموضوع فيما سبق .

١٢٠- (٥) العلاقة بين الحائز والكفيل :

الفرض أن الدين الذى نفذ على عقار الحائز من أجله أو الذى وفاه الحائز . كان مضموناً أيضاً بكفالة عينية أو شخصية . والتساؤل الآن هل يجوز للحائز أن يرجع على الكفيل ؟ وإذا ما قام الكفيل بوفاء دين الحائز ، هل يجوز للكفيل الرجوع على الحائز الذى لم تنزع ملكيته ؟ .

بالنسبة الى التساؤل الأول قد جاء نص فى القانون المدنى ليضع الحكم فى هذه الحالة . فقد نصت المادة ٧٩١ من القانون المدنى على أن « إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين ، وعلى ذلك فاذا توافرت شروط هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد فإنه لا يجوز للحائز أن يرجع على الكفيل . وذلك لأنه اذا قدمت الكفالة بعد الرهن أو فى وقت واحد معه ، فإن الكفيل يكون قد اعتمد عند تقديم كفالته على رهن العقار الذى آلت ملكيته فيما بعد للحائز ، فيجب أن يترتب على اسديفاء الدائن حقه من ثمن هذا العقار براءة ذمة الكفيل . لأنه لا يجوز أن يترتب على انتقال ملكية العقار الى الحائز تسوى مركزه ،

بل أن المشرع لم يكتف بهذا فقد قرر أنه حتى فى الحالة التى لا تكون فيها الكفالة سابقة أو معاصرة للرهن لا يكون للحائز رجوع على الكفيل بما وفاه وقد نص فى المادة ١٠٦١ وفى المادة ٢/١٠٨٠ على أن الحائز لا يحل محل الدائن فيما أوفاه له فى تلك التأمينات التى قدمها غير المدين .

ونخلص مما سبق أن الحائز لا يكون له اذا نزعت ملكيته أو وفى الدين رجوع على الكفيل الشخصى أو العينى ، بل بالعكس يكون لهذا اذا وفى الدين حق الرجوع على الحائز^(١) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١١٧ ، ص ١٨٨ ، ١٨٩ ، و فقرة ٢٦٣ ص ٤٧٦-٤٧٧ .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

ينقضى الرهن الرسمي، شأنه في ذلك شأن جميع الحقوق العينية التبعية، أما بطريقة تبعية أى تبعا لانقضاء الدين المضمون، وإما بطريقة أصلية، أى بصفة مستقلة عن انقضاء هذا الالتزام الأصلي.

أولا : انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الالتزام المضمون

الرهن حق تابع لا يمكن أن يوجد مستقلا بذاته، بل لابد أن يرتكز على التزام صحيح ليقوم على ضمان الوفاء به، فإذا انقضى الالتزام المضمون يأى سبب من أسباب الانقضاء، كالوفاء أو المقاصة، أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التجديد، أو مضى المدة استتبع ذلك بالحثم انقضاء الرهن.

لكن حيث أنه يحكم الرهن مبدأ عدم التجزئة، فإنه يترتب على ذلك اذا انقضى جزء من الالتزام المضمون فإن الرهن يبقى قائما ضامنا لما تبقى من هذا الالتزام. وعلى ذلك فإنه يلزم لكى ينقضى الرهن بالتبعية أن ينقضى الالتزام المضمون بتمامه.

وإذا زال السبب الذى ترتب عليه انقضاء الالتزام المضمون، كان أبطل الوفاء به لحصوله بشئ غير مملوك للموفى، أو أبطل الإبراء منه لصدوره عن غير ذى أهلية، اعتبر هذا الانقضاء كأن لم يكن، ومن ثم يعود الالتزام مضمونا بالرهن، ومع ذلك فإن تطبيق هذه القاعدة يجب الا يضر بالغير حسن النية وعلى ذلك فاذا كسب شخص بحسن نية، أى لا يعلم بالعيب الذى يشوب سبب إنقضاء الرهن، حقا على العقار، كأن اشتراه أو ارتهنه، وكان ذلك خلال الفترة ما بين إنقضاء الرهن وعودته، وجب احترام هذا الحق وذلك بتقرير عدم نفاذ الرهن فى مواجهة صاحبه.

وقد جاءت المادة ١٠٨٢ مدنى متضمنة هذه الأحكام وذلك بنصها على أنه «ينقضى حق الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه اذا زال السبب الذى انقضى به الدين، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته».

ثانياً : انقضاء الرهن بصفة أصلية

وينقضى الرهن بصفة مستقلة، أى مع بقاء الالتزام المضمون به، بكل سبب يمس فى ذاته ويترتب عليه زواله . ويكون ذلك فى الأحوال الآتية :

١٢١- (١) النزول عن الرهن :

ويجب أن تشير منذ البداية أن النزول عن الرهن يختلف عن النزول عن مرتبة الرهن . فالنزول عن المرتبة لا يؤثر لا فى الحق المضمون ولا فى حق الرهن ذاته . فيبقى الالتزام المضمون ويبقى الرهن كل ما هنالك أن الدائن المرتهن يفقد مرتبه وتقدمه على غيره، ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن يقوم الدائن بإجراء قيد جديد لتحديد مرتبته به من يوم اجرائه . أما النزول عن الرهن فهو نزول عن الحق ذاته، ومن ثم فإن الحق فى الرهن لا يمكن أن يعود إلا بإنشاء رهن جديد بعقد جديد .

وينقضى الرهن بنزول المرتهن عنه، وكفى لذلك توافر رضا المرتهن، لأنه لا يلزم، للنزول عن الحق العينى، الا ارادة صاحبه، لكن يجب أن يتوافر أهلية التصرف فى الحق المضمون به، فإذا كان النزول عن الرهن بغير مقابل، وجب أن تتوافر فى المرتهن أهلية الإبراء من الدين، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ١١١٣ مدنى والخاصة بالرهن الحيازى، ولا يشترط للنزول عن الرهن الرسمى توافر شكل خاص، فيصح حصوله بورقة عرفية . لكن يلاحظ أنه يلزم لمحو القيد، بناء على هذا النزول، صدور حكم نهائى أو رضا المرتهن الثابت بتقرير رسمى (م ٤٥ من قانون الشهر العقارى)،

١٢٢- (٢) انقضاء الرهن باتحاد الذمة :

ينقضى الرهن باتحاد الذمة، كما اذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى

المرتتهن أو انتقل الى مالك العقار حق الرهن الرسمي . على أنه يلاحظ أنه قد يكون للمالك مصلحة في أن يحتفظ بالرهن الذي له على العقار الذي آلت اليه ملكيته ، وذلك حيث يكون على العقار دائنون مرتتهنون آخرون ، اذ تكون للمرتتهن عندئذ مصلحة في أن يستبقى الرهن ليحتج به على هؤلاء اذا استعملوا حقهم على العقار ونفذوا عليه . ولذلك يجب عليه لكي يحافظ على مرتبة الرهن أن يقوم بتجديد قيده .

١٢٣ - (٣) هلاك العقار أو زوال الحق المرهون :

اذا هلك العقار المرهون ، انقضى الرهن لزوال محله ، لكن يجب لكي ينقضى الرهن في هذه الحالة ، أن يكون الهلاك تاما ، أى شاملا لكل العقار المرهون ، أما اذا كان الهلاك جزئيا ، انقضى الرهن بالنسبة الى الجزء الهالك ، وبقي على الجزء الباقي ، ويكون ضامنا لكل الحق المضمنون طبقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن .

وقد سبق أن تعرضنا لدراسة هلاك العقار المرهون أو تلفه بخطأ الراهن ، وكيف أن المشرع أعطى الخيار للدائن المرتتهن بين أن يقتضى تأميناً جديداً كافياً ، أو أن يستوفى حقه فوراً لسقوط الأجل (م ١٠٤٨ / مدنى) بينما اذا كان الهلاك أو التلف راجعا الى سبب أجنبى كان الخيار للمدين (م ١٠٤٨ / ٢ / مدنى) .

وقد سبق أن رأينا أيضا أنه ، اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكية للمنفعة العامة ، (م ١٠٤٩ / مدنى) .

ويأخذ حكم حالة الهلاك بالنسبة للعقار المرهون انقضاء الحق المرهون ، كما اذا رهن المنتفع حقه ، ثم انقضى هذا الحق بموت المنتفع أو بحلول الأجل ، كما اذا رهن المستأجر البناء الذى أقامه على الأرض المؤجرة بترخيص من المالك ثم انقضت ملكية المستأجر لهذا البناء نتيجة تطبيق أحكام الالتصاق (م ١٠٣٨ / مدنى) .

١٢٤- (٤) تطهير العقار :

ينقضى الرهن نتيجة اتباع اجراءات التطهير، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار (م ١٠٨٣ مدنى) . والتطهير ينهى الرهن ولو لم يترتب عليه استيفاء المرتهن الا بعض حقه، بل حتى لو لم يستوف منه شيئا، وكل ما يلزم هو أن توجه اجراءات التطهير للمرتهن كما سبق أن رأينا،

١٢٥- (٥) انقضاء الرهن بالبيع الجبري :

فقد نصت المادة ١٠٨٤ مدنى على أنه ،إذا بيع العقار المرهون بيعاً حبريا بالمزاد سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم اليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بايداع الثمن الذى رسما به المزاد، أو بدفعه الى الدائنين المقيدين الذى تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن. .

وقد سبق أن رأينا أنه يترتب على الحكم بايقاع البيع فى حالة اتخاذ اجراءات نزع الملكية، سواء اتخذت ضد الراهن نفسه أو ضد الحائز، وسواء جرى ذلك بعد رفض عرض التطهير، أو بعد تخلية الحائز للعقار، أو عندما يختار تحمل اجراءات نزع الملكية، تطهير العقار من الرهن والحقوق المقيدة، ويترتب هذا الأثر بمجرد تسجيل حكم ايقاع البيع .

١٢٦- (٦) هل ينقضى الرهن بالتقادم ؟

المبدأ العام أن انقضاء الحق المضمون بالرهن بالتقادم المسقط يستتبع بالحنم انقضاء الرهن . لكن هل يمكن أن ينقضى حق الرهن ذاته ومستقلا عن الدين بالتقادم المسقط ولو بقى الدين قائم .

يجب أن نشير منذ البداية أن الرهن ذاته لا يمكن أن ينقضى بالتقادم مادام العقار المرهون فى يد الراهن سواء كان هو المدين أو الكفيل العينى، فما دام الالتزام قائما يظل الرهن باقياً .

لكن اثير التساؤل فى حالة ما اذا انتقل العقار الى حائز، فهل يمكن أن ينقضى الرهن عندئذ مستقلا عن الدين الأصلي القائم فى ذمة المدين؟

والسبب فى هذا التساؤل هو أنه من المتصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم، ذلك أن الحائز لم يكفل الدين. فيمكن القول بسقوط دعوى الرهن اذا لم يرفعها الدائن المرتهن على الحائز خلال مدة التقادم، وقد ورد نص المادة ٢١٨٠/٣ من التقنين الفرنسى فى هذا الخصوص، وقد كان هذا النص محل نقد شديد من النفقه، واختلف الفقهاء فى طبيعة هذا التقادم وأساسه،

ولم يرد فى القانون المدنى المصرى القديم نص يقابل المادة ٢١٨٠/٣ من التقنين الفرنسى، وقد كان رأى الراجح فى الفقه والقضاء هو أن الرهن الرسمى لا ينقضى بمضى المدة مستقلا عن الالتزام المضمون^(١).

وقد تضمن مشروع القانون الجديد نصا يقضى بأنه لا ينقضى الرهن الرسمى مستقلا عن الدين المضمون. وفى الفقرة الثانية قرر أنه اذا انتقل العقار المرهون الى حائز، فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم، اذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه فى خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكنه من رفعها، وينقطع التقادم بانذار الحائز بالدفع أو التخلية، واقتراح حذف الفقرة الثانية من هذه المادة بسبب ما وجه الى مثيلتها فى القانون الفرنسى من نقد شديد، ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الأخذ بهذا الاقتراح، وأن الأخذ به يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضا فقررت حذف المادة بفقرتيها اكتفاء بالقواعد العامة.

يجمع الفقه حاليا على عدم سقوط الرهن بالتقادم مستقلا عن الالتزام المضمون. سواء كان العقار فى يد الراهن نفسه أو انتقل الى الحائز^(٢).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧٦، ص ٤٩٠.

(٢) المسهورى، المرجع السابق، فقرة ٣٩٧، ص ٦٥٩.

الباب الثاني

حق الاختصاص

١٢٧- تعريف:

لم يأت المشرع بنص يعرف فيه حق الاختصاص. ولكن مع ذلك يمكن من استقراء الاحكام الواردة في هذا الخصوص ان نستنتج هذا التعريف. فحق الاختصاص هو حق عيني تبعي، يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أى يد يكون.

وكما هو واضح فان حق الاختصاص يتفق مع حق الرهن الرسمي في طبيعته، حق عيني تبعي، وفي محله، لا يرد إلا على العقار، وفي آثاره، إذ يعطى للدائن ميزتى التقدم والتتبع. لكن وجه الاختلاف ينحصر في مصدره، فمصدر حق الرهن الرسمي هو العقد، بينما مصدر حق الاختصاص هو أمر القاضي.

١٢٨- تقدير نظام الاختصاص:

وحيث أن حق الاختصاص يعطى للدائن حق عيني على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، فإنه بذلك يؤمنه خطر التصرفات الصادرة من المدين بعد الحصول على الحكم بالزامه بالدين وتقرير حق الاختصاص، ولذلك فان الدائن قد لا يتعجل التنفيذ وبهذا تتحقق مصلحة المدين في الاحتفاظ بأمواله حتى يتمكن من الوفاء.

ونكن يعاب على حق الاختصاص بأنه يؤدي إلى تفضيل الدائن على غيره من الدائنين لا لشيء إلا لأنه كان سباقاً في الحصول على حكم، في الوقت الذي يكون فيه تأخر الدائنين الآخرين في الحصول على حكم راجعاً

الى اسباب لا دخل لارادتهم فيها . ثم أن الرغبة في الحصول على حق الاختصاص تجعل الدائنين يتسابقون في رفع الدعاوى على المدين مما يترتب عليه ازدحام المحاكم بقضايا لا مبرر لها، وبالتالي أثقال كاهل القضاء وزيادة المصروفات .

١٢٩- خطة البحث:

قد وردت احكام الاختصاص فى التقنين المدنى فى المواد من ١٠٨٥ إلى ١٠٩٥ وذلك فى فصلين، الأول فى انشاء حق الاختصاص والثانى فى آثاره وانقاصه وانقضائه، وهذه هى الخطة التى نتبعها فى دراستنا .

الفصل الأول

انشاء حق الاختصاص

وقد سبق أن رأينا في تعريف حق الاختصاص بأن الدائن يتحصل عليه بمقتضى حكم واجب التنفيذ، وأنه يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين. ولكن ليس للدائن أن يأخذ هذا الحق فى أى وقت يشاء. كما أن هناك أيضاً إجراءات يجب على الدائن اتباعها حتى يحصل على حق الاختصاص وأيضاً حتى يجعله نافذاً فى حق الغير. وعلى ذلك نعرض أولاً للشروط الواجب توافرها للحصول على حق الاختصاص ثم بعد ذلك نعرض للإجراءات الواجب اتباعها لتقرير حق الاختصاص.

المبحث الأول

شروط الحصول على حق الاختصاص

كما هو من العرض السابق ان هناك شروط خاصة بالحكم الذى يؤخذ بمقتضاه حق الاختصاص وشروط خاصة بالدائن المحكوم له. وشروط خاصة بالأموال التى يتقرر عليها حق الاختصاص وأخيراً هناك وقت معين يجوز فيه أخذ حق الاختصاص.

أولاً، الشروط الخاصة بالحكم الذى يؤخذ الاختصاص بمقتضاه:

تنص المادة ١٠٨٥ مدنى على أنه:

١- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل متى كان الدائن حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينة ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات.
'وعلى ذلك فإنه يشترط فى الحكم الذى يجوز اخذ الاختصاص بمقتضاه ما يلى:

١٣٠- (١): يجب أن يكون حكماً قضائياً؛

يتقرر حق الاختصاص الا بناء على حق ثابت بحكم قضائى أى قرار

صادر من جهة ذات ولاية قضائية بموجب مالها من ولاية قضائية . وعلى ذلك فإن العقد الرسمي لا يصلح أن يتقرر بموجبه حق اختصاص وأن كان سنداً صالحاً للتنفيذ كما أنه لا يجوز أخذ اختصاص بناء على ما تصدره المحاكم من أوامر ولائية كالأوامر على العرائض .

لكن يستوى أن يكون الحكم القضائي صادر من محكمة مدنية أو تجارية أو من محكمة جنائية .

ويجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلاحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم (١٠٨٧ مدنى) وفى هذه الحالة رغم أن الحكم الذى يثبت صلاحاً يتراوح بين الحكم والسند الرسمي إلا أن المشرع رأى أن يقطع الشك فى هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه مجارياً فى ذلك القضاء المصرى فى ظل التقنين المدنى السابق^(١) . ويصدق ما قيل عن الصلح على أى حكم آخر يصدر بناء على اتفاق الخصوم أمام القضاء كالحكم المثبت لاتفاق على قسمة تم بين الشركاء أمام المحكمة .

وقد أجازت المادة ١٠٨٦ مدنى أخذ اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة اجنبية بشرط أن يصبح هذا الحكم واجب التنفيذ، أى بعد الأمر بتنفيذه من المحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالأوضاع المعنادة لرفع الدعاوى، وفقاً للإجراءات المبينة فى قانون المرافعات (المواد من ٢٩٦ إلى ٢٩٨) .

وأخيراً قد أجازت المادة ١٠٨٦ أيضاً أخذ اختصاص بناء على حكم المحكم وذلك بشرط أن يصبح هذا الحكم واجب التنفيذ . وهو يكون كذلك: اذا كان صادراً فى بلد أجنبى، فإنه يجب اتباع الاجراءات الخاصة بالاحكام الاجنبية وبشرط أن يكون صادراً فى مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً للقانون المصرى (م ٢٩٩ مرافعات) أما إذا كان صادر فى مصر فإن المادة ٥٠٩ مرافعات قد بينت هذه الاجراءات .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٦٣ .

١٣١- (٢): يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ:

ويكون الحكم واجب التنفيذ في حالتين:

١- إذا كان الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى به، وهو الحكم الانتهائي غير القابل للطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة، بأن كان حضورياً غير قابل للاستئناف أو كان غيابياً وكان الطعن فيه بالمعارضة غير جائز أو أصبح كذلك لفوات الميعاد. ويجوز أيضاً تنفيذ الحكم الابتدائي الذي سقط حق الطعن فيه بالاستئناف. أما إذا كان الحكم قابلاً للطعن بطريق غير عادي بأن كان قابلاً للطعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر فإن هذا لا يمنع من تنفيذه وأخذ الاختصاص بناء عليه. لكن يترتب على الطعن في الحكم وقبوله زوال أثر التنفيذ وبالتالي ينقضى حق الاختصاص.

٢- إذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل ولو لم يتوافر له قوة الأمر المقضى به (راجع المواد ٢٨٧ - ٢٩٥ مرافعات) وعلى ذلك فإنه يجوز أخذ حق اختصاص بناء على الحكم المشمول بالنفاذ المعجل، ويكون مصير هذا الحق مرتبطاً بمصير الحكم - فإذا ألغى هذا الحكم من محكمة المعارضة أو المحكمة الاستئنافية امتنع المضي في تنفيذه، ويسقط ما يكون قد تم من إجراءات بناء عليه، وينقضى بالتالي حق الاختصاص الذي أخذه الدائن.

١٣٢- (٢): يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى وملزماً للمدين بأداء شئ معين:

ويترتب على أن يكون الحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه صادراً في موضوع الدعوى استبعاد الاحكام المتعلقة بسير الدعوى أو بإجراءات الإثبات كالاحكام التحضيرية أو التمهيدية الصادرة بتعيين حارس أو بالاحالة على التحقيق أو بندب خبير أو بإجراء معاينة أو بتوجيه اليمين. وذلك لأن كره هذه الاحكام غير صادرة في موضوع الدعوى. والأصل أيضاً أن الاحكام الوقتية لا يؤخذ بها اختصاص. لكن إذا تضمنت الزام المحكوم عليه بمبلغ معين، فإنه يمكن في هذه الحالة اخذ حق اختصاص. كالحكم الصادر بفرض نفقة مؤقتة.

ويترتب على أن يكون الحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه صادراً في الدعوى وملزماً للمدين بأداء شيء معين إستبعاد الاحكام الصادرة بالفصل في اختصاص المحكمة بنظر الدعوى والاحكام الصادرة برفض دفع أو طلب كل ذلك ما لم تكن قضت بالمصروفات، فعندئذ يجوز أخذ الاختصاص ضماناً لتنفيذ الحكم فيما قضى به من مصروفات. كما يستبعد أيضاً الحكم الصادر بصحة التوقيع، وهو الحكم الصادر بصحة نسبة المحرر مادياً لمن صدر منه وحمل توقيعه، وهو يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع المتعاقد أمامه على العقد (وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٨٧ مدني).

وطالما أن الحكم كان ملزماً للمدين بأداء شيء معين فإنه يمكن أن يؤخذ بمقتضاه حق الاختصاص، ويستوى أن يكون هذا الأداء بدفع مبلغ من النقود، وهذا هو الغالب، أو يكون بعمل أو بامتناع عن عمل. وفي هذه الحالة الأخيرة يتولى رئيس المحكمة الذي يصدر الأمر بتوقيع الاختصاص تعيين مقداره أي الحد الأقصى للمبلغ الذي يؤخذ به الاختصاص (م ١٠٨٩ / ٢). ومن الاحكام الصادرة بالزام المدين بأداء معين الحكم بتقديم حساب. وهو يصلح بالتالي سنداً لتقرير حق الاختصاص. ويترتب على هذا الاختصاص ضمان تنفيذ المحكوم عليه لتنفيذ الحكم، أي لما عسى أن يحكم عليه من تعويض في حالة امتناعه عن تقديم الحساب ولكن هذا لا يتجاوز به إلى ضمان الالتزام بدفع صافي الحساب، لأن هذا الالتزام الأخير مغاير في محله للالتزام المحكوم به، ومن ثم لا يضمنه حق الاختصاص، ولا بد من تقرير اختصاص جديد بمقتضى هذا الحكم.

ثانياً: الأموال التي يتقرر عليها حق الاختصاص:

يظهر من نص المادة ١٠٨٥ مدني أن حق الاختصاص لا يتقرر الا على عقار.... على حق اختصاص بعقارات مدينة.... شأنه في هذا شأن

الرهن الرسمي . ومع ذلك فقد جاء نص المادة ١٠٨٨ صريحاً وقاطعاً في ذلك بقوله «لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني» .

ونخلص من ذلك أن المال الذي يؤخذ عليه الاختصاص يجب أن يكون:

١- عقاراً معيناً .

٢- مملوكاً للمدين .

٣- جائزاً بيعه بالمزاد العلني .

وعلى ذلك فإن حق الاختصاص لا يؤخذ الا على عقار أو عقارات معينة . وكما في الرهن الرسمي يجب أن تكون هذه العقارات معينة تعييناً دقيقاً وقد أوجبت المادة ١٠٨٩ مدني أن يشمل عريضة طلب الاختصاص تعييناً دقيقاً للعقارات المراد تقرير حق الاختصاص عليها . وكذلك استلزمت المادة ١٠٩٥ تعيين هذا العقار تعييناً دقيقاً في قائمة القيد .

ويترتب على نقض البيان الخاص بالعقار أو عدم دقتها بطلان الاختصاص وبطلان القيد اذا ادى هذا النقص أو عدم الدقة الى الاضرار بالغير .

ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين ، واذا كان المشرع ينص على أنه يجب أن يكون العقار مملوكاً «وقت قيد هذا الحق» فالنص في هذا معيب إذ لا يمكن أن تتطلب في أخذ حق الاختصاص شرطاً لا يمكن التحقق من وجوده أو عدم وجوده إلا في وقت لاحق . وذلك أن قيد الاختصاص قد يتأخر عن وقت صدور الأمر به . ومن المسلم أنه يشترط أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت صدور الأمر به ، وأن تستمر ملكية المدين إلى وقت القيد . وتسرى على حق الاختصاص الأحكام التي سبقت دراستها فيما يتعلق برهن المباني المقامة على أرض الغير (م ١٠٣٨ مدني) ورهن العقار المملوك على الشيوع (م ١٠٣٩ مدني) ورهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي (م ١٠٣٤ مدني) .

ويشترط أن يكون العقارات المأخوذ عليها الاختصاص جائزاً ببيعها بالمزاد العلني، أو بعبارة أخرى يجب أن تكون من العقارات الجائز رهنها رسمياً. وعلى ذلك فلا يجوز أخذ حق اختصاص على عقار موقوف أو على حق استعمال أو حق سكنى.

ثالثاً: يجب أن يكون الدائن المحكوم له حسن النية:

يستطيع أى دائن أن يتحصل على حق اختصاص على عقارات مدينة أياً كان مصدر دينه، فيستوى أن يكون ناشئاً عن عمل قانونى أو فعل ضار أو فعل نافع أو نص القانون: وأياً كان محله مبلغاً من النقود، أو عملاً، أو امتناعاً عن عمل، وفي هذه الحالة الأخيرة يضمن الاختصاص ما يستحقه الدائن عن تعويض بسبب اخلال المدين بالتزامه، وطالما ان حق الدائن ثابتاً بمقتضى حكم قضائى متوافرة فيه الشروط السابق ذكرها.

لكن يشترط فى الدائن طالب الاختصاص، طبقاً لنص المادة ١٠٨٥ مدنى، أن يكون حسن النية. ويقصد باشتراط حسن نية الدائن أن يكون جاهلاً تعلق حق الغير بعقارات المدين التى يريد أن يأخذ عليها اختصاصاً حتى ولو كان حق هذا الغير لم يصبح بعد نافذاً فى مواجهة الغير لعدم شهره. فلو باع المدين عقاراً له، ثم أخذ الدائن حق الاختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعته، وفقد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع، فان هذا الحق لا ينفذ فى حق المشتري^(١).

وفيما قرره المشرع بخصوص حق الاختصاص يعتبر خروجاً على القواعد المقررة فى المفاضلة بين الحقوق العينية العقارية بسبق الشهر عن طريق التسجيل أو القيد، بصرف النظر عن علم من شهر حقه بسبق تصرف المالك أو عدم علمه، أى بصرف النظر عن حسن نيته أو سوءها. وهذا الخروج يبرره رغبة المشرع فى الحد من اطلاق المزايى التى يخولها حق

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٦٤.

الاختصاص، وهو حق يتقرر على الرغم من ارادة المدين وخروجاً على الأصل الذى يفرض المساواة بين الدائنين.

رابعا: الوقت الذى يجود فيه أخذ الاختصاص؛

يجوز أخذ اختصاص على عقارات المدين المحكوم عليه فى أى وقت إذا توافرت الشروط السابقة جميعاً، على أن المشرع قد نص على أنه «لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة» (م ١٠٨٥ / ٢ مدنى) وهذا النص يريد أن يحقق المساواة بين دائنى المتوفى العاديين. ولذلك فإن حكمه لا ينصرف إلى الحالة التى يأخذ فيها الدائنين حق اختصاص قبل موت المدين ويريد قيده بعد وفاته. لأن هذا القيد اللاحق يعتبر من قبيل الاجراءات التحفظية، كما أنه لا يخل بالمساواة بين الدائنين لأن الحق ثابت فيه قبل الوفاة ولا ينقص سوى قيده لسريانه فى مواجهة الغير.

وقد نصت المادة ٢٥٦ مدنى على أنه «لا يجوز أن يحتج على أحد الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل». وأراد المشرع أيضاً أن يكفل المساواة بين الدائنين فى نظام الاعسار المدنى. ولذلك فإن حكمه لا ينطبق على حق الاختصاص الذى تقرر فى تاريخ سابق لتسجيل صحيفة الدعوى ويمكن بالتالى قيده بعد هذا التسجيل، ليُنَفَّذَ فى حق الدائنين العاديين، كما يلاحظ أن هذا النص لم يمنع أخذ الاختصاص فى حالة الاعسار كما منعه فى حالة وفاة المدين وإنما جعله عديم الأثر بالنسبة إلى الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار. وتبدو مصلحة الدائن فى بقاء الاختصاص رغم ذلك فى حالة انتهاء الاعسار بأى سبب من الأسباب - فإذا استجد عندئذ دائنون آخرون للمدين كان حق الاختصاص نافذاً فى مواجهتهم لأنهم لاحقون له.

المبحث الثاني

اجراءات تقرير حق الاختصاص

ونعرض فى هذا المبحث للاجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الاختصاص والجهة المختصة بذلك ثم بعد ذلك ندرس التظلم من الأمر الصادر بالاختصاص.

أولاً: الاجراءات الواجبة لاتباع والجهة المختصة:

تنص المادة ١٠٨٩ مدنى على أنه:

١- «على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها».

٢- «وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم وأن تشمل على البيانات الآتية»:

أ - اسم الدائن ولقبه 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 نولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص.

هـ- تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الاوراق الدالة على قيمتها.

وعلى ضوء هذا النص نعرض للاجراء الأول وهو تقديم طلب الحصول على الاختصاص وبياناته، ثم بعد ذلك نعرض للقاضى المختص وسلطاته وثالثاً لاعلان الأمر للمدين ورابعاً للتأشير بالأمر على صورة الحكم.

١٣٣- (١): تقديم طلب الاختصاص وبياناته:

وفقاً لنص المادة ١٠٨٩ مدنى يقدم الدائن طالب الاختصاص عريضة بذلك إلى القاضى المختص. ويصدر هذا القاضى الأمر بمقتضى سلطته الولائية فى إصدار أوامر على العريضة لا بمقتضى سلطته القضائية، لأن القاضى لا يفصل هنا فى خصومه.

وأوجبّت المادة ١٠٨٩ تكون هذه العريضة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم. كما أوجبّت هذه المادة أن تشتمل العريضة على عدة بيانات تدور حول التعريف بالدائن والمدين، والحكم الصادر بالزام المدين والذى يريد الدائن أن يؤخذ بمقتضاه حق اختصاص، تاريخه والمحكمة التى أصدرته، ثم تشتمل هذه العريضة على مبدأ تخصيص الاختصاص سواء من حيث الدين المضمون أو العقار الذى سيتقرر عليه الاختصاص ويقرن بالعريضة الأوراق اللازمة، مثل الأوراق الدالة على قيمة العقارات المطلوب أخذ الاختصاص بها. وذلك حتى يستطيع القاضى أن يقدر مدى تناسب هذه العقارات مع الدين المراد ضمانه، فلا ينقل الاختصاص المدين بأكثر من القدر اللازم لهذا الضمان.

١٣٤- (٢): القاضى المختص وسلطاته:

القاضى المختص بنظر الأمر هو رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقارات المراد أخذ الاختصاص بها. فإذا تعددت مواقع العقارات رجب الحصول على الأمر بالنسبة لكل عقار من رئيس المحكمة الكائن بدائرتها موقع هذا العقار. والأمر يصدر بمقتضى سلطة القاضى الولائية فى إصدار أوامر على العريضة لا بمقتضى سلطته القضائية. ويطلب الاختصاص بعريضة لا بتكليف بالحضور، وعلى ذلك لا يلزم حضور المدين. ولرئيس المحكمة أن يأمر بالاختصاص أو يرفضه حسب ما يرى من توافر شروط تقريره أو عدم توافرها.

ولرئيس المحكمة، اذا رأى توافر شروط تقرير الاختصاص، سلطة تقديرية فى تحديد العقارات التى يوقع عليها الاختصاص. وقد أعطت المادة

١٠٨٩ / ٢ مدنى له سلطة تقدير الدين مؤقتاً إذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ويعين المبلغ الذى يؤخذ به الاختصاص. أما بالنسبة للعقار فقد نصت المادة ١٠٩٠ / ٢ على أنه يجب على رئيس المحكمة عند الترخيص بالاختصاص أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة فى العريضة 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 والمضروقات المستحقة للدائنين، ويقصد المشرع من ذلك هو أن تكون العقارات التى يوقع عليها الاختصاص متناسبة مع دين الدائن، حتى لا يعطل الاختصاص قدرة المدين المالية والائتمانية.

فاذا وافق القاضى على تقرير الاختصاص دون أمره به فى ذيل العريضة (م ١٠٩٠ / ١ مدنى).

١٢٥- (٢): اعلام الامر للمدين والتأشير به على صورة الحكم؛

قد أوجبت المادة ١٠٩١ مدنى على قلم كتاب المحكمة اعلان الأمر بتوقيع الاختصاص الى المدين فى نفس اليوم، وذلك حتى يستطيع أن ينظم من الأمر إذا كان لديه وجه.

كما أوجبت نفس المادة على قلم كتاب المحكمة ان يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص. كما يجب عليه أن يخطر المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها قلم كتابها للدائن والغرض من ذلك هو أن يحول دون أن يأخذ الدائن اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة. على عقارات تقع فى دوائر اختصاصها، ودون أن تعلم كل محكمة تعطى اختصاصات بما اعطته المحاكم الأخرى من ذلك، وبذلك تسمح لكل قاضى عند الأمر بالاختصاص أن يراعى قيمة العقارات التى سبق للدائن أخذ اختصاص عليها.

ثانياً: التظلم من الأمر الصادر باختصاص:

قد يأمر رئيس المحكمة بتقرير الاختصاص، وقد يرفض طلب الدائن، وفي الحالتين يجوز لمن له مصلحة أن يتظلم.

فإذا صدر الأمر بالاختصاص، فقد يكون للمدين وجه للتظلم من الأمر، كأن تكون شروط أخذ الاختصاص غير متوافرة، أو أن يكون الحكم صدر الأمر بناء عليه قد طعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر وقبل الطعن أو كان الحكم الذي صدر الاختصاص بناء عليه غير واجب النفاذ، أو تكون العقارات التي تقرر عليها الاختصاص تجاوز ما يكفي لضمان الدين. ويكون التظلم أمام الأمر (م ١٩٩ مرافعات) أو أمام المحكمة الابتدائية (م ١٩٧ مرافعات) وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ١٠٩٢ / ٢ مدنى. فإذا نظلم المدين وأمر رئيس المحكمة أو حكمت المحكمة بإلغاء الأمر الصادر، فيعتبر الاختصاص كأن لم يكن، فإذا كان الاختصاص قد قيد فيجب، كما تنص المادة ١٠٩٢ / ٢ مدنى، أن يؤثر على هامش القيد بالأمر أو بالحكم الذي قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.

وإذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص ابتداءً أو على أثر نظلم المدين إليه، فيكون للدائن مصلحة في التظلم من هذا الرفض. ويكون نظلم الدائن من الرفض إلى المحكمة الابتدائية، ولا يجوز أن يتظلم إلى رئيس المحكمة الأمر (م ١٠٩٣ مدنى). ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة، وتحكم فيه بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه، ويجب أن يكون التظلم مسبباً والا وقع باطلاً (م ١٩٧ مرافعات). والعلة من قصر الاختصاص في نظر تظلم الدائن على المحكمة دون رئيس المحكمة الأمر، وذلك على خلاف التظلم المقدم من المدين، هو أن الأمر بالاختصاص يصدر في غير مواجهة المدين ودون سماع أقواله فهناك احتمال كبير أن يعدل الأمر نفسه عما أمر به إذا سمع أقوال المدين، أما في حالة الرفض فاحتمال عدول الأمر عن رفضه ضعيف.

الفصل الثاني

آثار حق الاختصاص، وانقاصه، وانقضائه

أولاً، آثار الاختصاص الذي تم قيده هي آثار الرهن الرسمي؛

تنص المادة ١٠٩٥ مدنى على أنه «يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه . وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة» .

ويستفاد من هذا النص أن حق الاختصاص، كالرهن الرسمي، يجب قيده حتى يسرى فى مواجهة الغير . ويجرى القيد بنفس الطريقة التى يجرى بها قيد الرهن، ويخضع لوجوب تجديده قبل مضى عشر سنوات - وتحدد مرتبة الاختصاص بالنسبة لسائر الحقوق المقيدة أو المسجلة على العقار وفقاً لترتيب قيده .

ويسرى على حق الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من حيث ما يترتب من آثار فى علاقة المدين والدائن، فتظل لمالك العقار المثلل به نفس الحقوق التى تظل ثابتة لمالك العقار المرهون رهناً رسمياً، ويخول صاحبه على هذا العقار نفس حقوق الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

وإذا انتقل العقار المثلل بالاختصاص الى حائز كان لهذا الحائز نفس حقوق حائز العقار المرهون رهناً رسمياً، وتقيدت سلطاته بمثل ما تقيد به سلطات حائز العقار المرهون .

ولا يفترق الاختصاص عن الرهن الرسمي من حيث الاحتجاج به على الغير إلا من ناحية اشتراط القانون فى الدائن صاحب الاختصاص أن يكون حسن النية . فإذا كانت القاعدة فى تراحم اصحاب الحقوق المقيدة على العقار تقضى باتباع الأسبقية فى القيد، إلا أن الدائن صاحب الاختصاص لا

يستطيع ان يتمسك بسبق قيد حقه اذا كان سئ النية، أى عالمأ وقت أخذ الاختصاص بأن المدين سبق وتصرف فى العقار بالبيع أو بالرهن مثلاً، ولو تم تسجيل البيع أو قيد الرهن بعد قيد الاختصاص.

ويجب أن يلاحظ ما تقدم ذكره من أن الاختصاص المأخوذ على أموال المدين الذى شهر اعساره بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا يكون نافذاً فى حق الدائنين العاديين الذين ثبتت ديونهم قبل ذلك التسجيل، وذلك ما بقيت حالة الاعسار قائمة. فاذا انتهت حالة الاعسار سواء بحكم القضاء (م ٢٦١) أو بقوة القانون (م ٢٦٢م)، عادت للاختصاص حجه وأمكن للدائن الاحتجاج به.

ثانياً: انقاص حق الاختصاص:

سبق-أن رأينا أن الشغل الشاغل للمشرع هو تناسب قيمة العقارات التى يؤخذ عليها الاختصاص مع مبلغ الدين المضمون (م ١٠٨٩ / هـ، م ١٠٩٠ / ١). وقد أكد ذلك فى المادة ١٠٩٤ / ١ وذلك بالسماح لكل ذى مصلحة بأن يطلب انقاص الاختصاص الى الحد المناسب، اذا كانت الاعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين،. وهذه المادة تواجه الفرض الذى تزيد فيه قيمة العقارات عن مبلغ الدين بالرغم من الاحتياطات السابق الاشارة اليها. ويكون ذلك فى حالة ما اذا ارتفعت قيمة هذه العقارات فيما بعد بفعل العوامل الاقتصادية أو نتيجة لتحسينات أو انشاءات اجراها المدين، أو إذا نقص الدين المضمون بالاختصاص.

ويطلب الانقاص صاحب المصلحة سواء أكان هو المدين أم غيره كالدائنين المرتهنيين اللاحقين للاختصاص والدائنين العاديين والحائز للعقار المثقل بالاختصاص.

ويطلب الانقاص يتم عن طريق دعوى يرفعها كل ذى مصلحة. وبالنسبة للمدين يستطيع أن يطلبه عن طريق التظلم من الأمر الصادر من القاضى باعطاء حق الاختصاص، أو عن طريق دعوى أصلية مبتدأة، وهذه الدعوى

الأصلية يرفعها سواء كان الاختلال بين قيمة العقار والدين موجوداً من بادئ الأمر أو طرأ بعد ذلك.

ويكون انقاص الاختصاص اما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر مملوك للمدين وتكفي قيمته لضمان الدين (م ١٠٩٤ / ٢ مدني). وإذا تم الانقاص سواء عن طريق القضاء أو عن طريق الاتفاق مع الدائن فإن المصروفات اللازمة لأجرائه وقيدته تكون على نفقة طالب الانقاص (م ١٠٩٤ / ٣).

ويجب التأشير على هامش قيد الاختصاص بما يفيد انقاصه، وذلك إذا تم الانقاص عن طريق قصره على بعض العقارات أو على جزء منها، فإذا نقل الاختصاص إلى عقار غير العقار الذي تقرر عليه في الأصل وجب إجراء قيد جديد على هذا العقار حتى يحتج به على الغير. ولذلك يجب أن يراعى أن تكون مرتبة الاختصاص على العقار الذي نقل إليه تسمح بوفاء الدين. ومتى نقل الاختصاص إلى عقار آخر غير العقار أو العقارات الأصلية كان للمدين طلب محو القيد الأصلي. كما أن الاختصاص لا يضر بحقوق الدائنين المقيدة على هذا العقار قبل هذا القيد.

ثالثاً، انقضاء حق الاختصاص:

وينقضي حق الاختصاص بنفس الأسباب التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي، سواء كان ذلك بطريقة أصلية أو بطريقة تبعية.

لكن هناك أسباب انقضاء خاصة بحق الاختصاص، ويمكن أن نجملها فيما يلي:

١- إذا تقرر الاختصاص بناء على حكم انتهائي، ثم طعن فيه بطريقة من الطرق غير العادية كالنقض أو التماس إعادة النظر والغي الحكم، سقط الاختصاص، وكان للمدين أن يطلب محوه. وكذلك إذا تقرر بناء على حكم مشمول بالنفاذ المعجل ثم الغي الحكم من محكمة المعارضة أو المحكمة الاستئنافية.

٢- إذا تقرر الاختصاص بأمر من رئيس المحكمة ثم تظلم المدين إلى القاضي الأمر أو المحكمة وقبل تظلمه فإن الاختصاص يلغى، مع ملاحظة أن أمر القاضي المتظلم إليه بإلغاء الاختصاص يجوز التظلم منه بواسطة الدائن إلى المحكمة. ووفقاً للمادة ١٠٩٢ / ٢ يجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص.

الباب الثالث

الرهن الحيازي

تمهيد:

١٣٦- تعريف الرهن الحيازي:

نصت المادة ١٠٩٦ مدنى على أن ، الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم الى الدائن أو إلى اجنبى يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون. .

ويلاحظ على هذا التعريف أن المشرع استعمل لفظ عقد الرهن الحيازى باعتباره مصدراً لحق الرهن، كما أنه قد استعمل عبارة الرهن الحيازى لتطلق على الحق العينى ذاته الذى ينشئه هذا العقد. وقد تضمن ايضا هذا التعريف مضمون هذا الحق. بما يخوله للدائن من حق للحبس والتقدم والتتبع. وقد استعمل هذا التعريف كلمة «ثمن الشئ» بالرغم من تعلق حق الدائن بما يحل محل العقار فكان أخرى بالمشرع أن يستعمل لفظ أوسع وهو المقابل النقدي (م ١١٠٢ مدنى). .

ويشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى فى أن كلا منهما من التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريقة العقد. لكن عقد الرهن الحيازى لا يشترط فيه القانون الرسمية المتطلبية فى عقد الرهن الرسمى. ولذلك فهو عقد رضائى. كما أن هذا العقد لم يعد من العقود العينية التى يكون تسليم العين فيها ركناً من أركانها، وذلك على خلاف ما كان عليه الحال فى القانون المدنى القديم، كما أن عقد الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين بخلاف الرهن الرسمى الذى هو عقد ملزم لجانب واحد.

ويتفق حق الرهن الرسمي مع حق الرهن الحيازي في أن كلا من الحقيقتين هو حق عيني وتبعي غير قابل للتجزئة. ولكن يختلف عن الرهن الرسمي في أنه يستلزم نقل الحيازة الى الدائن المرتهن. كما أن الرهن الحيازي يمكن أن يرد على منقول كما يمكن أن يرد على عقار وذلك بخلاف الرهن الرسمي الذي لا يرد الا على عقار من حيث الاصل. كما أن حق الرهن الحيازي يخول للدائن المرتهن سلطات أوسع من سلطات الدائن المرتهن رهناً رسمياً كما سنرى فيما بعد.

١٣٧ - خطة البحث:

سنتبع في دراستنا للرهن الحيازي نفس الخطة تقريباً التي اتبعناها في دراسة الرهن الرسمي. نتكلم في الفصل الأول عن انشاء الرهن وفي الفصل الثاني عن سريان الرهن في مواجهة الغير والفصل الثالث عن آثار الرهن وفي الفصل الرابع عن انقضاء الرهن.

الفصل الأول

انشاء الرهن الحيازي

١٣٨ - تقديم وتقسيم:

ينشأ حق الرهن من عقد بين الراهن والمرتهن، هو عقد الرهن. ولذلك يجب أن يكون العقد مستوفياً أركانه وشروط صحته. وعلى خلاف عقد الرهن الرسمي حيث يشترط القانون الرسمية لانعقاد العقد، فإن عقد الرهن الحيازي هو عقد رضائي يكفي التراخي لانعقاده، مع سائر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد وصحته. ولذلك سنقسم دراسة هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ندرس فيه الشروط العامة.

المبحث الثاني: ندرس فيه الشروط الخاصة بالرهن الحيازي.

المبحث الأول

الشروط العامة

ونقصد بالشروط العامة، تلك الشروط الواجب توافرها في كل عقد من العقود وهي تتعلق بالرضا والاهلية، وبالنسبة للسبب فإنه ليس هناك ما يخص عقد الرهن الحيازي. ولذلك تنقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين الأول خاص بالرضا والثاني يتعلق بالأهلية.

المطلب الأول

الرضا

ونتكلم هنا عن التعبير عن الإرادة وشروط صحة هذه الإرادة.

أولاً: التعبير عن الإرادة:

يجب حتى ينعقد الرهن الحيازي أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين (م ٨٩). وطرفا العقد في الرهن الحيازي هما الراهن والمرتهن

وقد يكون الراهن هو المدين أو غيره، فيجوز أن يعقده شخص ضماناً لدين على غيره، هذا هو الكفيل العيني.

وطبقاً للقواعد العامة قد يصدر التعبير عن الإرادة من طرفي العقد أو ممن ينوب عنهما قانوناً أو اتفاقاً. وعلى ذلك فإنه يجوز أن يوكل الراهن عنه شخصاً في إبرام عقد الرهن. ويشترط في هذه الحالة وكالة خاصة، حيث أن الرهن من أعمال التصرف، وذلك لأن عقد الرهن الحيازي عقد رضائي. أما بالنسبة للدائن المرتهن فإن الالتزامات التي ينشئها الرهن الحيازي في ذمته هي من قبيل أعمال الإدارة، ولذلك فإنه يكفي لقبول الارتهان نيابة عن الدائن المرتهن أن يكون لدى الوكيل وكالة عامة.

أما بالنسبة للنيابة القانونية، يجب أن تتوافر في النائب عن الراهن ولاية التصرف طبقاً لما حدده قانون الولاية على المال. كما أن الولي والوصي والقيم يجوز لهم قبول الارتهان دون إذن المحكمة.

ثانياً، شروط صحة الإرادة:

يجب أن تكون الإرادة الصادرة من طرفي العقد صحيحة بمعنى أن تكون خالية من عيوب الإرادة، وهذه العيوب كما هو معروف طبقاً للقواعد العامة هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال. وليس هناك جديد يجب إضافته بالنسبة للرهن الحيازي فيرجع في كل ذلك إلى القواعد العامة.

المطلب الثاني

الأهلية

ويلزم أيضاً لصحة العقد أن يصدر من شخص أهلاً لمباشرته. ولذلك يجب أن نعرف ما هي الأهلية اللازمة حتى يكون الرهن صحيحاً من جانب كل من الراهن والدائن المرتهن.

أولاً، أهلية الراهن:

لم يتكلم المشرع عن الأهلية اللازمة لمباشرة الرهن الحيازي،

على خلاف الرهن الرسمي حيث نص (م ١٠٣٢ / ٢) على وجوب أن يكون الراهن أهلاً للتصرف في الشيء المرهون، سواء كان هو المدين أو غيره .

لكن يجب أن تتوافر في الراهن أهلية التصرف في المال المرهون، فإذا كان الراهن هو المدين كان الرهن بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر. فإن كان الراهن قد حصل على ائتمان معين، أو قد حصل على مد أجل الالتزام فانه بذلك يكون قد حصل على مقابل معين. وفي هذا النوع من التصرفات يستلزم كمال الأهلية. وعلى ذلك فاذا صدر الرهن من الصبي المميز أو من في حكمه كان التصرف قابلاً للإبطال.

أما بالنسبة للرهن الصادر من شخص غير المدين، أي الكفيل العيني، فانه يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً أو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحسب ما إذا كان قد رهن متبرعاً أو تقاضى مقابلاً. وبالتالي تتحدد الأهلية حسب الأحوال. ويصدق ما سبق أن قلناه بصدد الرهن الرسمي على الرهن الحيازي.

ثانياً: أهلية الدائن المرتهن:

وفيما يتعلق بأهلية الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي فهي تختلف عن أهليته في الرهن الرسمي. وذلك أن الرهن الرسمي لا ينشأ في ذمة الدائن المرتهن أي التزام. فيكفي أن تتوافر لديه أهلية الاغتناء. أما الرهن الحيازي، فلأنه ينشئ للالتزامات في ذمة الدائن المرتهن في مقابل الالتزامات التي تنشأ في ذمة الراهن، فهو يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يشترط أن تتوافر في الدائن المرتهن أهلية هذه الأعمال، وهي لا تكتمل إلا ببلوغ سن الرشد، والا كان العقد قابلاً للإبطال اذا باشره وهو في سن التمييز ودون سن الرشد.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة

ونقصد بهذه الشروط العناصر الهامة التي تحكم وجود وصحة الرهن .
وهذه الشروط تتعلق بالالتزام المضمون والمال المرهون .

المطلب الأول

الالتزام المضمون

١٣٩- احوالة على الرهن الرسمي:

نصت المادة ١٠٩٨ مدنى على أنه «تسرى على الرهن الحيازى احكام المادة ١٠٣٣ واحكام المواد من ٢٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمى» .
ويستفاد من كل هذه المواد أن الدين المضمون يمكن أن يكون مبلغاً من النقود أو عملاً أو متناعاً عن العمل، ويصح ان يكون منجزاً أو مضافاً إلى اجل، أو باتاً أو معلقاً على شرط، ويمكن ان يكون مستقبلاً أو احتمالياً، كما يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الاقصى الذى ينتهى اليه الدين .

والرهن لا ينشأ إلا إذا استند الى التزام موجود وصحيح . والرهن يتبع الالتزام المضمون فى صحته ويطلانه ووجوده وانقضائه . (م ١٠٩٢ مدنى)
ونحن نحيل فى كل هذا إلى ما سبق ذكره فى خصوص الرهن الرسمى .

المطلب الثاني

المال المرهون

١٤٠- (١): الرهن الحيازى يرد على عقار كما يرد على منقول:

وقد نصت المادة ١٠٩٧ مدنى على أنه «لا يكون محلاً للرهن الحيازى الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من منقول أو عقار» .

فجميع الأشياء اذن يجوز رهنها سواء كانت أراضى أو بناء. وإن كان الغالب فى مصر أن يرد الرهن الحيازى على الاراضى الزراعية، أما المباني فالغالب يقع رهنها رهنأ رسمياً.

وكذلك جميع المنقولات يجوز رهنها رهن حيازة، مادامت قابلة للحجز وقابلة للبيع بالمزاد العلنى، سواء كانت منقولات مادية أو منقولات معنوية، فيجوز رهن السيارات والمواشى والأثاث، والبضائع والمجوهرات. ويجوز رهن الديون والاسهم والسندات الاسمية والاذنية وبراءات الاختراع والاسماء التجارية وحقوق المؤلفين.

ولم يرد فى باب الرهن الحيازى نص يقابل نص المادة ١٠٣٦ والذي يمد الرهن الرسمى الى ملحقات المال المرهون. ومع ذلك فمن المسلم أن الرهن الحيازى يمتد هو الآخر إلى ملحقات الشئ المرهون وذلك بالقياس على الرهن الرسمى، وبالاستناد إلى حكم المادة ١٠٩٩ / ٢ مدنى.

ويجوز أن يرهن الشئ الواحد لأكثر من دين. وقد نصت على ذلك المادة ١١٠٩ / ٢ بقولها «يجوز أن يكون الشئ المرهون ضامن لعدة ديون». وفى هذه الحالة يجرى ترتيب هذه الديون وفقاً لتاريخ نفاذها فى حق الغير. فيجب أن تتوافر للمرتهن للحيازة بنفسه أو بواسطة عدل أو بواسطة مرتتهن آخر، ثم تجرى المفاضلة بحسب اسبقية القيد اذا كان عقاراً، وأسبقية التاريخ الالابت ثبوتاً رسمياً اذا كان المرهون منقولاً.

١٤١- (٢): «ما يشترط فى الشئ المرهون»

ويشترط فى المال المرهون، سواء كان عقاراً أو منقولاً، عدة شروط حتى يجوز رهنه حيازياً، وهو أن يكون الشئ معيناً، مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى وموجوداً وقت الرهن، ومملوكاً للراهن.

١٤٢- (أ) يجب أن يكون الشئ المرهون معيناً؛

لم يحل المشرع فى المادة ١٠٩٨ إلى المادة ١٠٣٥ والخاصة بتعيين

العقار المرهون رهناً رسمياً تعييناً دقيقاً، ولذلك فإنه يكفي في الرهن تطبيق القواعد العامة في تعيين المحل، فيكفي أن يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة، بأن يكون المحل معيناً بالذات، أو معيناً بالنوع مع ذكر مقداره أو قابلاً للتعيين (م ١٣٣ مدنى).

وليس في محله الاستناد إلى احالة المادة ١٠٩٨ إلى المادة ١٠٣٣ الواردة في باب الرهن الرسمى والخاصة ببطلان رهن الأشياء المستقبلية للقول بخضوع الرهن الحيازى لقاعدة التخصيص في العقد (١). وذلك لأنه كما سبق أن رأينا أن بطلان رهن الأشياء المستقبلية هو حكم قائم بذاته، ولا يمكن رده في جميع الصور إلى قاعدة وجوب تخصيص الشئ المرهون في عقد الرهن، ومن هنا كانت فائدة نص المادة ١٠٣٣ التى تقرر هذا الحكم. كما سبق أن قلنا أن رهن الأشياء المستقبلية ليس رهناً لأشياء مملوكة للغير (٢).

١٤٣- (ب): يجب أن يكون الشئ المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى؛

وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٩٧ مدنى. وبناء على ذلك فإنه لا يجوز رهن الأشياء العامة، والأشياء الموقوفة، وكذلك لا يجوز رهن المال المشروط عدم التصرف فيه. ولا يجوز رهن حق الارتفاق استقلالاً عن العقار، ولا حق الاستعمال أو السكنى. والرهن الحيازى في ذلك مثله مثل الرهن الرسمى.

١٤٤- (ج): يجب أن يكون الشئ المرهون موجوداً وقت الرهن؛

وأياً كان الشئ الذى يراد رهنه، يجب أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد، فـرهن الأشياء المستقبلية باطل بطلاناً مطلقاً، ذلك أن المادة ١٠٩٨ تنص على أنه «تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣».. وهذه المادة وردت

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، رقم ٢٣٥، ص ٣٦٣، ٣٦٤، وشمس الوكيل، المرجع السابق، فقر ١٨١، ص ٤٧١.

(٢) انظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٢، ص ١٩٨، ١٩٩.

بخصوص الرهن الرسمي، وتنص في فقرتها الثانية على أن يقع باطلاً رهن المال المستقبلي. ونكتفي هنا بالاحالة إلى ما سبق أن قلناه بصدد الرهن الرسمي.

١٤٥- (د): يجب أن يكون الشيء المرهون مملوكاً للراهن؛

١٤٦- (١): رهن ملك الغير؛

لم يضع المشرع، بخصوص الرهن الحيازي، نصاً مماثلاً لنص المادة ١٠٣٢ / ٢ والذي ينص على وجوب ملكية الراهن للعقار المرهون رهنأ رسمياً، ولم يحل عليه. إلا أن نص المادة ١٠٩٨ قد نص على أنه تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣، وهذه المادة تبين حكم رهن ملك الغير رهنأ رسمياً. وعلى ذلك نحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الصدد بالنسبة للرهن الرسمي لأنه ينطبق على الرهن الحيازي، لكن يلاحظ ما يأتي بخصوص تطبيق أحكام رهن ملك الغير على الرهن الحيازي: -

أولاً: سبق أن رأينا أن إقرار المالك للرهن الرسمي الصادر من الغير على عقار مملوك له يجب أن يصدر في ورقة رسمية، وهذا ما يقتضيه أن الرهن الرسمي نفسه لا يتعقد إلا بورقة رسمية. أما بالنسبة للرهن الحيازي فنظراً إلى أنه لا تلزم الرسمية لانعقاده فلا تلزم كذلك في إقرار المالك.

ثانياً: إذا لم يقر المالك الرهن، فلا يكون له أثر بالنسبة له، وبالتالي له أن يتسعمل حقوقه على الشيء متجاهلاً وجود عقد الرهن ولكن حق المالك قد يصطدم فيما يتعلق برهن المنقول، بأحكام الحيازة، ذلك أن الأثر المكسب لحيازة المنقول لا يقتصر على كسب الملكية بل يمتد ليشمل كسب الرهن أيضاً. وقد نصت المادة ١١١٨ على أنه:

١- «الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقول المادية والسندات لحاملها تسري على رهن المنقول».

٢- «وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه

فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن».

وعلى ذلك فالدائن المرتهن من غير المالك اذا حاز المنقول المرهون، وكان حسن النية أى يجهل وقت الحيازة أنه يرتهن من غير مالك، له أن يتمسك بالرهن فى مواجهة المالك. وتعتبر الحيازة قرينة على حسن النية، فعلى المالك إذا ما ادعى سوء نية المرتهن أن يثبتها (م ٩٧٦ / ٣ مدنى). ولهذا فعندما يقال أن حق الرهن الحيازى ينشأ بمقتضى العقد، فيكون المقصود هو الفرض الغالب، إذ ان الحيازة تعتبر سبباً لكسب حق الرهن الحيازى.

وبمقتضى احالة المادة ١١١٨ على أحكام للحيازة يسرى حكم ٩٧٧ / ١ فيجوز لمالك المنقول أو السند لحامله اذا فقده أو سرق منه، أن يسترده من الدائن المرتهن الذى حازه بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

لكن التساؤل قائم حول تطبيق حكم المادة ٩٧٧ / ٢ والتى تنص على انه «فاذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فان له ان يطلب ممن يسترد هذا الشئ ان يعجل له الثمن الذى دفعه». هل ينطبق حكمها على الدائن المرتهن، اذا حاز المنقول المفقود أو المسروق، فيكون له ان يطالب من يريد ان يسترد هذا الشئ بتعجيل الدين الذى ارتهن بحسن نية هذا الشئ لضمانه.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز ذلك لأن حكم المادة لا ينصرف الا الى مشتري المنقول فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله^(١). بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى أن للدائن المرتهن أن يتمسك

(١) سليمان مرقس، فقرة ٢٣٩، ص ٣٦٨، ومحمد كامل مرسى، للمرجع السابق، فقرة ٢٩٢، ص ٣٧٩.

بحكم هذه المادة ويمتنع عن رد المنقول حتى يستوفى الدين الذى قام رهن المنقول ضماناً للوفاء به^(١). وهذا الرأى الثانى هو الأولى بالاتباع وذلك لأن الرأى الأول يتمسك بحرفية النص وقصر حكمه فقط على المشتري للشئ الضائع أو المسروق، وكما أن هذا الرأى تجاهل احالة المادة ١١١٨ إلى احكام الحيازة التى من بينها نص المادة ٩٧٧ / ٢. والأمر لا يحتاج أكثر من تطبيق هذه المواد على الوجه الذى يلائم مركز المرتهن. وبخصوص المادة ٩٧٧ / ٢ فان مقتضى تطبيقها يلزم ان يستبدل بلفظ «اشتراه» بلفظ «ارتهنه»، كما يستبدل بلفظ «الثمن» لفظ «الدين المضمون بالرهن».

١٤٧- (٢) رهن المالك تحت شرط:

ونحيل فى هذا الصدد الى ما سبق ان قلناه بالنسبة للرهن الرسمى. لكن يجب أن نلاحظ ان اعمال قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية كثيراً ما يعطل الاثر الرجعى للشرط، كما ان المالك تحت شرط واقف يندر أن تكون له الحيازة وبالتالي فان لا يستطيع أن ينقلها إلى المرتهن.

١٤٨- (٢) رهن المباني المقامة على أرض الغير:

لم يرد نص خاص فى هذا الشأن بالنسبة للرهن الحيازى، وذلك بخلاف الحال بالنسبة للرهن الرسمى، حيث أن المادة ١٠٣٨ جاءت بحكم خاص برهن المباني المقامة على أرض الغير، ولم يحل الشرع إلى حكم النص الوارد فى صدد الرهن الرسمى. ومع ذلك فانه يجب أعمال حكم هذه المادة على الرهن الحيازى. وذلك لأن المادة ١٠٣٨ ليست الا تطبيقاً للقواعد العامة. ونكتفى هنا بالاحالة الى ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد بالنسبة للرهن الرسمى.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٣٢، ص ٥٤٨، شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٩٧، ص ٨٩، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ٣٣٢، ص ٤٦٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص ٢٠٣، عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، فقرة ٢٢، ص ٣١١، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢١٣، ٢١٤.

١٤٩- (٤) رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي؛

رأينا أن المشرع ينص في المادة ١٠٣٤ على أن يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن رهنأ رسمياً الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن. ولم ينص المشرع على مثل هذا الحكم بالنسبة للرهن الحيازي كما أنه لم يحل إلى حكم هذا النص. لكن الرأي السائد أن هذا النص يعتبر تطبيقاً لحكم المادة ١٥، ١٧/٢ من قانون الشهر العقاري الذي عرضنا له من قبل وبالتالي فحكمه يسرى على رهن العقار رهنأ حيازياً أعمالاً لنص قانون الشهر العقاري الذي يقرر قاعدة عامة.

١٥٠- (٥) رهن المالك الظاهر؛

وحكم هذا الرهن، سواء كان حيازياً أو رسمياً، مستفاد من القواعد العامة. ولذلك نحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الشأن بالنسبة للرهن الرسمي.

١٥١- (٦) رهن المالك على الشيوع؛

سبق أن رأينا أن المشرع نظم الرهن الرسمي الوارد على عقار مملوك على الشيوع بنص المادة ١٠٣٩ مدنى. ولكنه لم يحل على هذا النص من بين النصوص التي قضت المادة ١٠٩٨ بسريانها على الرهن الحيازي. وعلى ذلك فإنه بصدد الرهن الحيازي ترجع إلى الأحكام العامة التي وضعها المشرع بشأن التصرف في المال الشائع بوجه عام. وبصفة خاصة المادة ٨٦٦ مدنى، ولذلك سنعرض للرهن الصادر من جميع الشركاء، ثم للرهن الصادر من أحد الشركاء سواء على حصة شائعة أو على جزء مفرز.

أولاً: فيما يتعلق بالرهن الصادر من جميع الشركاء، لا شك في أن الرهن صحيح نافذ في مواجهة الشركاء جميعها ما بقى الشيوع قائماً، فيكون للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على الشئ المرهون. أما عن مصير الرهن بعد القسمة فإنه إذا اختص كل شريك بنصيب في المال الشائع فإن كل شريك يظل متحماً للرهن في نصيبه وذلك وفقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن. أما إذا اختص

أحدهم بالمال المرهون فإن الرهن يبقى نافذاً على العقار كله طبقاً لنص المادة ١٠٣٩/١ مدنى وذلك لأننا نميل الى مد حكمها الى الرهن الحيازى ايضاً وذلك لأن الأثر الرجعى للقسمة وهو حكم مجازى، يجب الا يطبق الا فى حدود الغرض الذى أريد به تحقيقه وهو حماية كل شريك اختص بمقتضى القسمة بجزء مفرز مما يكون قد تقرر من حقوق على هذا الجزء من أحد الشركاء الآخرين أو بعضهم، فلا يكون هناك محل للبحث فى الأثر الرجعى للقسمة بالنسبة لتصرف صدر من جميع الشركاء.

ثانياً: فيما يتعلق بالرهن الصادر من أحد الشركاء، فقد يرد على حصة شائعة وقد يرد على جزء مفرز.

فإذا رهن الشريك حصة شائعة فإن رهنه صحيح. وقبل القسمة للدائن ان ينفذ بدينه على الحصة المرهونة. فإذا تمت القسمة قبل ان ينفذ الدائن بدينه فإذا اختص الشريك الراهن بجزء مفرز من الشئ تركز حق الدائن المرتهن فى هذا الجزء وإذا اختص بالشئ كله بقى الرهن قائماً فى حدود الحصة الشائعة، أما إذا اختص الراهن بشئ آخر. فإن الرهن ينتقل إلى ما يقع فى نصيب الراهن وذلك قياساً على المادة ١٠٣٩/٢ الخاصة بالرهن الرسمى وهذا هو الرأى الذى نرجحه.

إذا رهن الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع، فإن وقع فى نصيب الراهن جزء آخر انتقل حق الدائن المرتهن بمرتبته الى هذا الجزء. وللمرتهن اذا كان يجهل ان المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى ابطال التصرف على أساس الغلط (م ٨٢٦ / مدنى) وإن وقع فى نصيب الراهن اعيان اخرى طبق حكم المادة ١٠٣٩/٢ بطريق القياس. ونحيل فى هذا الى ما قلناه بالنسبة للرهن الرسمى.

الفصل الثاني

سريان الرهن في مواجهة الغير

١٥٢ - تقديم وتقسيم:

إذا كان المرهون شيئاً معيناً بالذات ومملوكاً للراهن فإن الرهن الحيازي ينشأ بين المتعاقدين بمجرد العقد (م ٢٠٤ مدنى). ولا يلزم لنشؤ الرهن أن تنتقل حيازة الشئ المرهون للدائن المرتهن. وفضلاً على ذلك فإن تسليم الشئ المرهون لم يعد ركناً فى عقد الرهن، كما كان الحال فى التقنين المدنى القديم الذى كان يعتبر الرهن الحيازي عقداً عينياً، وإنما هو فى القانون الحالى، تنفيذ لالتزام ناشئ من العقد.

أما بالنسبة للغير فإنه يلزم لنفاذ الرهن فى حقه أن تتوافر شروط معينة قصد منها ضمان علانية الرهن. ويقصد بالغير هنا نفس المعنى المقصود به فى الرهن الرسمى، وهو كل من يتأثر بحق الدائن المرتهن فى الافضلية والتتبع، كالدائنين الذين لهم تأمين عينى على المال المرهون، والدائنين العاديين. ومن انتقل اليه المال المرهون أو اكتسب عليه حقاً عينياً كانتفاع.

وهناك شرط مشترك يجب توافره لنفاذ الرهن الحيازي فى حق الغير أيا كان الشئ المرهون، وهذا الشرط هو انتقال حيازة الشئ إلى حيازة الدائن المرتهن أو أجنبى يرتضيه المتعاقدان. وبالإضافة إلى هذا الشرط يلزم توافر شروط أخرى تختلف باختلاف موضوع الرهن، هل هو عقار أو منقول ماذى أو دين. ولذلك سنقسم دراستنا لهذا الفصل الى مبحثين:

الأول: فى الشرط المشترك - الحيازة.

الثانى: الشروط الخاصة بأنواع الرهون المتعددة.

المبحث الأول

الشرط المشترك - الحيازة

يشترط لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير أن تنتقل الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتهن أو شخص ثالث يتفق عليه المتعاقدان. وانتقال الحيازة شرط عام في جميع أنواع الرهن الحيازي مهما كان محله، أى سواء كان عقاراً أو منقولاً، مادياً أو دينياً.

وقد نصت المادة ١١٠٩ مدنى على أنه:

١- «يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشئ المرهون فى يد الدائن أو الاجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان».

٢- «ويجوز ان يكون المرهون هنمائاً لعدة ديون».

ولذلك نجد من بين التزامات الراهن التزامه بتسليم الشئ المرهون الى الدائن أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان (م ١٠٩٩). كما أن المادة ١١١٠ قد اعطت للدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون فى مواجهة الناس كافة، واسترداد حيازته من الغير إذا خرج الشئ من يده دون ارادته أو دون علمه. ومع ذلك فإن المادة ١١١٥ أجازت، استثناءً من شرط انتقال الحيازة لنفاذ الرهن فى حق الغير، للدائن المرتهن أن يؤجر العقار الى الراهن نفسه ولكنه استبدل بشرط انتقال الحيازة شرطاً آخر هو شهر عقد الايجار.

وعلى ذلك فإننا سنعرض للحكمة من اشتراط انتقال الحيازة لنفاذ الرهن فى حق الغير، ثم لمن تنتقل حيازة الشئ المرهون، والشروط الواجب توافرها فى الحيازة وأخيراً الاستثناء الخاص برهن العقار.

١٥٣- (أولاً): الحكمة من شرط انتقال الحيازة:

هو أن انتقال حيازة الشئ المرهون إلى الدائن أو الغير هو الذى يمكن الدائن المرتهن من استغلال المال المرهون والحصول على غلته خصماً من حقوقه المضمونة بالرهن. وتبدو الحكمة من اشتراط نقل الحيازة فى المنقول

لنفاذ الرهن فى حق الغير هو أنها الوسيلة الوحيدة الممكنة لشهر الرهن واعلام الغير بوجوده، وذلك لأن بقاء الشئ فى يد الراهن من شأنه ان يخدع المتعاملين معه، حيث أنه ليس هناك أى وسيلة من شأنها اعلامهم بوجود الرهن. كما أن عدم نقل الحيازة الى الدائن المرتهن قد ييسر للراهن التصرف فى الشئ المرهون وتسليمه الى شخص حسن النية يستطيع ان يتمسك ضد الدائن المرتهن بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية، مما يؤدى هذا الى الاضرار بحقوق المرتهن او تعريضها للخطر.

أما بالنسبة للرهن الوارد على عقار، فنظراً الى أن الرهن، لا ينفذ فى حق الغير الا بالقيد،، فيبدو دور الحيازة باعتبارها وسيلة للشهر ضئيلاً ان لم يكون معدوماً، ولهذا فقد كان الأولى أن يكتفى المشرع بالقيد كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمى.

١٥٤- (ثانياً): لمن تنتقل الحيازة،

لا يلزم ان تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن نفسه، فيجوز ان تنتقل كما يظهر من نص المادتين ١٠٩٦، ١١٠٩ الى اجنبى يرتضيه الطرفان. وحيازة الشئ المرهون بواسطة اجنبى بالاضافة الى انها تمكن الدائن المرتهن من التخلص من التزامه بحفظ الشئ وادارته واستغلاله ورده، فهي تيسر رهن الشئ الواحد ضماناً لعدة ديون (م ١١٠٩ / ٢). وفى هذه الحالة يحوز الاجنبى الشئ المرهون بالنيابة عن الدائنين المرتهنين جميعاً ولحسابهم. ومع هذا فانه يجوز فى حالة رهن الشئ ضماناً لعدة ديون، أن يحوز أحد الدائنين الشئ لحسابه وبالنيابة عن سائر المرتهنين.

١٥٥- (ثالثاً): الشروط الواجب توافرها فى الحيازة،

قد رأينا ان الحيازة باعتبارها شرطاً لنفاذ الرهن فى حق الغير تعتبر وسيلة للشهر اذ بها يعلم الغير أن الشئ مرهون، أو فى الاقل يشك فى وجود الرهن فيعمل على التحقق من صفة الحائز. ولهذا يجب أن تتوافر فى هذه الحيازة عدة شروط حتى تكون صالحة لتحقيق هذا الهدف. فيجب ان تكون ظاهرة ومستمرة.

١ - يجب أن تكون الحيابة ظاهرة، أى واضحة للكافة. بحيث لا يخفى أمرها على أحد. ويتم انتقال الحيابة باستيلاء الدائن المرتهن أو الغير الذى يتفق عليه مادياً على الشئ المرهون. أما اذا كان الشئ المرهون موجود من قبل تحت يد الدائن المرتهن أو الغير ولكن بصفة أخرى، كما لو كان مستأجراً، فان الحيابة تتم فى هذه الحالة بتغيير صفته، أى بالاتفاق على بقاء الشئ تحت يده بصفته دائناً مرتهناً أو بصفته حائزاً لحساب الدائن المرتهن، ويستوفى الرهن شرط نفاذه فى حق الغير. لكن لا يجوز الاتفاق على أن يتم انتقال السند مع بقاء الشئ تحت يد الراهن نفسه، كأن يتفق أن يظل الشئ المرهون فى يد الراهن على سبيل الايجار أو الاعارة. وأن ينوب عن المرتهن فى الحيابة، فمثل هذا الاتفاق لا يؤدى إلى انتقال الحيابة، ولا يتحقق به نفاذ الرهن فى مواجهة الغير. ويستثنى من هذا ما سنذكره بشأن تأجير العقار المرهون للراهن فى الرهن العقارى.

على أن شرط ظهور الحيابة لا يستلزم ان يحوز الدائن أو الاجنبى الشئ ذاته حيابة مادية حقيقية، فتكفى الحيابة الرمزية اذا تحققت بها السيطرة الفعلية على الشئ بطريقة واضحة لا غموض فيها، سيطرة تحول دون الراهن وامكان الاستفادة من الشئ فى زيادة ائتمانه. فاذا كان الشئ مودعاً فى مخزن أو مرسلأ فى الطريق، فتكفى حيابة المرتهن أو الغير لسند الابداع أو الشحن الذى يكفل لحائزه تسلم الشئ ومثال ذلك (م ١٢٠/٢ ب، ٣/١٢٠ تجارى جديد)

ونظراً إلى أن الديون فى ذاتها تعتبر اشياء معنوية، فلا يمكن حيابتها الا عن طريق حيابة السندات المثبتة لها. وتكفى هذه الحيابة كشرط لنفاذ الرهن فى حق الغير.

٢ - والحيابة الظاهرة يجب أن تكون مستمرة، ويقصد بالاستمرار ألا يعود الشئ المرهون إلى يد الراهن. لكن ليس هناك ما يمنع الحائز، دائناً كان أو أجنبياً، من نقل الحيابة المادية الى غيره - عدا الراهن، وهذا لا يؤثر فى نفاذ الرهن فى حق الغير.

وذلك لأن رجوع الشيء المرهون الى يد الراهن يعتبر قرينة على انقضاء الرهن. ولكن هذه قرينة بسيطة يجوز للدائن ان يثبت عكسها. لكن اثبات العكس يجب الا يضر بحقوق الغير، فاذا كان الراهن قد باع الشيء في الفترة التي عادت فيها حيازته اليه، لاصلاحه مثلاً، فلا يكون الرهن نافذاً في حق المشتري، واذا كان أحد الدائنين العاديين قد شرع في التنفيذ على الشيء وهو في يد الراهن كان له أن يتجاهل وجود الرهن. وهذا ما نصت عليه المادة ١١٠٠ مدني.

١٥٦- (رابعاً): نفاذ الرهن العقاري بالرغم من تأجير العقار المرهون للراهن؛

وقد نصت المادة ١١١٥ مدني على أنه «يجوز للدائن المرتهن لعقار ان يؤجر العقار إلى الراهن دون ان يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير فاذا اتفق على الايجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد ذاته أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً اذا جدد الايجار تجديداً ضمناً، والحكمة من خروج المشرع على الأصل من أن الرهن العقاري لا ينفذ في حق الغير إلا إذا انتقلت الحيازة على الوجه السابق بيانه، هو أن مصلحة الراهن والمرتهن قد تقتضي إستغلال العقار بواسطة الراهن وخصوصاً عندما تكون ارضاً زراعية فلذلك قد أجاز المشرع تأجير العقار إلى الراهن نفسه واشترط بدلاً من انتقال الحيازة شهر الايجار. ويكون شهر الايجار عن طريق ذكره في قيد الرهن ذاته وذلك في حالة اذا ما اتفق على الايجار في عقد الرهن. وبالتأشير به على هامش القيد في حالة ما اذا اتفق عليه بعد الرهن، وبذلك يتحقق العلم للغير بأن العقار المرهون موجود في يد الراهن بصفته مستأجراً وأن هذا العقار لا يزال محملاً بالرهن.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة بأنواع الرهون المتعددة

١٥٧- تمهيد:

سبق ان رأينا أن الحيازة شرط مشترك لازم لتنفيذ الرهن في حق الغير ايا كان محله، مع ملاحظة الاستثناء الخاص بالرهن العقاري. وبالإضافة إلى انتقال الحيازة يلزم توافر شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون.

١٥٨- (أولاً): اشتراط القيد لسريان رهن العقار في حق الغير:

إذا كان الشيء المرهون عقاراً، فالشرط الإضافي إلى جانب انتقال الحيازة هو القيد، فقد نصت المادة ١١١٤ مدني على أنه «يشترط لتنفيذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن، وتسرى على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي».

والحكمة من اشتراط القيد بالإضافة إلى انتقال الحيازة، أن وجود العقار في يد الدائن المرتهن أو الاجنبي لا يكفي ليعلم الغير بحقيقة مركز العقار وأنه محمل بالرهن وذلك لامكانية حيازة الشخص لعقار مملوك لغيره لأسباب أخرى متعددة غير الرهن. كما أنه يمكن رهن العقار الواحد لضمان أكثر من دين فلا بد من إيجاد وسيلة لتحديد بها مراتب الدائنين عند تعددهم. ولهذه الأسباب قد اختار المشرع القيد لشهر الرهن الحيازي، كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية التبعية الأخرى التي ترد على عقار. وعلى ذلك فإن مرتبة الرهن تتحدد من وقت اجتماع الشرطين نقل الحيازة وإجراء القيد. ولا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا ابتداء من وقت القيد.

وقد أحال المشرع إلى الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي، ولذلك يكفي الرجوع إلى ما سبق دراسته في هذا الشأن. ومع ذلك يجب أن نأخذ في الاعتبار ان الرهن الحيازي عقد رضائي فلا يلزم ان يقدم إلى مكتب الشهر العقاري عند إجراء القيد عقد رسمي بل يكفي أن يقدم عقد الرهن عرفياً مصدقاً على الامضاءات فيه. كما أنه لا يلزم لمحو القيد برضاء الدائن

المرتهن أن يعبر الدائن عن رضاه بتقرير رسمي فيكفى أن يكون ذلك بتقرير عرقي مصدق فيه على الامضاء.

١٥٩- (ثانياً): اشتراط محرر ذي تاريخ ثابت متضمن تخصيص الدين والمرهون لتنفيذ رهن المنقول المادي في حق الغير:

إذا كان الشئ المرهون منقولاً مادياً، فلا يكفي لنفاذه في حق الغير انتقال الحيازة فقد نصت المادة ١١١٧ مدني على أنه «يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً. وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن.

وعلى ذلك فإن المشرع يشترط الى جانب انتقال حيازة المنقول أن يكون العقد مكتوباً والكتابة هنا ليست شرطاً لانعقاد عقد الرهن ولا لاثباته، وإنما شرط لنفاذه في حق الغير، ولهذا فهي لازمة أياً كانت قيمة الشئ المرهون أى ولو قلت قيمته عن خمسمائة جنيه^(١). ويجب أن تكون الورقة ثابتة التاريخ وهذا محض تطبيق للمادة ١٥ من قانون الاثبات^(٢). والحكمة من هذا الشرط هو الحيلولة دون تواطؤ المدين الراهن مع الدائن المرتهن للاضرار بالغير. كان يعتمد إلى تفضيل دائن على غيره بادعاء أنه مرتهن رغم أنه قد سلمه الشئ على سبيل الوديعة أو للعارية أو الايجار، أو أن يغير في بيانات الورقة بأن يقدم تاريخ الرهن أو يزيد في مقدار الدين المضمون أو يستبدل بالشئ المرهون شئ آخر.

وتتحدد مرتبة الرهن بالوقت الذي يجتمع فيه الشرطان: انتقال الحيازة والورقة الثابتة التاريخ. فإذا تأخر انتقال الحيازة عن التاريخ الثابت فتتحدد

(١) طبقاً لآخر تعديل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٩٩٩/٥/٧.

(٢) لا يشترط القانون التجارى لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون مكتوباً أو أن تكون الورقة التي يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ (م ١/١٢٢ تجارى جديد).

المرتبة من وقت انتقال الحيازة، وبالعكس اذا كانت الحيازة سابقة على التاريخ الثابت فتحدد المرتبة بوقت ثبوت التاريخ.

ويجب أن تتضمن الورقة البيانات اللازمة لتخصيص الرهن سواء من حيث الدين المضمون أو الشيء المرهون، فيجب ذكر مقدار الدين ومصدره وتاريخ نشوئه بحيث يمتنع الشك في ذاتيته، وإذا كان الدين غير المحدد المقدار وقت تحرير الورقة كما لو قدم الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار فيجب ذكر الحد الأقصى الذي ينتهي اليه الدين. كما يجب ذكر البيانات التي تكفي لتعيين ذاتية الشيء المرهون تعييناً نافياً للجهالة. وكفاية بيانات التخصيص متروك تقديرها لقاضي الموضوع - والمهم هو ألا يكون من شأن النقص في البيانات إتاحة فرصة التواطؤ بين الدائن المرتهن والراهن للاضرار بالغير.

١٦٠- (ثالثاً): نفاذ رهن الدين في مواجهة الغير:

لا يخضع رهن الدين في سريانه على الغير لحكم واحد، بل يجب أن تفرق بين رهن الديون العادية، ورهن الديون الثابتة في السندات الاسمية والسندات الاذنية والسندات لحاملها:

١- فبالنسبة للديون العادية، يجب لكي ينفذ الرهن في حق المدين بالدين أن يعلن أو أن يقبل الرهن وفقاً لما هو مقرر في المادة ٣٠٥ مدين بشأن نفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين (م ١١٢٣ / ١ مدنى). أما بالنسبة للغير فان رهن الدين لا ينفذ في حقه الا بتوافر شرطين:

الأول: حيازة المرتهن لسند الدين المرهون.

والثانى: أن يكون الرهن نافذاً في حق المدين باعلانه أو قبوله، وبشرط أن يكون للقبول تاريخ ثابت اذا نفذ الرهن في حقه عن طريق القبول (م ١١٢٣ / ٢ مدنى). فاذا نفذ حقه عن طريق الاعلان فان له تاريخاً ثابتاً اذ هو اعلان رسمى.

وتتحدد مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت لقبول المدين أو اعلانه، اذا كان الدائن المرتهن قد تسلم سند الدين المرهون قبل ذلك. أما اذا حصل تسليم السند في تاريخ لاحق للتاريخ الثابت لقبول أو الاعلان، كانت مرتبة الرهن من تاريخ التسليم، والأصل ان يفترض أن الحيابة قد تمت مع الاعلان أو القبول أو قبله، وعلى من يدعى العكس اثبات ذلك.

٢- أما بالنسبة للسندات الاسمية والسندات الاذنية، فقد نصت المادة ١١٢٤ مدنى على أن «السندات الاسمية والسندات الاذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن، ويتم الرهن دون حاجة الى اعلان». وعلى ذلك فان السندات الاسمية ترهن بمقتضى تنازل يذكر فيه أنه على وجه الضمان يؤشر به على الصك نفسه ويقيّد فى سجلات المؤسسة التى أصدرت السندات وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن من تاريخ ذلك القيد. أما السندات الاذنية فترهن بتظهير يذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان، فإذا تم هذا فيصبح الرهن نافذاً فى حق الغير بشرط انتقال حيازة السند نفسه دون حاجة إلى اعلان^(١).

٣- بالنسبة للسندات لحاملها، فهى تعامل معاملة المنقولات المادية، وقد نصت على ذلك المادة ١١١٨ مدنى، وعلى ذلك لا ينفذ رهن السندات لحاملها فى حق الغير الا اذا دون الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المال المرهون والحق المضمون بياناً كافياً وذلك بالاضافة إلى نقل حيازة هذه السندات الى الدائن المرتهن.

الفصل الثالث

آثار الرهن الحيازي

ونتكلم عن آثار الرهن الحيازي سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

المبحث الأول

آثار الرهن الحيازي بين المتعاقدين

عقد الرهن الحيازي، على خلاف الرهن الرسمي، من العقود الملزمة لجانبين فيلتزم كل من طرفيه الراهن والمرتهن بالتزامات في مواجهة الآخر. ولا يترتب على الرهن حرمان الراهن من ملكيته للشيء المرهون، فيبقى متمتعاً بمزايا الملكية إلا ما يتعارض منها مع حقوق المرتهن. كما أن المرتهن يكسب بمقتضى العقد حقاً عينياً على الشيء يخوله سلطات معينة. ولذلك سنعرض للتزامات وحقوق كل من الراهن والمرتهن على التوالي.

المطلب الأول

آثار الرهن بالنسبة للراهن

سنتكلم أولاً عن التزامات الراهن ثم نعرض بعد ذلك لما له من حقوق.

أولاً: التزامات الراهن

يلتزم الراهن بمقتضى عقد الرهن بأن يعطى حق الرهن، وأن يسلم المال المرهون إلى المرتهن، ويضمن سلامة الرهن ونفاذه، ويضمن هلاك المرهون أو تلفه.

١-١-١) التزام الراهن بإعطاء الرهن :

ينشئ عقد الرهن بمجرد انعقاده حق الرهن فيما بين عاقيه، وذلك متى كان الشيء المرهون شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للراهن (م ٢٠٤ مدني) ولا يبقى بعد ذلك إلا إتخاذ الإجراءات اللازمة لنفاذه في حق الغير.

فإذا لم يكن الشيء المرهون معيناً بالذات، نشأ في جانب الراهن التزام باعطاء الرهن، ويتحصل هذا الالتزام في القيام بكل ما هو ضروري لنشوء حق الرهن. فإذا كان المرهون أشياء مثلية معينة بالنوع فقط التزم الراهن بافرازها، وإلا كان مخلاً بالتزامه، فيسقط الأجل على أساس عدم تقديم التأمينات الموعود بها ويلتزم بالتعويض أن كان له محل.

١٦٢- (٢) التزام الراهن بتسليم المال المرهون :

لم يعد التسليم ركن في عقد الرهن الحيازي في القانون المدني، فقد أصبح التسليم التزام على الراهن كما يظهر من تعريف عقد الرهن (م ١٠٩٦ مدني) كما أن المشرع قد عرض لهذا الالتزام في المادة ١٠٩٩ فنص على أنه:

١- «على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه».

٢- «ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع».

ويلعب التسليم في عقد الرهن الحيازي دوراً هاماً، إذ به تتحقق حياة الدائن المرتهن للشيء المرهون وهي شرط لازم لانفاذ العقد في حق الغير، كما أنه يمكن المرتهن من استغلال الشيء وخصم الغلة مما يستحقه في ذمة المدين. ويكون التسليم للمرتهن أو لشخص أجنبي إذا اتفق المتعاقدان على هذا، ويطلق على هذا الأجنبي اصطلاح (العدل).

وبمقتضى الإحالة إلى أحكام التسليم في البيع، ومع مراعاة الغرض من التسليم في الرهن، تسرى الأحكام الآتية :

١- فيما يتعلق بمحل التسليم، يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون وملحقاته بالحالة التي كانت عليها وقت الرهن (م ٤٣١، ٤٣٢ مدني).

٢- وفيما يتعلق بوقت التسليم ومكانه، يكون التسليم في الوقت والمكان

المتفق عليه، (م ٤٦٣)، فإذا لم يوجد اتفاق فيكون التسليم واجباً فور التعاقد وفي مكان وجود الشيء إن كان معيناً بالذات وفي موطن الراهن وقت الوفاء إن كان معيناً بالنوع (م ٣٤٦، ٣٤٧ مدنى).

٣- فيما يتعلق بكيفية التسليم، فيكون بوضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن أو الأجنبي بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً، ما دام الراهن قد أعلمه بذلك (م ٤٣٥ مدنى). وهذا هو التسليم القانونى الذى يبرئ ذمة الراهن من التزامه لكن يجب ملاحظة أن عدم استيلاء الدائن أو الأجنبي على الشيء استيلاءً مادياً يحول دون تحقق شرط الحيازة اللازم لنفاذ الرهن فى حق الغير.

والقاعدة أن التسليم يحصل على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشيء (م ٤٣٥)، فإذا كان الشيء مادياً فلا صعوبة إذا تم التسليم بنقل حيازته فعلاً. أما بالنسبة للتسليم الحكمى وهو الذى يتم بمجرد التراضى دون نقل الحيازة المادية، فيجب أن نفرق بين صورتين:

الأولى، إذا بقى الشيء فى يد الراهن ولكن بسند آخر كالإيجار أو العارية فالأصل أن هذا لا يبرئ ذمة الراهن ويحق للدائن المرتهن أن يطلب التسليم الفعلى حتى يجعل الرهن نافذاً فى حق الغير. ويستثنى من هذا الأصل حالة ما إذا كان المرهون عقاراً واستبقى الراهن حيازته على سبيل الإيجار بشرط شهر الإيجار كما رأينا من قبل.

والثانية: هى أن يكون الشيء من قبل فى حيازة الدائن المرتهن (أو شخص أجنبى)، لسبب آخر كالإيجار أو العارية ويتفق على أن تبقى له الحيازة ولكن على سبيل الرهن، وهنا يكفى هذا التسليم لبراءة ذمة الراهن ونفاذ الرهن فى حق الغير.

وإن كان المرهون ديناً فيكون التسليم بنقل حيازة السند المثبت لهذا الدين.

فإذا أخل الراهن بالتزامه بالتسليم أمكن جبره على التنفيذ إن كان ممكناً وفقاً للقواعد العامة، فإذا تعذر التنفيذ العيني أمكن فسخ العقد والتمسك بسقوط أجل الدين المضمون بالرهن مع التعويض إن كان له مقتضى^(١).

١٦٣- (٢) الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه :

تنص المادة ١١٠١ مدنى على أنه «يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتى عملاً 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».

وعلى ذلك فبمقتضى هذا الالتزام يجب على الراهن أن يقوم بما يلزم من جانبه لجعل الرهن نافذاً فى حق الغير، كالقيام بتقديم المستندات اللازمة لإجراء القيد والتصديق على توقيعه إن كان الشيء المرهون عقاراً، وكذلك تحرير عقد رهن المنقول كتابة على الوجه اللازم لنفاذه فى حق الغير، وما إلى ذلك من إجراءات وشروط لازمة لنفاذ الرهن وذلك بحسب طبيعة الشيء المرهون كما سبق أن رأينا.

كما يلزم الراهن بالامتناع عن كل عمل ماذى أو قانونى يمس سلامة الرهن أو نفاذه فعليه أن يحافظ على الشيء إلى أن يتم تسليمه ليبقى على الحالة التى كان عليها وقت العقد، وعليه أن يمتنع على اتلافه ولو تم التسليم، وعليه أن يمتنع عن التصرف فى الشيء للغير تصرفاً يضر بالدائن المرتهن، مثل التصرف فى المنقول المرهون إلى شخص حسن النية قبل التسليم بالبيع أو الرهن مثلاً وتمكين المتصرف إليه من حيازة الشيء المرهون إذ يترتب عن ذلك تفضيل المتصرف إليه على المرتهن.

وقد واجه المشرع الإخلال بهذا الإلتزام بطريقتين، الأولى أن زود الدائن

(١) أنظر فى مزيد من تفصيل هذه الاحكام، نبيل سعد، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية مزينة ومنقحة ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة، ص ٢٣٠، ما بعدها.

المرتهن بوسائل عاجلة للمحافظة على الشيء المرهون، والثانية أن قرر بعض الجزاءات القانونية:

يستطيع الدائن المرتهن إذا صدر من الراهن عمل يمس سلامة الرهن أن يتخذ بعض الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون، ويكون ذلك على نفقة انراهن، وقد سبق أن رأينا ذلك أيضاً بصدد الرهن الرسمي (م ١٠٤٧ مدنى). وتظهر أهمية هذه الوسائل فى الحالة التى لا يكون الدائن قد تسلم فيها الشيء المرهون بعد، كأن يقطع الدائن التقادم المكسب السارى لمصلحة الغير الذى يحوزه. وذلك قبل أن يتسلم الشيء. وأيضاً فى حالة ما إذا وقع تعرض من جانب الراهن وذلك بعد أن تسلم الدائن الشيء المرهون، كأن يشرع الراهن فى إقامة حائط على أرض مجاورة يودى إلى الاعتداء على حق ارتفاق مقرر للعقار المرهون، فللدائن أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة.

فإذا أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن ونفاذه، كما إذا تلقت العين أو خربت أو استحققت للغير، جاز للدائن أن يطلب فسخ الرهن: وعندئذ يسقط أجل الدين ويصبح واجب الأداء فوراً، كما يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، عن طريق تقديم تأمين تكملى يعادل ما نقص من قيمة الشيء المرهون أو بدفع مقابل ما نقص من الرهن على أن يخصم هذا المبلغ من القوائد وأصل الدين.

١٦٤- (٤) الالتزام بضمان هلاك الشيء المرهون أو قلته :

وقد نصت المادة ١١٠٢ على أنه :

١- «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة».

٢- «وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق».

ونحيل إلى ما سبق أن قلناه فى هذا الشأن بصدد الرهن الرسمي.

ثالثاً: حقوق الراهن على الشيء

لا يترتب على المرهون انتقال ملكية المرهون من الراهن إلى المرتهن، بل نقل له الملكية وذلك مع بعض القيود، كما تبقى للراهن حيازة حق الملكية. وعلى ذلك فلتكلم عن هاتين النقطتين:

١٢٥- (١) ملكية الراهن للمال المرهون.

إن ملكية المرهون تنقل للراهن، فيجوز أن يباشر من سلطات المالك ما لا يتعارض مع حقوق الدائن المرتهن. فيجوز له أن يتصرف في المال المرهون تصرفاً قانونياً بنقل ملكية الشيء المرهون أو ترتيب حق عيني عليه، ما دلم للتصرف لا يضر بحق الدائن المرتهن، بأن يكون بعد نفاذ الرهن في مواجهة الغير، وعلى ذلك فله أن يرهنه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً آخر تالياً في المرتبة للرهن الأول.

ومن تطبيقات حق الراهن في التصرف في الشيء المرهون تصرفاً لا يضر بالدائن المرتهن، ما نصت عليه المادة ١١٢٠ مدني بخصوص رهن المنقول، من أنه «يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن».

أما بالنسبة للتصرفات المادية فيمتنع على الراهن القيام بها إذا كانت تؤدي إلى المساس بسلامة الشيء المرهون، فإذا لم يكن من شأنها المساس به فللراهن أن يقوم بها، وإذا اعترض عليها الدائن المرتهن فيكون للقضاء سلطة الفصل فيما إذا كان من شأن ما يرغب الراهن في القيام به المساس بسلامة الرهن أم لا.

أما سلطة الاستعمال والاستغلال، فسرى أن الدائن المرتهن هو الذي يباشرهما على أن يخصم الغلة من مستحقاته.

وكما تبقى الملكية للراهن، تبقى له حيازة حق الملكية بالرغم من وجود الشيء فى يد المرتهن أو فى يد الأجنبى الذى يتفق عليه، لأن المرتهن أو الغير يحوز حق الرهن فقط، وتعتبر حيازته بالنسبة للملكية حيازة عارضة. ويترتب على ذلك أنه لا يمكن أن يكتسب ملكية الشيء المرهون بالتقادم مهما طاللت مدة حيازته، إلا إذا غير سبب هذه الحيازة بما يعتبر معارضة لحق المالك وفقاً لنص المادة ٩٧٢. وكذلك إذا كان الراهن غير مالك ويحوز الشيء المرهون، وتوافرت شروط كسب الملكية بالتقادم، تم التقادم لمصلحته لا لمصلحة الدائن المرتهن.

المطلب الثانى

التزامات المرتهن وحقوقه

وقد سبق أن بينا أن عقد الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين، وقد ترتب على ذلك أن التزامات وحقوق الدائن المرتهن فى الرهن الحيازى أوسع منها فى الرهن الرسمى. والسبب الرئيسى فى اتساع نطاق حقوق والتزامات الدائن المرتهن فى الرهن الحيازى هو ما يستلزمه هذا الرهن من نقل للحيازة، وبالتالي فإنه ينشأ على عاقته التزام بالمحافظة على المرهون وضمانه، والتزام بإدارة هذا الشيء واستثماره، وفى النهاية التزام برد هذا الشيء بعد أن يستوفى كامل حقه. وفى الجانب المقابل فإن للدائن المرتهن حق فى التنفيذ على الشيء المرهون لاستيفاء حقه، كما أننا سوف نعرض عند الكلام عن التزاماته ما للدائن المرتهن من حق فى خصم الغلة مما يستحقه.

أولاً: التزامات المرتهن

قد سبق أن رأينا ما يقع على عائق الدائن المرتهن من التزامات، ومدى ارتباطها بحيازة الشيء المرهون. وعلى ذلك فإذا اتفق على أن يكون التسليم لأجنبى يتفق عليه المتعاقدان، فهذه الالتزامات لا تكون على الدائن المرتهن بل على الأجنبى إذا ما تسلم الشيء.

ونظراً إلى أن الدائن المرتهن إذ يتسلم الشيء المرهون لا يعمل لمصلحة الراهن فقط وإنما لمصلحته أيضاً، فيجب أن يبذل في تنفيذ التزاماته عناية الرجل المعتاد. أما إذا كان تسليم الشيء المرهون لأجنبي، فإن كان مأجوراً فيجب عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد، أما إذا لم يتقاضى أجراً فلا يلتزم إلا بما يلتزم به الوكيل غير المأجور فيكون عليه أن يبذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف بأزيد من عناية الرجل المعتاد.

وقد نظم المشرع التزامات الدائن المرتهن على أساس الفرض العادي حيث يكون هو الذي تسلم الشيء المرهون، وسنعرض لهذه الالتزامات على هذا الأساس على أن يكون مفهوماً أن الذي يلتزم بها عندما يكون الشيء في يد أجنبي هو ذلك الأجنبي.

١٦٧- (أ) الالتزام بحفظ الشيء وصيانته :

تنص المادة ١١٠٣ على أنه «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يذله فيه».

وعلى ذلك فإن المشرع قد طبق الأصل العام الوارد في المادة ٢١١ مدني والذي يقضي بأن كل من يلتزم بحفظ شيء عليه أن يبذل في تنفيذ التزامه من العناية ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود. وعلى ذلك فإن التزام الدائن المرتهن هو التزام يبذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، فيكفي أن يبذل الدائن المرتهن في حفظ الشيء وصيانته ما يبذل الشخص المعتاد لا ما يبذله من عناية في شأن أمواله الخاصة. وعلى ذلك فإن المعيار هنا معيار موضوعي لا شخصي. وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع وذلك لأن مضمون هذا الالتزام يختلف باختلاف الأحوال، بحسب ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً مادياً أو معنوياً، وأيضاً يختلف باختلاف الظروف، وعلى ذلك فإذا كانت العين عند استحقاق ردها وجدت

بحالة تختلف عن الحالة التي يجب ردها عليها فإن الراهن يثبت أن المرتهن لم يبذل في حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد حتى تتحقق مسؤوليته عن الاخلال بالتزامه بالمحافظة والصيانة. أما إذ عجز أصلاً عن رد الشيء المرهون وذلك لهلاكه أو تلفه لدرجة لا تسمح له برده فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك ويلزم الدائن المرتهن بالتعويض ما لم يثبت أن هذا الهلاك أو التلف راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه^(١).

ويدخل في مضمون الالتزام بالحفظ واجب الدائن المرتهن في المبادرة باخطار الراهن بما يهدد الشيء المرهون بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة وواجبه في ألا يتصرف في الشيء المرهون. مقتضى التزام الدائن المرتهن بحفظ الشيء، أنه يجب عليه أن يدفع النفقات اللازمة للحفظ والصيانة على أن يرجع بها على الراهن. وإذا كانت نفقات الحفظ والصيانة مما لا يستطيع الدائن المرتهن القيام بها فإنه يجوز له أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلص عن حق الرهن (م ٢/١١١٦) وإن كانت خاصة بالرهن العقاري فإنه يجب تعميم حكمها ليسرى على كل صور الرهن).

وقد جاء المشرع بتطبيقات خاصة لالتزام الدائن بالحفظ والصيانة. فنجد بصدد الرهن العقاري قد أورد نص المادة ١/١١١٦ والذي يقضى بأن «على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهدا لعقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه. وأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف، على أن يستنزل من الثمار التي يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفي هذه القيمة من ثمن العقار في المرتبة التي يخولها له القانون، والتزام المرتهن بدفع الضرائب والتكاليف ليس إلا تطبيقاً لالتزامه بالحفظ، ولهذا يلتزم به مرتهن المنقول.

كما أن المشرع قد طبق هذا أيضاً بالنسبة لرهن الدين فنص في المادة

(١) أنظر في تفسير هذا النص سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨٨، ص ٤٤٥ وبصفة خاصة ص ٤٤٧.

٢/١١٢٦ مدنى على أنه «ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن، كان عليه أن يقتضيه فى الزمان والمكان المعينين للاستيفاء، وأن يبادر باخطار الراهن بذلك» .

وتطبيقاً لهذا الالتزام يجب على الدائن المرتهن، كما تقول ائمذكرة الإيضاحية، أن يقطع التقادم، وأن يقيد الرهن الذى يضمن الدين المرهون وأن يجدد القيد .

١٦٨- (ب) الالتزام بإدارة الشيء واستثماره :

وسنرى على التوالى كلاً من التزامه بإدارة الشيء، والتزامه باستثماره .

١٦٩- (١) التزام المرتهن بإدارة الشيء المرهون :

وقد نصت المادة ١١٠٦ مدنى على أنه :

١ - «يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد. وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن. ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله» .

لا يقتصر واجب الدائن المرتهن على حفظ الشيء وصيانته، بل يجب عليه أن يتولى إدارته بعناية الرجل المعتاد. وإدارة الشيء يجب أن تكون بما يلائم طبيعته والغرض الذى أعد له . فإذا كان المرهون مبنى، فتكون الإدارة بسكناء أو تأجيريه للسكنى، وإذا كان أرضاً زراعية فتكون الإدارة بزراعتها اما بواسطة المرتهن نفسه أو بواسطة من يؤجرها له . ويجب أن تكون الإدارة بعناية الرجل المعتاد، فلا يجوز للمرتهن أن يخرج على أعمال الإدارة المعتادة بتغيير تخصيص الشيء المرهون، إلا برضاء الراهن . فليس له أن يحول المنزل المرهون إلى فندق، ولا الحديقة إلى أرض زراعية . وعليه أيضاً أن يقوم باخطار الراهن بكل أمر يستوجب تدخله .

وإذا كانت إدارة الشيء التزاماً على الدائن لمصلحة الراهن، فهي تحقق

فى الوقت نفسه مصلحة المرتهن إذ يحصل على الغلة خصماً من مستحقاته .
ولذلك ليس له أن يتقاضى أجراً عن الإدارة إلا إذا اتفق على ذلك .

فإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه ، فلم يبذل فى إدارة الشئ عناية
الرجل المعتاد كان للراهن أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة ،
بالإضافة إلى ذلك عرض المشرع لبعض صور الإخلال بالالتزام المقرر .
وللجزاء الخاصة بذلك فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ مدنى
على أنه (إذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشئ إدارة سيئة أو
ارتكب فى ذلك اهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشئ
تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه وفى الحالة الأخيرة إذا كان
المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فوائد ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون
للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى
عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين) وعلى ذلك فإذا أساء الدائن
المرتهن استعمال حق الإدارة أو أدار الشئ إدارة سيئة ، أو ارتكب فى ذلك
اهمالاً جسيماً فإن للراهن الخيار بين أمرين : الأول : أن يطلب من القضاء
وضع الشئ تحت الحراسة ليتولى الحارس الذى يعينه القاضى إدارة الشئ .
الثانى : أن يطلب استرداد الشئ مقابل دفع ما عليه من دين سواء كان
الأجل قد حل أم لا . وفى حالة عدم حلول الأجل فإنه يجب أن نفرق فيما
يتعلق بما يجب دفعه ، بين ما إذا كان الدين بفائدة أم لا ، فإذا كان منتجاً لها
فيجب على الراهن أن يدفع ما بقى عليه من أصل الدين والفوائد عن المدة
حتى تاريخ الدفع ، وإذا لم يكن منتجاً لفوائد ، فالمشرع يفترض أن الفائدة
متضمنة فى أصل الدين فيجب أن يخصم من الباقى من أصل الدين الذى
يلتزم الراهن برده قيمة الفائدة بالسعر القانونى عن المدة الباقية ، أى عن
المدة ما بين الوفاء واليوم الذى كان محدداً لحلول أجل الدين وذلك كتعويض
للراهن عن الوفاء قبل حلول الأجل أى عن حرمانه من الأجل المعين أصلاً
للوفاء .

١٧٠- (٢) التزام المرتهن باستثمار الشيء المرهون :

ان واجب الدائن المرتهن فى إدارة الشيء المرهون بعناية الرجل المعتاد يقتضى، إذا كان الشيء مضمراً، أن يقوم باستثماره بنفسه عن طريق استعماله أو بواسطة الغير عن طريق تأجيريه. وقد نصت المادة ١١٠٤ على أنه :

١- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل.

٢- وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك.

٣- وما حصل عليه الدائن من صافى الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين،^(١).

وعلى ذلك فإن على الدائن استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً، ما لم يتفق على غير ذلك. فالاستثمار ليس مجرد حق للمرتهن بل هو واجب عليه، فإن ترك الشيء بدون استثمار أو لم يستثمره استثماراً كاملاً كان مسئولاً عن تقصيره. والمرتهن يستثمر الشيء فيما أعد له، والمعيار الذى يحدد مسئوليته عن الاستثمار هو معيار الرجل المعتاد. وما دام الاستثمار يتعلق بمصالح الطرفين، فليس هناك ما يمنع من اتفاقهما على ترك الشيء دون استثمار.

وما يحصل عليه الدائن المرتهن من ربح يكون للراهن باعتباره مالك الشيء، ولهذا فإذا استعمل الدائن المرتهن الشيء بنفسه فهو يستعمله بالمقابل الذى يقدر بواسطة أهل الخبرة عند الخلاف وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام فإذا اتفق على أن يكون استعماله دون مقابل كان الاتفاق باطلاً. والحكمة من ذلك هو الحيلولة دون حصول الدائن المرتهن على فوائد ربوية فى صورة انتفاع بالشيء بدون مقابل.

(١) قارن نص المادة ١٢٥ تجارى جديد.

وإذا كان صافي الربح الذي يحصل عليه الدائن المرتهن من استغلال الشيء أو مقابل استعمال الدائن له حقاً للراهن، فللمرتهن أن يخصمه مما يستحقه ولو لم يحل الأجل، وفي هذا يخرج المشرع على القاعدة العامة في المقاصة حيث لا يتحقق إلا إذا كان الدينان مستحقى الأداء (م ٣٦٢ مدنى)، ويكون الخصم وفقاً لترتيب معين، فتخصم (أولاً) مصروفات حفظ الشيء وإصلاحه (ثانياً) المصروفات الأخرى التى أدخلها المشرع فيما يضمنه الرهن بمقتضى المادة ١١١١ مدنى وهى مصروفات العقد الذى أنشأ الدين المضمون بالرهن ومصروفات عقد الرهن وقيده إذا كان الرهن عقارياً والمصروفات التى اقتضاها تنفيذ عقد الرهن كمصروفات نقل الحيازة (ثالثاً) الفوائد التى تسرى على أصل الدين، سواء كانت اتفاقية أو قانونية على الوجه الذى سنبينه (رابعاً) ويخصم أخيراً ما يتبقى من أصل الدين. ويقضى هذا الخصم إلزام الدائن المرتهن بتقديم حساب مفصل للراهن حتى يستطيع هذا الأخير أن يتبين ما إذا كان الخصم على أساس سليم أم لا وأن المبلغ المذكور فى خاتمة الحساب يعبر تعبيراً صحيحاً عن حقيقة صافى الربح. وإذا كان الشيء المرهون فى يد أجنبى اتفق عليه المتعاقدان وقت الرهن، أو فى يد حارس عينته المحكمة وفقاً لنص المادة ١١٠٦، فيكون على هذا الشخص أن يسلم للدائن المرتهن صافى الربح خصماً مما يستحقه على النحر السابق.

١٧١- المقاصة بين غلة المرهون والفوائد :

سبق أن رأينا أن للدائن المرتهن أن يخصم صافى الربح أو مقابل استعماله للشيء المرهون من الفوائد بعد المصروفات بنوعيتها. ولكن كيف يتم خصم هذه الفوائد؟ فإن الأمر لا يخرج عن فروض ثلاثة :

الأول: إذا اتفق الطرفان على فوائد الدين المضمون بسعر معين، صح هذا الاتفاق فى حدود الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية أى ٧ ٪، ويكون للدائن أن يحصل على هذه الفوائد خصماً من الغلة بعد خصم المصروفات بنوعيتها.

الثاني، إذا اتفق الطرفان على أن تكون غلة الشيء المرهون كلها أو بعضها للدائن المرتهن في مقابل الفوائد. فإن هذا الاتفاق جائز في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية أي ٧٪ (م ١١٠٥/١) وعلى ذلك فإذا كانت الغلة المتفق على منحها للدائن تساوي الفائدة بسعر ٧٪ فتكون كلها للدائن، وإذا كانت أقل فتكون أيضاً للدائن وليس له أن يطلب أكثر منها. وإذا كانت الغلة أكثر من ذلك فلا يكون للدائن منها إلا ما يساوي الفائدة على أساس ٧٪، وتكون الزيادة للراهن على أن يخصمها الدائن المرتهن مما هو مستحق له من مصروفات وأصل الدين. والمقصود بالغلة هو صافي الغلة أي بعد خصم مصاريف الإدارة ونفقات الإنتاج. والحكمة من هذا التحديد هو الحيلولة دون أن يأخذ الدائن المرتهن فوائد ربوية عن طريق الاتفاق دون تحديد لسعر فائدة وجعلها مقابل الغلة كلها أو بعضها.

الثالث، إذا لم يتفق الطرفان على سعر الفائدة ولا على جعل الغلة للدائن في مقابل الفائدة، وكان الشيء المرهون ينتج ثماراً وإيراداً، فيحسب للدائن الفوائد على أساس السعر القانوني (٤٪ في المواد المعدنية و ٥٪ في المسائل التجارية) على ألا يتجاوز قيمة الثمار (م ١١٠٥/٢ مدني) فإذا كانت قيمة الغلة أقل من الفائدة القانونية فلا يلزم المدين بتكملة الفائدة. وذلك على أساس أن سكوت الدائن عن تحديد سعر فائدة في هذه الحالة يعد بمثابة رضاء منه بالاكْتفاء بالغلة مقابل الفوائد. والفائدة عند السكوت تحسب على أساس السعر القانوني دون أن تتجاوز قيمة الثمار. ولكن كيف يتم خصم الفوائد من الغلة في هذا الفرض، يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان اتفق الأطراف في هذا الفرض على أجل لحلول الدين فإن للدائن أن يطالب المدين عند حلول الأجل بجميع ما يتبقى له من دين بعد خصم صافي الغلة على الترتيب السابق.

الحالة الثانية: إذا لم يتفق الأطراف على أجل لحلول الدين، وعندئذ تحسب الفوائد كما قدمنا، فإذا بقي شيء من الثمار خصم من أصل الدين،

ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين، إلا عن طريق استنزاله من فائض الثمار - ولكن هذا لا يمنع المدين الراهن من أن يدفع ما بقى من أصل الدين فى أى وقت أراد ويسترد العين المرهونة. وإذا فرض أن الثمار لا يبقى منها شيء لسداد أى جزء من أصل الدين فإن أصل الدين يبقى دون أن يسدد منه شيء حتى يتفق الطرفان على تسديده، فإن لم يتفقا، اعتبر الدين غير محدد الأجل، فيحدد القاضى أجلاً لحلوله مراعيًا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضياً من المدين عناية الرجل الحريص على الرفاء بالتزامه^(١) ويستطيع المدين أن يوفى بالدين فى أى وقت يشاء، متى استطاع ذلك، فيسترد العين المرهونة.

١٧٢- الاستثمار والخصم فى حالة رهن الديون :

للمرتهن للدين أن يقبض غلة الدين المرهون، فيستولى على الفوائد التى تحل بعد الرهن، وعلى كل الاستحقاقات الدورية التى ينتجها، على أن يخصم كل ذلك من المصاريف ثم الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن (م ١/١١٢٦ مدنى) وهذا تطبيق للقواعد العامة.

فإذا حل أجل للدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلى المرتهن والراهن معاً. ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه، وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونوا على استغلال ما أداه المدين، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن. مع المبادأة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن، (م ١١٢٨).

وعلى ذلك فإذا اتفق الراهن والمرتهن على قبض الدين المرهون، وهما أصحاب المصلحة فيه، فليس للمدين أن يمتنع عن الوفاء لهما. فإذا لم يتفقا على القبض فقد يتفقا على طريقة استغلال ما يوفيه المدين أو على تصفية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٢٠.

مركز كل منهما بصفة عامة . أما إذا لم يتفقا على شيء من ذلك، فإن المدين يودع ما عليه باسمهما معاً وذلك حتى تبرأ ذمته، بل يكون لكل منهما أن يلزمه بالإيداع . فإذا تم الإيداع انتقل حق الدائن المرتهن إلى ما تم إيداعه تطبيقاً لفكرة الحلول العينية . وفي هذه الحالة قد يتفق الدائن والراهن على طريقة الاستغلال بشرط ألا يضر بالدائن المرتهن . فإذا لم يتفقا فإن القاضى يفصل بينهما طبقاً لنص المادة ١١٢٨/٢ مدنى .

إذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون، فللمرتهن إذا لم يكن قد تقاضى حقه أن يتولى قبض الدين، أو أن يبيعه، أو أن يملكه وفقاً للمادة ١١٢١/٢ مدنى (م ١١٢٩ مدنى) (١) .

١٧٣- صفة الدائن المرتهن في استثمار المرهون :

إذا كان الدائن المرتهن ملتزم بإدارة الشيء المرهون واستثماره فما هي صفته في إدارة الشيء واستثماره، هل يعتبر نائباً عن الراهن أم أصيلاً عن نفسه ؟ .

بعض الفقهاء يرى أن الدائن يعتبر نائباً عن الراهن، وذلك لأن عقد الرهن يتضمن توكيلاً من الراهن إلى المرتهن بالإدارة والاستغلال وقبض الربح، وعليه أن يقدم للراهن حساباً مفصلاً عن ذلك، (٢) وحاول البعض تفادى الانتقادات التى يمكن أن توجه إلى فكرة الوكالة، فقال بفكرة النيابة القانونية (٣) .

ويذهب الفقه الغالب إلى أن الدائن المرتهن يقوم بالاستثمار أصيلاً عن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٨٠ .

(٢) شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ١٣٩، انظر أيضاً نقض ١٧ فبراير ١٩٣٨، مجموعة محمود عمر، ج ٢ ص ٢٩١، ١٣ نوفمبر ١٩٥٠، مجموعة محكمة النقض، السنة الثانية، رقم ١٨ ص ٩٣ .

(٣) سليمان مرقص، المرجع السابق، رقم ٢٩١ ص ٤٥٣ .

نفسه بمقتضى سلطة يخولها إياه حقه العيني^(١). وقد انتقد بعض الفقهاء الرأى الأول على أساس أن القول بالوكالة يفترض انصراف نية الطرفين إليها ولما تتحقق هذه النية، كما أن القول بفكرة النيابة تتعارض مع نص المادة ١١١٥ مدنى والتي تجيز تأجير العقار المرهون إلى الراهن نفسه إذا كيف يعتبر الراهن مؤجراً ومستأجراً فى الوقت نفسه، كما أن النيابة لا تفيد فى تحديد مركز الدائن المرتهن عندما يستغل الشيء المرهون بنفسه لأن المسلم به أن النيابة تكون فى التصرفات القانونية وقيام الدائن المرتهن بالاستغلال بنفسه يعتبر عملاً مادياً^(٢).

وتظهر أهمية الخلاف بين الرايين من الناحية العملية فى بيان حكم الإيجار الذى يعقده الدائن المرتهن أثناء الرهن ومدى الاحتجاج به فى حق الراهن إذا ما انقضى الرهن قبل انقضاء مدة الإيجار. الرأى الأول ذهب إلى تطبيق نص المادة ٥٥٩ ومقتضى هذا النص أن الإيجار الذى يزيد عن ثلاث سنوات لا ينفذ فى حق الراهن بعد انقضاء الرهن، أما إذا كانت مدة الإيجار لا تجاوز ثلاث سنوات نفذ بكامل مدته حتى بعد انقضاء الرهن. بعض الفقهاء من الرأى الثانى والقائل بأن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه فى الاستثمار ذهب إلى تشبيه الإيجار للصادر منه بالإيجار الصادر من صاحب حق الانتفاع وطبقاً لنص المادة ٥٦٠ مدنى ينقضى الإيجار إذا انقضى حق الانتفاع ما لم يقره مالك الرقبة، وعلى ذلك فإن الإيجار الذى يعقده المرتهن ينقضى بانقضاء الرهن أياً كانت مدته ما لم يقره الراهن^(٣).

ومع ذلك فنحن نؤيد الرأى القائل أن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه فيما يقوم به من أعمال فى سبيل إدارة الشيء المرهون واستثماره إلا أننا

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٨ ص ٢٣٤، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، فقرة ٢٥٤ ص ٢٥٩، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٩٠، ص ٥٢٦، توفيق فرج. المرجع السابق، ص ٢٣٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٨٦، ص ٦١٢ وما بعدها.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٨٦ ص ٦١٧.

نرى مع ذلك تطبيق المادة ٥٥٩ على ما يعقده الدائن من إجارات، لأنها لا تستلزم أن يكون من عقد الإيجار نائباً وإنما تنص على أنه؟ لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة.. والدائن المرتهن يملك هذا الحق طبقاً لنص المادة ١١٠٦ مدنى ولا يملك أكثر من ذلك^(١).

١٧٤- (ج) الالتزام برد الشيء المرهون :

وقد نصت المادة ١١٠٧ مدنى على أنه «يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات». إذا كان النص لم يشر إلا إلى التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون بعد استيفاء حقه، إلا أن الالتزام بالرد يقوم حيث ينقضى الرهن سواء كان انقضاؤه بصفة تبعية أو بصفة أصلية. كما يستفاد أيضاً من النص أن الدائن المرتهن لا يلتزم بالرد إلا إذا استوفى كامل حقه. وذلك لأن مقتضى مبدأ عدم التجزئة يقضى بأن يبقى الرهن قائماً ما بقى جزء من الدين المضمون ولو كان يسيراً.

ومقتضى التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون، هو أن يرد هذا الشيء بالحالة التى كان عليها وقت التسليم، فإذا كان قد هلك أو تلف كان الدائن مسؤولاً عن ذلك إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب لا يد له فيه. وإذا تأخر الدائن عن الرد بعد انقضاء الدين وملحقاته أياً كان سبب التأخير، أى ولو كان ذلك بسبب عدم مطالبة الراهن بالاسترداد، فيجب على الدائن أن يرد مع الشيء صافى الغلة التى حصل عليها بعد استهلاك الدين وملحقاته.

والراهن يطالب بالرد باحدى دعريين، الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الرهن نفسه سواء كان الراهن مالكا أو غير مالكا، ودعوى الاستحقاق

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١١٨ ص ٢٣٤، عبد المنعم البدر اوى، المرجع السابق، فقرة ٢٥٤ ص ٢٥٩، شمس الوكيل، المرجع السابق، فقرة ١٩٠ ص ٥٢٦، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

وهي الدعوى العينية التي يرفعها باعتباره مالكا يطالب بشيء يملكه. وهذه الدعوى لا تثبت للراهن إذا لم يكن مالكا - والدعوى الشخصية تسقط بالتقادم الذي تبدأ مدته في السريان من وقت أن يصبح الرد واجبا، أما الدعوى العينية فلا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن ولا يجوز للدائن المرتهن أو ورثته أن يتمسكوا بأنهم قد تملكوا الشيء بالتقادم إلا إذا كانوا قد غيروا سند حيازتهم.

وللمرتهن أن يتخلص من جميع التزاماته السابق ذكرها إذا هو نزل عن حقه في الرهن وأعاد الشيء المرهون إلى الراهن (م ١١١٦/٢ مدني). وهذا النص قد جاء بصدد رهن العقار إلا أن حكمه عام يصدق على رهن العقار والمنقول على السواء^(١).

ثانياً: حقوق المرتهن

وقد انتهينا من بيان التزامات الدائن المرتهن، ويبقى أن نبين ما هي حقوقه المقابلة لهذه الالتزامات - وسوف نقتصر هنا على بيان حقه في التنفيذ على المال المرهون وعلى أموال الراهن، وبعد ذلك نتكلم عن الحكم الخاص برهن المنقول، وأخيراً نعرض لحصول الدائن على حقه من الدين المرهون.

١٧٥ - (١) التنفيذ على أموال الراهن والشيء المرهون

للدائن المرتهن رهن حيازة صفتان، صفة باعتباره صاحب حق شخصي يستطيع أن ينفذ بمقتضاه على جميع أموال المدين، وذلك بما له من حق الضمان العام، وصفته باعتباره صاحب تأمين عيني يستطيع بمقتضاه أن ينفذ على المال المرهون وأن يستوفي من ثمنه حقه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ونحيل في هذا الصدد إلى ما سبق أن قلناه في الرهن الرسمي. ويقوم بالتنفيذ على المال المرهون وفقاً للإجراءات التي رسمها قانون المرافعات.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ١٥٢.

فإذا كان الراهن غير المدين أى كفيلاً عينياً لم يكن مسئولاً فى جميع أمواله، بل أن مسئوليته محددة بالمال الذى قدمه ضماناً لدين المدين، فلا تتجاوزه (م ١٠٥٠) ولا يجوز للكفيل العينى أن يطلب تجريد المدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك.

وقد نصت المادة ١١٠٨ على أنه «يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٠ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين وأحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع بدون إجراءات»^(١) وعلى ذلك فنحن نحيل إلى ما سيق أن قلناه فى هذا الصدد فى الرهن الرسمى.

١٣٦- (٢) حكم خاص برهن المنقول :

إذا كان الأصل أن يكون التنفيذ على الشيء المرهون وفقاً للأوضاع والإجراءات المقررة فى قانون المرافعات للبيع الجبرية، إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل، فيما يتعلق برهن المنقول، فتنص المادة ١١٢١ مدنى على أنه :

١- «يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق».

٢- «ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين على أن يحتسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء».

وهذا النص قد وجد من الأوفق فى بعض الأحوال بيع المنقول دون اتباع إجراءات البيع الجبرى تجنباً لطول الإجراءات وكثرة المصاريف. وقد أجاز المشرع ذلك ولكنه جعل الترخيص به للقاضى حتى يستطيع أن يقدر هل البيع فى هذه الحالة يضر بالراهن أم لا.

كما أنه بين للقاضى الطريقة التى يتم بها البيع. ومن ناحية أخرى أجاز

(١) أنظر حكم المادة ١٢٩ من القانون التجارى الجديد.

هذا النص، استثناء من حظر شرط التملك عند عدم الوفاء، للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى تملكه المنقول المرهون، دون حاجة إلى رضا الراهن بذلك، ويقوم المنقول عندئذ بواسطة الخبراء.

وقد جاء المشرع بتطبيقات أخرى لحماية مصالح الدائن المرتهن والراهن للمنقول فى المادة ١١١٩ مدنى، وكذلك نص المادة ١١٢٠ مدنى.

١٧٧- (٣) حصول الدائن المرتهن على حقه من الدين المرهون :

إذا كان المال المرهون ديناً، فلا يكون ثمة داع لبيعه ما دام أنه أصبح مستحقاً. فللدائن أن يقبض حقه، وقد نصت المادة ١١٢٩ على أنه إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه. أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية.

ومقتضى هذا النص أنه إذا كان محل الدين المرهون من جنس محل الدين المضمون بالرهن، كأن يكون كل منهما مبلغاً من النقود، كان للدائن المرتهن، إذا لم يستوف حقه من الراهن عند حلول أجله، أن يقبض من المدين بالدين المرهون بقدر ما يكون مستحقاً له قبل الراهن، فإن بقى شيء كان للراهن أن يقبضه. فإن لم يكونا من جنس واحد، فللدائن المرتهن أن يطلب بيع الدين المرهون حتى يستوفى حقه من ثمنه، أو أن يطلب من القاضى أن يأمر بتملكه الدين المرهون وفاء لدينه على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء وفقاً لنص المادة ١١٢١/٢.

لكن ما هو الحل إذا حل أجل الدين المضمون بالرهن قبل أن يحل أجل الدين المرهون؟ لم يعرض المشرع لهذا الفرض، لكن يمكن تطبيق الحكم الوارد فى المادة ١١٢٩ فيما يتعلق بحق الدائن المرتهن فى طلب بيع الدين أو تملكه، أما حق الدائن فى أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له فلا يكون إلا عند حلول الدين المرهون إذ لا يمكن جبر المدين بهذا الدين على الوفاء قبل حلول الأجل.

المبحث الثاني

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير

قد سبق أن رأينا شروط قيام عقد الرهن الحيازي ونفاذه سواء فيما بين طرفيه أو بالنسبة للغير. وتكلمنا عن آثار هذا العقد فيما بين عاقيه، ولم يبق إلا الكلام على أثره بالنسبة للغير - وقد بينا المقصود بالغير عند الكلام عن سريان الرهن في حقه، والغير هو كل من يتأثر حقه بوجود حق الدائن المرتهن، وما يترتب على هذا الحق من أفضلية وتتبع. وعلى ذلك فإنه يعتبر من الغير الدائنين العاديين وكل صاحب حق عيني تبعي أو حق عيني أصلي على المال المرهون قام بشهر حقه بعد قيد الرهن. ويخول حق الرهن الحيازي للدائن المرتهن، الحق في الحبس والحق في التقدم، والحق في التتبع.

أولاً: حق الحبس

تنص المادة ١١١٠ مدني على أنه :

١- «يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون».

٢- «وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون ارادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة».

وحق الحبس هنا هو أحد السلطات التي يخولها الحق العيني التبعي للدائن المرتهن رهن حيازة، ويكون له بمقتضاه الامتناع عن التخلي عن الشيء المرهون طالما أن حق الرهن لم ينقض وبصفة خاصة طالما أنه لم يستوف حقه كاملاً وما لم تستعمل إحدى الرخص الواردة في المادة ١١٢٠/١١١٩ مدني. والحق في الحبس يثبت للدائن المرتهن أيأ كان الشيء المرهون، عقاراً أو منقولاً. وإذا كان الشيء في حيازة أجنبي اتفق عليه المتعاقدان أو حارس عينته المحكمة وفقاً لنص المادة ١١٠٦/٢ فيعتبر هذا

الشخص حائزاً لحساب الدائن المرتهن وعليه أن يحبس الشيء، فإذا أخل بواجبه كان مسئولاً عما يلحق الدائن بسبب ذلك من ضرر.

والحق في الحبس يخول للدائن المرتهن، إذا خرج الشيء من يده دون إرادته أو دون علمه، استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة، سواء كان انشئ في يد الراهن أو في يد غيره. ويعتبر الشيء المرهون في هذه الحالة في حكم المسروق أو الضائع، وعلى ذلك فإذا كان منقولاً وباعه المختلس إلى مشتر حسن النية، فيجوز للمرتهن أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت خروج الشيء من حيازته، وإذا كان المشتري قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله، فيكون له أن يطلب من الدائن المرتهن، إذا ما طلب استرداد الشيء، أن يعجل له الثمن الذي دفعه (م ٩٧٧ مدني).

ويستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك بحقه في الحبس، أولاً في مواجهة الراهن لأن هذا الأخير ليس له الحق في أن يسترد الشيء المرهون إلا إذا أوفى الدين بتمامه. وثانياً، في مواجهة مالك الشيء المرهون، إذا كان الراهن غير مالك، وكان انرهن نافذاً في حقه كما لو كان المرهون منقولاً وتسلمه الدائن المرتهن وهو حسن النية، وثالثاً في مواجهة المشتري الذي اكتسب ملكية الشيء المرهون، وكذلك في مواجهة الدائن المرتهن الذي ارتهن الشيء، بعد أن أصبح حق الحائس نافذاً في مواجهة الغير.

وحيث أن الدائن المرتهن إذ يحبس الشيء فهو يُحبسه بالحالة التي كان عليها وقت أن أصبح الرهن نافذاً في حق الغير وهذا ماتعنيه الفقرة الأولى من المادة ١١١٠ مدني حين قالت «يخول الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون»، فإن كل من ثبت له حق على المال المرهون قبل أن تجتمع للرهن شروط نفاذه في حقه لا يحتج في مواجهته بالحق في الحبس.

على ذلك إذا كان المال المرهون مثقلاً عند اكتساب الرهن شروط نفاذه في حق الغير بتكاليف عينية أو رهون، فإن الرهن لا يرد على هذا الشيء إلا

محدوداً بتلك التكاليف أو الرهون، فتكون هذه نافذة في حق الدائن المرتهن رهن حيازة، ولا يكون له بناء على ذلك أن يتمسك قبل أصحابها بحقه في حبس المال المرهون. أما كل من اكتسب حق على المال المرهون بعد أن أصبح الرهن نافذاً في حق الغير، فإن للدائن المرتهن أن يحتج عليه بالحق في الحبس.

لكن هل يجوز للدائن المرتهن أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد إذا بيع الشيء جبراً؟ للإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نفرق بين رهن العقار ورهن المنقول:

١- فيما يتعلق بالعقار لا يجوز للدائن الحابس أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد ولو لم يستوف حقه كله أو بعضه، وأياً كان طالب البيع لأن رسو المزاد يطهر العقار من كافة الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازي (م ٤٥٠ مرافعات).

٢- أما فيما يتعلق بالمنقول فيجب أن نفرق بين فرضين :

الفرض الأول، إذا جرى التنفيذ بناء على طلب الدائن المرتهن نفسه فلا يحق له أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد ولو لم يستوف كامل حقه وذلك لأن طلب البيع يتضمن نزولاً منه عن حقه في الحبس فلا يبقى له إلا أن يستوفي حقه من الثمن بحسب مرتبته.

الفرض الثاني، إذا كان البيع بناء على طلب دائن آخر، فإن كان طالب البيع متقدماً في المرتبة عن الدائن المرتهن فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد لأن هذا يتنافى مع قاعدة عدم التمسك بالحبس في مواجهة الدائنين الذين حفظوا حقوقهم قانوناً، وإن كان طالب البيع دائن عادى أو دائن متأخر عن الدائن المرتهن الحابس، فلهذا الأخير أن يتمسك بحقه فيمتنع عن تسليم الشيء إلى الراسي عليه المزاد إلا إذا استوفى كامل حقه.

ثانياً: حق التقدم

سبق أن رأينا أن الرهن الحيازي يخول الدائن المرتهن وفقاً لنص المادة ١٠٩٦ الحق في التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء. وقد رأينا أيضاً أن الدائن المرتهن يتقدم في الواقع في اقتضاء حقه من المقابل النقدي سواء كان هو الثمن أو أى حق آخر حل محل الشيء المرهون.

وندرس هنا نقطتين أساسيتين: الأولى متعلقة بالمبالغ التي يضمنها الرهن الحيازي والثانية خاصة بمرتبة الدائن المرتهن.

١٧٨- (١) المبالغ التي يضمنها الرهن الحيازي :

فقد بينت المادة ١١١١ على الحقوق التي يستوفيهها الدائن بالتقدم والتي يضمنها الرهن بنصها على أنه «لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضاً وفي نفس المرتبة ما يأتي :

(أ) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء .

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء .

(ج) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقبده عند الاقتضاء .

(د) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي .

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة ٢٣٠ .

ومما يجدر ملاحظته أن المشرع لم يدخل، من المصروفات التي أنفقت على الشيء، فيما يضمنه الرهن إلا المصروفات الضرورية. وعلى ذلك فلا يضمن الرهن ما أنفق من مصروفات نافعة، لكن يستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل الحق في الحبس المنصوص عليه في المادة ٢٤٦ مدنى. كما يلاحظ أن الرهن الحيازي، على خلاف الرهن الرسمي، يضمن جميع الفوائد المستحقة للدائن حتى رسو المزداد، والعلة في هذه التفرقة بين الرهن الرسمي

والحيازى أن الدائن المرتهن رهن حيازة يستوفى غالباً الفوائد من غلة الشيء المرهون أو من مقابل الانتفاع، فالفوائد التى يستوفىها بالتقدم هى التى لم يستوفىها عن طريق هذا الخصم أما التحفظ الوارد فى آخر نص المادة ١١١١ بخصوص مراعاة المادة ٢٣٠ مدنى فهو خاص بالفوائد المستحقة بعد رسو المزاد حتى تمام توزيع الثمن على الدائنين، وفى هذا يتفق الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى.

١٧٩- (٢) مرتبة الدائن المرتهن رهن حيازة عند التزامه :

تحدد مرتبة الدائن المرتهن رهن حيازة عند التزامه مع غيره من أصحاب الحقوق العينية التبعية على المال المرهون وفقاً للتاريخ الذى تجتمع فيه شروط نفاذ الرهن فى حق الغير.

وقد سبق أن رأينا أن العبرة فى العقار هى أسبقية القيد وانتقال الحيازة معاً، وفى رهن المنقول فإن العبرة بالتاريخ الثابت فى الورقة المدون فيها عقد الرهن وانتقال الحيازة معاً على النحو السابق بيانه.

ثالثاً: حق التتبع

قد سبق أن رأينا أن للدائن المرتهن طبقاً لنص المادة ١٠٩٦ مدنى أن يستوفى حقه بالتقدم من ثمن الشيء «فى أى يد يكون» وهذا هو التتبع ويقصد به حق الدائن فى التنفيذ على الشيء المرهون ولو انتقلت ملكيته إلى غير الراهن مادام الرهن نافذاً فى حق من انتقلت إليه الملكية.

وإذا كان الشيء المرهون عقاراً فلا يعتبر مشتريه حائزاً، كما هو الحال فى الرهن الرسمى، ولا تسرى عليه الأحكام الخاصة بالحائز، فليس له أن يطلب تطهير العقار أو التخلية، إن أراد نفادى نزع الملكية أن يفى بالدين وفقاً للقواعد العامة فى الوفاء مع الحلول.

وإذا كان الشيء المرهون منقولاً فيكون للدائن أيضاً حق تتبعه إلا إذا اصطدم حقه بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز.

الفصل الرابع

انقضاء الرهن الحيازي

ينقضى الرهن الحيازي بصفة تبعية بانقضاء الحق المضمون، كما أن الرهن الحيازي يمكن أن ينقضى بصفة أصلية بالرغم من عدم انقضاء الحق المضمون.

أولاً: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

تنص المادة ١١٦٢ أن «ينقضى حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته». وهذا النص مماثل لنص المادة ١٠٨٢ والخاص بانقضاء الرهن الرسمي فنحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الشأن.

على أن هناك حكم خاص بالرهن الحيازي فيما يتعلق بالتقادم للدين المضمون بالرهن، فالمعروف أن التقادم المسقط ينقطع باقرار المدين صراحة أو ضمناً، فإذا كان الدين مضموناً برهن حيازي فيعتبر وجود الشيء المرهون في يد الدائن المرتتهن إقراراً ضمناً مستمرّاً بالدين، وعلى ذلك فلا يبدأ سريان التقادم ولو استحق الدين إلا من الوقت الذي يسترد فيه المدين الراهن الشيء من الدائن. وقد نصت على ذلك المادة ٣٨٤ بقولها :

- ١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً.
- ٢- ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن ما لا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين.

ثانياً: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية

وكما ينقضى الرهن بصفة تبعية، فيمكن أن ينقضى بصفة أصلية أي ولو بقي الدين المضمون قائماً. وقد نصت المادة ١١١٣ على ذلك بقولها «ينقضى أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

(أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين. ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ. على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره.

(ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

(ج) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون، وسنعرض لهذه الأسباب على التوالي، ثم نتكلم عن انقضاء الرهن بالتطهير، وأثر البيع الجبرى.

١٨٠- (١) النزول عن الرهن :

يجوز للدائن المرتهن أن ينزل عن الرهن ذاته دون الدين المضمون. ويجب أن تتوافر في الدائن المرتهن أهلية هذا التصرف، وهى أهلية الإبراء من الدين وذلك لأن النزول عن الرهن ولو أنه لا يؤثر عن وجود الدين إلا أنه قد يؤدي إلى عدم إمكان استيفائه. وعلى ذلك فإذا كان الدائن المرتهن صبيهاً مميزاً أو من فى حكمه فيكون النزول باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن الإبراء فى هذه الحالة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً.

والنزول قد يكون ضمناً وقد يكون صريحاً - وقد ذكر المشرع صورتين من صور النزول الضمنى، الأولى أن يتخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون لكن هذا لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة عن النزول يمكن للدائن أن يثبت عكسها. والثانية أن يوافق الدائن على التصرف فى الشيء المرهون دون تحفظ، وهذه أيضاً قرينة بسيطة على النزول يمكن للدائن المرتهن أن يثبت عكسها.

ونزول الدائن المرتهن عن حقه يجب ألا يضر بالغير. وعلى ذلك فإذا كان الدائن المتنازل قد رهن الدين المضمون فإن هذا الرهن يرد على الدين بكل مقوماته ومنها الرهن الذى يضمته أى الرهن الذى تم النزول عنه، فلا

يسرى هذا النزول في حق الدائن الذى ارتهن الدين المضمون إلا إذا أقره .

١٨١- (٢) اتحاد الذمة :

وقد رأينا مراراً أن اتحاد الذمة لا يعدو أن يكون إلا مانعاً من مباشرة الحق فإذا زال المانع أمكن استعمال الحق، كما أن اتحاد الذمة يجب ألا يضر بالغير. فإذا اجتمعت بشخص واحد صفة مرتهن الشيء ومالكه، كما إذا ورث المرتهن الشيء المرهون أو اشتراه انقضى الرهن طوال فترة اتحاد الذمة، على أنه من مصلحة الدائن المرتهن أن يحتفظ بالرهن على الشيء الذى تملكه إذا كان الشيء مرهوناً لغيره. على أن اتحاد الذمة يجب ألا يضر بحق الغير فإذا كان الدائن المرتهن قد رهن حقه المضمون بالرهن أو حوله للغير، ثم اشترى الغير العين المرهونة فإن ذلك لا يمنع الدائن المرتهن الثانى من الإفادة بالرهن. وإذا زال اتحاد الذمة كان لنزوله أثر رجعى، كأن فسخ العقد الذى اشترى به المرتهن العين، بقى الرهن كما كان قبل اتحاد الذمة.

١٨٢- (٣) انقضاء الرهن الحيازى لهلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون:

فإذا كان المرهون شيئاً مادياً وهلك كله أو كان انتفاع وانقضى، ترتب على ذلك انقضاء الرهن. على أنه يجب أن نلاحظ أن الرهن الحيازى ينتقل إلى ما يحل محل الشيء الهالك من حقوق.

(٤) التطهير:

يجب أن نؤكد ما سبق أن قلناه أن مشتري العقار المرهون رهن حيازة لا يعتبر حائزاً كما هو الحال فى الرهن الرسمى وبالتالى ليس له أن يقوم بأجراءات التطهير لمجرد وجود الرهن الحيازى، لكن إذا كان العقار محملاً بالإضافة إلى الرهن الحيازى، برهن رسمى أو اختصاص أو امتياز مقيد،

فيكون للحائز أن يطلب التطهير كما سبق أن رأينا فإذا قبل الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، ومنهم الدائن المرتهن رهناً حيازياً، العرض صراحة أو ضمناً فيتطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازي إذا قام الحائز بدفع ديون الدائنين في حدود القيمة التي عرضها أو أودع هذه القيمة خزانة المحكمة، وعلى ذلك فينقضي الرهن الحيازي ولو لم يحصل الدائن على كامل حقه.

١٨٤- (٥) أثر البيع الجبري :

البيع الجبري للعقار يترتب عليه تطهيره من جميع الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازي، علماً بأن ينتقل حق الدائن على الثمن (م ٤٥٠ مرافعات). أما بالنسبة للمنقول فليس هناك نص على انقضاء الرهن الحيازي عند البيع الجبري. وعلى ذلك يحوز للدائن المرتهن أن يحبس الشيء المرهون على الراسى عليه المزاد إلا إذا كان هو الذي طلب البيع أو كان طالب البيع دائن مفضل عليه كما سبق أن ذكرنا.

الكتاب الرابع

حقوق الامتياز

تمهيد:

عرض المشرع لحقوق الامتياز فى المواد من ١١٣٠ الى ١١٤٩ وذلك فى فصلين: الأول فى الأحكام العامة (المواد من ١١٣٠ إلى ١١٣٦)، والثانى فى أنواع الحقوق الممتازة (المواد من ١١٣٧ إلى ١١٤٩) وسنتبع نفس الخطة فى عرضنا لحقوق الامتياز.

الفصل الأول

الأحكام العامة

أولاً: تعريف الامتياز

عرف المشرع حق الامتياز فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٠ بقوله «الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته».

ويلاحظ على هذا التعريف أولاً أن المشرع قد عرف الامتياز بأنه أولوية، وعلى ذلك فجوهر الامتياز هو الأفضلية التى يهيئها للدائن، وثانياً قد أوضح التعريف بأنها أولوية يقررها القانون، وبذلك فقد حدد أن القانون هو مصدر الامتياز وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية وثالثاً قد قرر المشرع أن هذه الأولوية التى يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينة فى الدين المضمون ومصدره.

كما أن المشرع لم يذكر فى هذا التعريف بأن حق الامتياز حق عيني على خلاف ما فعله بالنسبة للرهن الرسمى (١٠٣٠) وحق الاختصاص (م ١٠٩٥) والرهن الحيازى (م ١٠٩٦)، وبذلك حتى لا يقطع برأى فى الخلاف الفقهى حول طبيعة بعض حقوق الامتياز، وبصفة خاصة حقوق الامتياز العامة كما سوف نرى.

كما أن المشرع لم يذكر فى التعريف حق التتبع، وذلك لأن من بين حقوق الامتياز ما لا يعطى صاحبه حق التتبع، وهذه هى حقوق الامتياز العامة كما سنرى، وأخيراً لم يشر التعريف الى محل الامتياز، وذلك أن من حقوق الامتياز ما يقع على منقول معين أو عقار معين.

وقد نص القانون المدنى على أغلب حقوق الامتياز فى الباب الذى خصصه لهذه الحقوق (المواد ١١٣٠ إلى ١١٤٩)، ولكنه قرر حقوق امتياز أخرى فى مواضع متفرقة. كالمادة ٦٦٢ التى تقرر امتياز للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأسمى أو المقاول من الباطن وقت توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأسمى، والمادة ٨٦٩ التى تقرر امتياز القروض التى يمنحها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة، والمادة ٨٨٠ التى تقرر امتيازاً لنفقات تصفية الشركة على أموال هذه الشركة كما قرر المشرع حقوق امتياز بنصوص أخرى فى غير التقنين المدنى، ونظراً لدراسة حقوق الامتياز التى تقرر فى غير الباب المخصص لحقوق الامتياز عند دراسة الموضوعات التى وردت فيها، فلن نعرض الا للحقوق التى قررها المشرع فى هذا الباب أى فى المواد من ١١٣٠ إلى ١١٤٠.

ثانياً: تقسيم حقوق الامتياز

تنقسم حقوق الامتياز، من حيث محلها، أى من حيث الأموال التى ترد عليها الى قسمين: حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة. وهذا ما عرض له المشرع فى المادة ١١٣٢ بقوله «ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين».

١٨٥ - (١) حقوق الامتياز العامة :

حقوق الامتياز العامة هي التي ترد على جميع أموال المدين، وتخول للدائن صاحب الامتياز الحق في استيفاء دينه بالأولوية أو التقدم على ما لدى المدين من أموال وقت التنفيذ، منقولات كانت أو عقارات، بصرف النظر عما كان لديه من أموال وقت نشوء الدين الممتاز، ولما كانت هذه الحقوق لا ترد على أموال معينة بالذات، فهي لا تخول صاحبها أى تتبع ولا يجب شهرها، وقد نص على المشرع على ذلك فى ٢/١١٣٤ بقوله «ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع.. ولهذا فاننا نؤيد الفقه الذى لا يعتبر حقوق الامتياز العامة حقوقاً عينية بالمعنى الصحيح، وذلك لأنها أقرب الى أن تكون وصفاً فى بعض الحقوق تؤدى الى تفضيل الدائن على غيره عند استيفاء حقه.

وقد جعل المشرع لحقوق الامتياز العامة - مع عدم خضوعها للشهر اذا كان محلها عقاراً - أسبقية فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده (م ٢/١١٣٤).

ومثال حقوق الامتياز العامة امتياز ديون النفقة والديون المستحقة للأجراء.

١٨٦ - (٢) حقوق الامتياز الخاصة :

أما حقوق الامتياز الخاصة فهي التي ترد على منقول أو عقار معين، فهي تنقسم بدورها إلى قسمين، حقوق امتياز خاصة ترد على منقول، وحقوق امتياز خاصة ترد على عقار ويخضع كل قسم منها لأحكام ثلاث طبقة المال الذى يرد عليه الحق على النحو الذى سنبينه فيما يتعلق بآثار حقوق الامتياز بوجه عام وفيما يتعلق بدراسة كل حق على حدة - ومثال الامتياز الخاص على عقار، امتياز بائع العقار، وامتياز المقاولين والمهندسين.

وتتميز هذه الامتيازات الخاصة بأنها حقوق عينية تمنح صاحبها حق التقدم على ثمن المال المقررة عليه، وحق التتبع رغم تصرف المدين فيها، وإذا كان حق التتبع في العقار مكفولاً بما هيأه المشرع من شهر للامتياز عن طريق القيد مثله في ذلك مثل الرهن الرسمي، إلا أن حق التتبع في المنقول يتعرض للتعطيل إذا انتقل المنقول المثل بالامتياز إلى حائز حسن النية يستطيع أن يحتمي وراء قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية».

ثالثاً، آثار حقوق الامتياز

تشارك حقوق الامتياز سواء كانت امتياز عامة أو خاصة على عقار أو خاصة على منقول في أنها جميعاً تخول صاحبها الحق في التقدم وفقاً للمرتبة التي يحددها القانون. أما التتبع فقد رأينا أنه مقصور على حقوق الامتياز الخاصة دون حقوق الامتياز العامة. مع ملاحظة أنه إذا كان الامتياز الخاص وارداً على منقول فإن حق التتبع قد يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز متى كانت حيازة المنقول المثل بالامتياز لشخص حسن النية.

١٨٧- (١) شهر حقوق الامتياز،

رأينا أن المشرع لا يستلزم شهر حقوق الامتياز العامة حتى ولو كان محلها عقاراً (م ١١٣٤/٢) ولذلك لا يخضع القانون للشهر امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة على عقارات معينة (م ١٢٣٤/٢). وأيضاً حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول لا تشهر لعدم وجود نظام لشهر الحقوق العينية المنقولة.

أما حقوق الامتياز الخاصة على العقار فأنها لا تنفذ في حق الغير إلا إذا تم شهرها عن طريق القيد. وقد نصت المادة ١١٣٤/١ على أنه «تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق. وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد ومحوه من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو».

للدائن صاحب حق الامتياز الحق في التقدم في استيفاء حقه، أيا كان نوع الامتياز، ويرد حق الدائن في التقدم ليس فقط على ثمن المال محل الامتياز، بل وعلى كل ما يقابل ليحل محل هذا المال وقد فصلت المادة ١١٣٥ على أنه يصير على الامتياز ما يصير على الزمن الواسع من أحكام متعلقة باللائحة الشرائية للتقدم وقد رأيت من قبل أن المادة ٤٩ لا تحققني بانتهان حق الدائن المصروف من هذا المبلغ إلى الجاهل الذي يحل محله في العقول عند الهلاك الواسع، وتظهر من هذا المبدأ أن الجاهل لا يحق في الاستيفاء الخاصة، أما إذا كان الامتياز معلقا فلا مطلق للقول في انتقال حق الدائن إلى أصله بتبدل بأموال المدين عند هلاك الأصل الواسع، لأن حق الدائن لا يزال العام يولى على حقوق التي يكسبها المدين على غير الأصل الواسع، بل يجرى له قولها في نفعه للمدين أي في بغير النقص عما كان له كان المدين قد كسبها في مقابل لهلاك أصله من أمواله العامة لا.

وفيما يتعلق بتقرير الإقتلاع المتأخر، يجب أن لا أنسى أن الذين حصلوا على الحقوق والامتياز
يقتضي تقديم بعض على التكاليف المالية العادية، ولا تظهر أية فائدة وتحقق بتقرير الإقتلاع والامتياز
الإلزامية السالبة على الذين لهم الحق بتقديم لهم لهم من يتألف من عدة فئات.
والمتروك الذي يحدد مخرجه فملوك الامتياز له سوابق لتلجج حقوق الامتياز
الواردة التي الباطن الخاص بها في التقنين الملحق في أواني وتصويبات أخرى في
هذه التقنين أو كانت قارئة في بعض القوانين أو أخرى، أما فيما يتعلق بنص صراحة
على مراكبة الحق تأخر عن كل امتياز من الامتيازات للواردة في الباب
الخاص بمقوق الامتياز في القانون المدني، وإذا كانت حقوق الامتياز في
مرتبعة واحدة فيسأوى أصحابها، وهذا ما تنص عليه المادة ١١٣١ بقولها:

١- مرتبة الامتياز يحددها القانون فان لم ينص صراحة في حق ممتاز
مرتبة له في مكان التعلق متاعدا في المرتبة عن كل امتياز ورد في
هذا الباب.

٢- وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

١٨٩- (٢) حق التتبع :

ان حقوق الامتياز العامة لا تخول التتبع (م ١١٣٤/٢) ، ومع ذلك فان حقوق الامتياز الضامنة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة منها ما يكون عاما يرد على جميع أموال المدين وهذه تخول صاحبها التتبع كما سنرى .

أما حقوق الامتياز الخاصة فجميعها تخول صاحبها سلطة التتبع سواء كانت مما يخضع للشهر أم لا . ومع ذلك فان حق التتبع في المنقول قد يصطدم في كثير من الأحيان بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الحائز» بما لها من أثر مسقط وفقاً لنص المادة ٩٧٦/٢ . وقد جاء المشرع بتطبيق لهذه القاعدة في المادة ١/١١٣٣ حيث أنه نص على أنه «لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية» . ولكن يجب ملاحظة أنه اذا كان المشرع قد أغفل ذكر شرط السبب الصحيح في النص فان الفقهاء متفقون على ضرورته .

وعلى ذلك فاذا تصرف المدين في المنقول المثقل بحق الامتياز بنقل ملكيته أو رهنه رهنا حيازياً، وحازه المتصرف اليه وهو حسن النية أى يجهل وجود الامتياز، فلا يحتج عليه بهذا الحق .

وقد اعتبر المشرع كلا من مؤجر العقار وصاحب الفندق حائزاً لا يحتج عليه، اذا كان حسن النية، بحق الامتياز الذي يثقل المنقول الذي يوجد في العين المؤجرة أو يودعة النزول في الفندق، وقد نصت على ذلك المادة ٢/١١٣٣ بقولها «يعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة الى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه» . ولذلك فاذا أدخل المستأجر في العقار منقولات محملة بامتياز للغير، كامتياز البائع مثلاً، أو امتياز مصروفات

الصيانة والحفظ، وكان المؤجر لا يعلم وقت ادخلها العقار بهذا الامتياز اعتبر حائزاً لها بحسن نية من حيث عدم جواز الاحتجاج عليه بالامتياز المحملة به هذه المنقولات .

ونظراً الى أن حق الامتياز الذى يرد على المنقول يفقد قيمته اذا اصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول، خول المشرع الدائن صاحب الامتياز وسيلة يدفع بها ما يهدد حقه من خطر الضباغ، وذلك بأن نص فى الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٣ على أنه «واذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة، والقاضى هو الذى يقدر معقولية الأسباب التى يستند اليها صاحب الامتياز.

رابعاً : انقضاء حق الامتياز

تنص المادة ١١٣٦ على أنه «ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك، .

وعلى ذلك فإن حق الاحتياز ينقضى، أيا كان محله، بصفة تبعية اذا انقضى الدين المضمون به كله (المادتان ١٠٨٢، ١١١٢) ويسرى هنا ما سبق أن قلناه عند دراسة الرهن الرسمى . على أنه يجب أن نلاحظ أن الامتياز، والرهن الرسمى، ورهن الحيازة، يخضع لقاعدة عدم التجزئة .

كما أن حق الامتياز ينقضى بصفة أصلية اذا كان محله عقاراً بالأسباب التى ينقضى بها الرهن الرسمى . أما اذا كان الامتياز واراد على منقول، فينقضى بصفة أصلية كما ينقضى الرهن الحيازى الوارد على منقول . ولذلك فنحن نحيل الى ما سبق أن قلناه فى هذا الصدد .

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

١٩٠ - وقد نصت المادة ١١٣٧ من التقنين المدني على أن «الحقوق المبينة في المواد التالية لهذه المادة تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة...» وعلى ذلك فإن التقنين المدني لم يحص كل حقوق الامتياز لكن ترك للمشرع حرية تحديد الحقوق الممتازة بنصوص خاصة في تشريعات أخرى متفرقة. وقد عرض التقنين المدني لحقوق الامتياز العامة والخاصة الواقعة على منقول ثم تعرض بعد ذلك لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار. وسوف نتبع نفس التقسيم في دراسة أنواع الحقوق الممتازة. ففي مبحث أول ندرس حقوق الامتياز العامة والخاصة على منقول، وفي مبحث ثان تعرض لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار.

المبحث الأول: حقوق الامتياز العامة والخاصة على منقول

١٩١ - أورد المشرع حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول معا ولكن جاء ترتيبها على النحو التالي: امتياز المصروفات القضائية، امتياز الضرائب والرسوم، امتياز نفقات حفظ المنقول. امتياز المبالغ المستحقة للأجراء والمبالغ المستحقة عن توريد المؤجل والملبس والنفقة. امتياز نفقات الزراعة وآلات الزراعة، امتياز مؤجر العقار، امتياز صاحب الفندق، امتياز بائع المنقول، وامتياز المتقاسم في المنقول. وعلى ذلك نعرض في الفقرات التالية لهذه الحقوق جميعا وفقاً للترتيب السابق والذي حدده المشرع.

أولاً: امتياز المصروفات القضائية

١٩٢ - وقد حددت المسادة ١/١١٣٨ مدني الحق الممتاز بأنه «المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال

المدين وبيعها، وعلى ذلك لا تدخل في الامتياز المصروفات التى ينفقها الدائن فى المطالبة القضائية للحصول على سند تنفيذى ضد المدين. كما أن المصروفات التى تنفق فى مصلحة بعض الدائنين دون الآخرين لا يكون لها الامتياز الا بالنسبة لمن عادت عليهم المصروفات بالفائدة دون غيرهم، ومثال ذلك المصروفات التى تستلزمها اجراءات الإفلاس أو الاعسار اذ لا يستفيد منها سوى الدائنين العاديين. فلا تكون المصروفات التى تقضيها هذه الاجراءات ديناً ممتازاً إلا بالنسبة لهؤلاء فقط.

١٩٢. ويتعلق الامتياز بثمن الأموال التى أنفقت المصروفات القضائية لحفظها وبيعها. فالامتياز يرد اذن على الثمن الذى رسا به المزاد عند بيع أموال المدين وليس على الأموال ذاتها، ويتحدد نطاق الامتياز بثمن هذه الأموال دون غيرها، فقد يكون ثمن منقول أو منقولات معينة، أو ثمن عقار أو عقارات معينة، أما الأموال التى لم تتم تلك المصروفات بشأنها فلا يتعلق بها أى امتياز.

١٩٤. ويأتى امتياز المصروفات القضائية فى المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز، بل والحقوق العينية التبعية الأخرى. وقد نصت المادة ١١٣٨/٢ مدنى أنه «تستوفى 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 أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى اجراءات التوزيع».

ثانياً : امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

١٩٥. وقد نصت المادة ١١٣٩ مدنى على أن «المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن».

١٩٦. يضمن هذا الامتياز جميع المبالغ المستحقة للخزانة العامة. كالضرائب والرسوم أيا كان نوعها بشرط أن يتقرر لها الامتياز بمقتضى القوانين الخاصة بها، ووفقاً للشروط المنصوص عليها فى هذه القوانين.

١٩٧. ومحل هذا الامتياز تحدده، فى كل حالة على حدة، نصصر القانون الذى يقرر الامتياز للمبالغ المبينة فيه - وهذه النصوص قد تجعل محل الامتياز مالا معيناً، ليكون الامتياز خاصاً، كامتياز ضرائب الأراضى أو عوائد الأملاك، وقد تجعل محل الامتياز كافة أموال المدين، ليكون الامتياز عاماً، كامتياز الضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وضريبة كسب العمل.

١٩٨. ويأتى امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فى المرتبة التالية لامتياز المصروفات القضائية. وهذا الامتياز يتقدم كافة حقوق الامتياز الأخرى، بل وعلى الرهون. ويدخل هذا الامتياز ميزة التتبع بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول. ولا يستلزم قيده إذا كان محله عقاراً.

ثالثاً : امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه

١٩٩. تنص المادة ١١٤٩ مدنى على أن «المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله».

٢٠٠. على ذلك فإن الامتياز يقتصر على المصروفات التى لولاها لهلك المنقول، كله أو جزء منه، أو أصبح غير صالح للاستعمال الذى أعد له، كأجرة الميكانيكى مقابل إصلاح السيارة، وأجرة النجار مقابل إصلاح الأثاث. أما المصروفات النافعة التى لا يترتب عليها سوى زيادة فى قيمة المنقول فلا تدخل فى نطاق الامتياز، كنفقات صباغة الأقمشة، أو تحويل المعدن الخام الى أدوات. والعبرة فى ثبوت الامتياز بالنتيجة التى تحققت، وهى حفظ المنقول أو ترميمه، ولا يستلزم أن تنصرف النية الى تحقيق هذه النتيجة.

٢٠١. ويقع الامتياز على المنقول الذى أنفقت المبالغ لحفظه أو ترميمه، ولا يقتصر على ما زاد فيه، بسبب الحفظ أو الترميم^(١)، وهذا يختلف عن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٧، ص ٣٠٥.

امتياز المهندس والمقاول في حالة العقار، اذ يكون امتيازهما على العقار بقدر ما زاد في قيمته وقت بيعه بسبب عملهما كما سنرى فيما بعد.

٢٠٢ - وتأتى مرتبة هذا الامتياز بعد امتياز المصرفوات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة. فتستوفى المبالغ التى أنفقت فى حفظ المنقول وترميمه من ثمن هذا المنقول بعد المصرفوات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة. واذا تعددت المبالغ التى صرفت فى هذا الغرض، فلا يكون لها نفس المرتبة، بل يقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها، (٢/١١٤٠ مدنى)، وعلى ذلك فيقدم ما صرف أخيراً على ما صرف قبله وهكذا، والعلة فى ذلك أنه لولا المبالغ التى أنفقت أخيراً. أنفق لهلك المنقول أو تلف أو نقصت قيمته ولما استطاع الدائن الذى أنفق مبلغاً قبل ذلك أن يستوفيه من ثمنه.

رابعاً : امتياز الأجروثمن المأكل والملبس والنفقة

٢٠٣ - وقد نصت المادة ١١٤١ مدنى على الامتياز لثلاثة حقوق. الأجور، وثمن توريد المأكل والملبس والنفقة.

٢٠٤ - ويقتصر حق الامتياز على الأجور فقط، فلا ينصرف الى غيرها من مبالغ مستحقة للعامل مثل مبالغ التعويض المستحقة عن فصله فصلاً تعسفياً، أو المبالغ التى يقترضها صاحب العمل من العامل. لكن يستفيد من هذا الامتياز كل أجير ولو لم يكن عاملاً، كما اذا كان وكيلاً أو مقاولاً.

٢٠٥ - كما أن الحق الممتاز يقتصر أيضاً على ثمن المأكل والملبس دون غيرهما من الحاجيات الأخرى، ولو كانت ضرورية، كالأدوية مثلاً. كما أن هذا الامتياز لا يقوم إلا اذا كان توريد المأكل أو الملبس ممن يتجرون فيهما. وعلى ذلك فاذا استوردها المدين ممن لا يتجر فيهما فلا يكون ثمنهما حقاً ممتازاً له. والسبب فى هذه التفرقة هو أن هذا الامتياز تقرر لحكمة معينة وهى «إيجاد الثقة فى المدين لدى موردي هذه الحاجيات الضرورية للحياة

حتى يسهل عليهم أن يمدوه بها إذا لم يكن في وسعه دفع ثمنها فوراً^(١). كما يجب أن يكون توريد المأكل أو الملابس لاستهلاكهما لا لإعادة بيعهما، ولا استعمال المدين أو من يعوله، كزوجة، وأولاده وأقاربه الذين يعولهم، وخدمه^(٢).

٢٠٦- أما بالنسبة للنفقة فإن المادة ١١٤١/ج مدني قد نصت على أنها «النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة أشهر الأخيرة». على ذلك فإن نفقة الأقارب، أي كانت درجة قرابتهم، تعتبر ديناً ممتازاً. ويشمل هذا النص أيضاً، من باب أولى، نفقة الزوجة - وبذلك يفهم لفظ الأقارب الوارد في النص بمعناه العام بحيث تدخل الزوجة ضمن الأقارب^(٣) - ويجب، حتى تكون النفقة ممتازة، أن تكون مستحقة عن الستة الشهور الأخيرة، أي السابقة مباشرة على الوفاة أو الاعسار أو الإفلاس أو الحجز أو البيع.

٢٠٧- ويعتبر الامتياز، بجميع أنواعه الثلاثة، الأجور، وثمان توريد المأكل والملبس، والنفقة، امتيازاً عاماً، حيث أنه يقع على جميع أموال المدين من منقول وعقار. وعلى ذلك فإنه يجوز استعماله على مجموع أموال المدين. إذا حدث ما يستدعي تصفيتها، أو على مال معين من أموال المدين منقولاً كان أو عقاراً عند بيعه منفرداً.

٢٠٨- وتحدد مرتبة هذا الامتياز وفقاً للمادة ١١٤١/٢، بعد امتياز المصروفات القضائية. وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، وامتياز مصروفات الحفظ والترميم، أي أنه في المرتبة الرابعة بعد هذه الامتيازات. وهذه الحقوق الثلاثة امتياز واحد، أي أنها في مرتبة واحدة، فإذا ما تزاممت فأنها تستوفى فيما بينها بنسبة كل منها (١١٤١/٢).

(١) سليمان مرقس: المرجع السابق، فقرة ٣٤٧، ص ٥٥٧.

(٢) السنهوري: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٨٨، ص ٩٦١.

(٣) السنهوري: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٨٩، ص ٩٦٢.

خامساً: امتياز نفقات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة ٢٠٩ . وقد نصت المادة ١١٤٢ مدنى على طائفتين من الحقوق الممتازة، الأولى حقوق امتياز مصروفات الزراعة . والثانية حقوق امتياز المبالغ المستحقة في مقابل الآلات الزراعية .

٢١٠ . والحق الممتاز بالنسبة للطائفة الأولى فانه يشمل، وفقاً لنص المادة ١/١١٤٢ . المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد . وعلى ذلك فان جميع المبالغ التى تستحق في سبيل استغلال الأرض وزرعها، منذ اعدادها حتى جنى محصولها يعتبر حقاً ممتازاً .

٢١١ . ويقع الامتياز على المحصول الذى صرفت تلك المبالغ في انتاجه، وسواء أكان انتاجه يستغرق سنة أو أقل أو أكثر من سنة . ويرد الامتياز على المحصول بمجرد جنيهِ وليس قبل ذلك، كما أن الامتياز يبقى على المحصول حتى ولو تصرف المدين فيه الى الغير، ما لم يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول الوارد في المادة ٩٧٦ مدنى .

٢١٢ . أما الحق الممتاز بالنسبة للطائفة الثانية فانه يتعلق بالمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة، ويقصد بآلات الزراعة «كل الآلات التى تستعمل في حرث الأرض وتحضيرها للزراعة وريها وجنى المحصول ودرس الغلال وحفظ الثمار ونقلها في داخل المزرعة» (١) .

٢١٣ . ويقع الامتياز على الآلات الزراعية، ولا يرد على المحصول بحجة أن ثمن الآلات قد استخدم في انتاج المحصول (٢) .

٢١٤ . ومرتبة امتياز نفقات الزراعة وامتياز آلات الزراعة تعتبر مرتبة واحدة، وهى نالية لمرتبة حقوق الامتياز المتقدمة، أى أنها تقع في المرتبة الخامسة، فاذا تنازع دائنون متعددون، كأن تنازع بائع البذور مع بائع

(١) السنهاورى: المرجع السابق، فقرة ٦٩٧، ص ٩٦٨ .

(٢) السنهاورى: المرجع السابق، فقرة ٧٠٠، ص ٩٦٩ .

الأسمدة، فأنهم يستوفون حقوقهم بنسبة قيمة كل منها، ولا يتصور أن تتراحم مصروفات الزراعة ومصروفات الآلات الزراعية وذلك لاختلاف محل كل من الامتيازين، فالأول محله المحصول والثاني محله الآلات الزراعية.

سادساً: امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق

١- امتياز مؤجر العقار:

٢١٥- وقد نص على امتياز مؤجر العقار في المادة ١١٤٣ حيث أنها تضمنت تنظيم دقيق لهذا الامتياز، ويستفاد من هذا النص أن هذا الامتياز لا يكون الا لمؤجر العقار، سواء كان مالكا للعقار المؤجر أم غير مالك له، كصاحب حق انتفاع أو مستأجر، وعلى ذلك فإن هذا الامتياز لا يثبت لمؤجر المنقول أيا كان نوعه.

٢١٦- والحق الممتاز يتعلق بكل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار في حدود ما نصت عليه المادة ١١٤٣/١. وهذا النص لم يجعل ممتازا سوى «أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك، وبذلك يكون المشرع قد وضع حدا أقصى للأجرة التي تعتبر حقا ممتازا. ويضمن الامتياز فضلا عن الأجرة أى حق آخر للمؤجر يستند الى عقد الايجار، كمبلغ تعويض عن تلف العين المؤجرة أو عن اساءة استعمالها أو عن احداث تغيير بها بغير وجه حق، أو عن عدم المحافظة عليها أو عدم اجراء الترميمات التأجيرية اللازمة لها.

٢١٧- ويقع امتياز مؤجر العقار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجرين من منقول قابل للحجز، ومن محصول زراعى. فمحل الامتياز هو المنقولات الموجودة فى العقار المؤجر، وهى عادة، تكون فى ايجار لمباني، آثانا بالنسبة للمسكن، يضاف اليه البضائع بالنسبة للمتجر. والآلات والأدوات بالنسبة للمصنع. وتكون فى ايجار الأراضي الزراعية،

حاصلات ومواشى وآلات زراعية . وهذا لا يعنى حصر المنقولات التى يقع عليها الامتياز، وانما هو من قبيل التمثيل بالمعتاد والمألوف . ويمكن القول أن الامتياز يقع على كافة المنقولات الموضوعة فى العين المؤجرة . ويجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر، ومع ذلك فإن المشرع قد خرج على هذا الأصل ونص على أن يثبت 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 (م ١١٤٣/٢ مدنى) .

٢١٨ - أما بالنسبة لمنقولات ومحصولات المستأجر من الباطن، فإن الامتياز يقع عليها أيضا، اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الايجار من الباطن . فاذا لم يشترط ذلك، فلا يثبت الامتياز الا بالنسبة للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذر فيه المؤجر (م ١١٤٣/٣ مدنى) .

٢١٩ - ويأتى امتياز المؤجر فى المرتبة السادسة بعد الامتيازات السابقة . واذا كان المنقول الذى ادخل فى العين محملا بامتياز . وكان المؤجر يجهل ذلك فلا يحتج عليه بالامتياز على المنقول (م ١١٤٣/٤ مدنى) .

٢٢٠ - ولحماية امتياز المؤجر فإن المشرع قرر عدة ضمانات منها أن يلتزم المستأجر بأن يضع فى العين المؤجرة آثاء، أو بضائع أو محصولات، أو مواشى، أو أدوات، وتكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين، أو عن كل مدة الايجار اذا قلت عن سنتين، ما لم يقدم للمؤجر تأمينا آخر أو يعجل له الأجرة (م ٥٨٨ مدنى) . كما أعطى المشرع للمؤجر الحق فى حبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة فى العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر (م ١/٥٨٩ مدنى) . كما أن له، ضمانا لحق الامتياز المقرر لمصلحته «أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة (م ١/٣١٧ مرافعات) . وقد أعطى المشرع للمؤجر حق تتبع المنقولات

لمباشرة حقه، وذلك اذا خرجت بغير علمه أو رغم معارضته حتى ولو كانت في يد الغير حسن النية وذلك خلال ثلاث سنوات من يوم نقل المنقولات خارج العين المؤجرة، واذا وقع المؤجر عليها حجزا استحقاقيا وفقاً لنص المادة ٢/٣١٧ مرافعات (م ٥/١١٤٣ مدنى). واذا بيعت المنقولات الى مشتر حسن النية فى سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها، فانه لا يكون للمؤجر، حتى ولو أوقع الحجز الاستحقاقى فى الميعاد القانونى، أن يباشر امتيازها عليها، الا اذا رد الثمن الى من اشتراها (م ٥/١١٤٣ مدنى).

٢- امتياز صاحب الفندق :

٢٢١- يقرر القانون لصاحب الفندق امتيازاً على أمتعة النزىل، ضماناً لما يستحق له بسبب اقامته فى الفندق. وفى هذا الضمان حماية له لعدم علمه بحالة النزىل من اليسار. ومبنى هذا الامتياز فكرة الرهن الضمنى كما هو الحال فى امتياز المؤجر.

٢٢٢- وقد نصت المادة ١/١١٤ مدنى على أن «المبالغ المستحقة لصاحب الفندق على ذمة النزىل عن أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، يكون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزىل فى الفندق أو ملحقاته». وعلى ذلك يشمل الحق الممتاز. ما هو مستحق لصاحب الفندق، فى ذمة النزىل، فى مقابل المأوى والطعام والشراب، والخدمات الأخرى للنزىل ولأفراد أسرته وتابعيه النازلين معه.

٢٢٣- ويقع الامتياز على الأمتعة التى أحضرها النزىل فى الفندق، أو فى ملحقاته، ويدخل فى هذا الاصطلاح جميع المنقولات المادية التى يحضرها النزىل أو أفراد أسرته النازلين معه، ولو كانت نقوداً، أو حلياً فى الفندق أو فى ملحقاته. وهذا الامتياز يثبت لصاحب الفندق على الأمتعة حتى ولو كانت غير مملوكة للنزىل، اذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة (م ٢/١٤٤)، ولصاحب الفندق أيضاً أن يعارضه فى نقل الأمتعة من فندقه ما

لم يستوف حقه كاملاً . وإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية (م ١١٤٤/٢ مدنى) .

٢٢٤ . ولا امتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر، فإذا تزامن الحقان قدم الأسبق فى التاريخ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة الى الآخر (م ١١٤٤/٣ مدنى) .

سابعاً : امتياز بائع المنقول وامتياز المتقاسم فيه

١- امتياز بائع المنقول :

٢٢٥ . وقد نصت المادة ١١٤٥ مدنى على هذا الامتياز . والحكمة من هذا الامتياز هو أن البائع هو الذى أدخل المنقول فى ذمة المشتري وترتب على ذلك زيادة فى ذمته بقدر قيمة هذا المنقول . وعلى ذلك فإذا أجزئ لدائنى المشتري أن يستوفوا حقوقهم قبل أن يحصل البائع على ثمن هذا المنقول لأدى هذا إلى اثناء الدائنين على حساب البائع، ولذلك قد قرر المشرع هنا الامتياز استجابة لأعتبارات العدالة .

٢٢٦ . ويثبت الامتياز لما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وعلى ذلك فإن هذا الامتياز يقتصر فقط على الثمن المستحق أو على الجزء المستحق له من هذا الثمن، وكذلك ملحقات الثمن من فوائد ومصرفات، وعلى ذلك لا يضمن الامتياز مبالغ التعويض أو أى دين آخر مستحق بعقد البيع غير ما تقدم .

٢٢٧ . ويقع الامتياز على المنقول المبيع، سواء كان المنقول مادياً أو معنوياً، وينقضى هذا الامتياز بهلاك المنقول أو فقده لذاتيته . فإذا طرأ على المنقول تغيير أفقده ذاتيته، كما اذا كان قمحاً، وصار، بطحنه، دقيقاً، فإن الامتياز ينقضى بذلك، أما اذا لم يترتب على هذا التغيير فقد ذاتيته، فلا يكون له أثر على الامتياز الذى يتعلق بالمنقول رغم هذا التغيير، كما اذا كان قماشاً فصنع ملابساً .

٢٢٨ - ويكون هذا الامتياز تاليا في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على المنقول (م ١/١١٤٥ مدنى) . لكن هذا الامتياز يسرى فى حق المؤجر، وصاحب الفندق، اذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو فى الفندق (م ٢/١١٤٥ مدنى) . ومع ذلك فان امتياز بائع المنقول لا يخل بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية (م ١/١١٤٥ مدنى) . ويقصد المشرع بهذه العبارة، على ما يبدو، الإشارة الى القاعدة الواردة فى نص المادة ٩٧٦/٢ مدنى .

٣ - امتياز المتقاسم فى المنقول :

٢٢٩ - قد أعطت المادة ١١٤٦ مدنى للشركاء المتقاسمين للمنقول حق امتياز عليه . وذلك ليضمن رجوع المتقاسم، على بقية المتقاسمين، فى استيفاء حقوقه الناشئة عن القسمة .

٢٣٠ - ويتحدد الحق الممتاز فى الالتزامات التى تنشأ من عقد القسمة، وهى ثلاثة: ضمان الاستحقاق، والالتزام بدفع المعدل، والالتزام بدفع ثمن التصفية .

٢٣١ - ويرد هذا الامتياز على الحصة المفترزة التى وقعت فى نصيب المتقاسم، ويرد، فى حالة قسمة التصفية، على العين التى آلت الى الشريك .

٢٣٢ - وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع (م ٢/١١٤٦ مدنى)، فان تزامنا قدم الاسبق فى التاريخ .

المبحث الثانى : حقوق الامتياز العقارية الخاصة

٢٣٣ - قد قرر المشرع، فى التقنين المدنى، ثلاثة حقوق امتياز خاصة ترد على عقار، وهى امتياز بائع العقار، امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين، وامتياز المتقاسم فى العقار .

أولاً : امتياز بائع العقار

٢٢٤ - وقد جاء هذا الامتياز في نص المادة ١١٤٧ مدني حيث أنها نصت على أنه ، ١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع ، ، ٢- ويجب أن يقيد الامتياز ، ولو كان البيع مسجلاً ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

٢٢٥ - على ذلك ، فإنه يجب لقيام الامتياز ، أن يوجد عقد بيع ، ويلحق الفقه بالبيع المقايضة والوفاء بمقابل إذا التزم المقايض أو الدائن بدفع معدل ، ويجب أن يكون المبيع حقاً عينياً عقارياً جائزاً بيعه بالمراد العلني (١) .

٢٢٦ - الحق المعنوي هو الثمن وملحقاته ، والفوائد والمصاريف التي يلتزم بها المشتري . وعلى ذلك فإنه لا يدخل في الحق المعنوي مبالغ أخرى . كحقوق الضمان التي لا تخلو بالترامات (٢) .

٢٢٧ - يقع حمل الامتياز على العقار المبيع ، ويشمل العقار كله ولو كان الثمن قد دفع جزء منه ، وذلك طبقاً لمبدأ عدم تجزئة التأمين العيني ، ويشمل الامتياز ملحقات العقار ، كالعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات ، كما يمتد إلى الثمار التي تلحق بالعقار منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢٢٨ - ونحدد مرتبة هذا الامتياز بتاريخ القيد ، كما هو الحال في الرهن الرسمي ، ويجب قيد هذا الامتياز ولو كان عقد البيع مسجلاً ، وتكون الأفضلية للأسبق في القيد .

ثانياً : امتياز المقاول والمهندس المعماري

٢٢٩ - وقد نصت على هذا الامتياز المادة ١١٤٨ مدني ، ونقاس هذا الامتياز على أن الدائن قد زاد بماله ، أو بعمله في أموال المدين قبل العدول لأن أن يتقدم في استيفاء - فيه في حدود ما زاد .

(١) السنيهوري: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٣١، ص ١٠٠٠ .

(٢) السنيهوري: المرجع السابق، فقرة ٧٣١، ص ٩٠٩ .

٢٤٠- ويشمل الحق الممتاز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم فى تشييد أبنية، أو منشآت أخرى، أو فى إعادة تشييدها، أو فى ترميمها، أو فى صيانتها، (م ١/١١٤٨ مدنى).

٢٤١- ويقع الامتياز على المنشآت بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه، وعلى ذلك فان الامتياز لا يقع على العقار كله وانما يتحدد بقدر ما زاد فى قيمة العقار وقت بيعه بسبب هذه الأعمال، كما يجب أن تظل تلك الزيادة الى وقت البيع. ويقدر القاضى مقدار الزيادة التى يباشر عليها الامتياز وقت البيع، وله أن يستعين فى ذلك بخبراء^(١).

٢٤٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد (م ٢/١١٤٨ مدنى) واذا تزاخم الامتياز مع أى حق عينى آخر على العقار، قدم الأسبق منهما فى تاريخ شهرة^(٢).

ثالثا : امتياز المتقاسم فى العقار

٢٤٣- وقد نصت المادة ١١٤٩ مدنى على هذا الامتياز، والغرض من تقرير هذا الامتياز هو ضمان للوفاء بالالتزامات الناتجة عن القسمة.

٢٤٤- والحق الممتاز هو الالتزامات التى تنشأ عن عقد القسمة، وهى ثلاثة، ضمان الاستحقاق، والالتزام بدفع المعدل، والالتزام بدفع ثمن التصفية.

٢٤٥- ويرد الامتياز على الحصة المفترزة التى وقعت فى نصيب كل متقاسم، وفى قسمة التصفية يرد الامتياز على العقار الذى كان محلا لها ورسا لمزاده على أحد الشركاء، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد (م ١١٤٩ مدنى).

(١) السهنورى: المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٣٦، ص ١٠٠٣ - ١٠٠٤.

(٢) السهنورى: المرجع السابق، فقرة ٧٣٨، ص ١٠٠٤.

الكتاب الثاني التأمينات الشخصية

تمهيد:

٢٤٦ - أنواع التأمينات الشخصية وتحديد نطاق الدراسة:

يقصد بالتأمينات الشخصية الالتزامات الشخصية التي تضاف إلى التزام المدين، وهي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن. قد يكون هذا التعدد أو الضم على قدم المساواة، أى يكون المدينون ملزمين جميعاً فى الدرجة الأولى، أى أنهم ملزمين جميعاً بصفة أصلية بكل الدين فيستطيع الدائن أن يرجع على أى منهم دون تمييز ليطالبه بالدين كاملاً. ويتحقق ذلك فى حالة التضامن السلبي، أى التضامن بين المدينين، وحالة عدم قابلية الالتزام للانقسام. وفى الانابة غير الكاملة وفى الدعوى المباشرة. وكل هذه المسائل قد سبقت دراستها ضمن مباحث الالتزامات.

وقد يكون هذا التعدد أو الضم ليس على قدم المساواة، وإنما تختلف درجة مسئولية المدينين من الوفاء بالتزام، فتكون مسئولية بعضهم فى الدرجة الأولى ولا تأتى مسئولية البعض الآخر إلا فى الدرجة الثانية، أى أن البعض يسألون بصفة أصلية عن الوفاء بالتزام ولا يسأل البعض الآخر إلا بصفة تبعية أى فى حالة عدم وفاء الأولين، ويتحقق ذلك فى الكفالة العادية. أما فى الكفالة التضامنية فيستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلي أو على الكفيل المتضامن مع المدين أيهما يشاء.

ويترتب على ذلك أن كل من الحق فى الحبس والكفالة العينية لا يدخل ضمن دراسة التأمينات الشخصية. حيث أن الحق فى الحبس يترجم فى الواقع العملى إلى حبس الدائن تحت يده مالا خاصاً للمدين حتى يستوفى منه حقه، فهو ليس من التأمينات الشخصية^(١)، كما أنه لا يرقى إلى مرتبة

(١) أنظر عكس ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٢٨.

التأمينات العينية لأنه لا يخول للدائن ما يخول له الحق العيني من حق تقدم وحق تتبع على الشئ المثقل بهذا الحق^(١)، والكفالة العينية لا تدخل أيضا في التأمينات الشخصية، لأن الكفيل العيني لا يلتزم شخصيا بل يقدم مالا مملوكا له يكون عليه رهنا ليضمن الوفاء بحق شخصي للدائن. ولذلك فإن الكفالة العينية تعتبر تأمينا عينيا ولكن تتميز بأن الذى يقدم هذا المال ليس المدين، كما هو الأمر عادة فى التأمين العيني، بل شخص آخر غيره وذلك ليضمنه فى مواجهة دائئه، وتدرس الكفالة العينية ضمن التأمينات العينية.

ولذلك سوف نقتصر فى هذا الكتاب على دراسة الكفالة فى صورتها البسيطة والتضامنية.

٢٤٧ - خطة البحث:

وسيقع بحثنا فى الكفالة فى باب واحد. به فصل تمهيدى وفصول أربعة رئيسية:

نتناول فى الفصل التمهدى التطور التاريخى للكفالة وتعريفها وخصائصها وتمييزها بعد ذلك عن غيرها من العقود التى تشابهها، ثم بعد ذلك ندرس مصادر التزام المدين بتقديم كفيل والشروط الواجب توافرها فى هذا الكفيل. ثم تنقسم الدراسة بعد ذلك إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: فى أركان عقد الكفالة وشروط صحته.

الفصل الثانى: فى اثبات الكفالة وتفسيرها.

الفصل الثالث: فى آثار الكفالة.

الفصل الرابع: فى انقضاء الكفالة.

(١) السهوى، المرجع السابق، الجزء العاشر، فقرة ٩، ص ١٦.

باب واحد
الكفالة

Le Cautionnement

فصل تمهيدي

نظرة أولية علي الكفالة

في هذا الفصل سنعنى بالتطور التاريخي للكفالة، وبتعريف الكفالة وبيان خصائصها لنصل إلى تمييز الكفالة عما قد يشتبه بها من عقود، ثم في النهاية نبرز مصادرات التزام المدين بتقديم كفيل والشروط الواجب توافرها في الكفيل، وكذلك نبين العلاقة بين الكفالة والتأمينات العينية.

المبحث الأول: التطور التاريخي للكفالة

- هي القانون الروماني كانت الكفالة ترتكز بصفة أساسية على التضامن العائلي الذي يمثل حجر الزاوية في التنظيم الاجتماعي. ولم يكن يخلف مركز الكفيل في أول عهود القانون الروماني عن مركز المدين المتضامن، فهو ملتزم بصفة أصلية مثله مثل المدين الأصلي^(١) فلم تكن الكفالة عندذاك تتميز عن التضامن، بل كانت هي والتضامن شيئاً واحداً، وقد كان هناك شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن^(٢).

في فترة لاحقة بدأت تظهر صفة التبعية لالتزام الكفيل. كما أعترف بالدفع بالتجريد "un bénéfice de discussion"، والذي بمقتضاه يلزم الدائن بالتنفيذ أولاً على المدين الأصلي. وكذلك أقر الدفع بالتقسيم Le bénéfice de division في حالة تعدد الكفلاء. ولكن في العمل ظهرت الكفالة التضامنية ليتخلص الدائن من هذه الدفع^(٣).

- هي القانون الفرنسي القديم تحت تأثير النصوص الرومانية في القرن الرابع عشر لم يلق الكفيل المعاملة القاسية والبدائية التي كان يعامل بها من

(١) انظر في تفصيل ذلك:

- H. et L. Mazeaud, Leçons de droit civil, T. III, Vol. I, par F. Chabas. 5e éd. p. 17, Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, le Sûretés, 2e éd. no. 103, p. 22; Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 2e éd., no. 4, p. 5 et s.

(٢) عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، ص ٢٢.

(3) H-et L. Mazeaud. loc. cit, p. 17.

قبل، وأعطى حق التمسك بالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم. كما أنه في حالة قيام الكفيل بالوفاء بدين المدين خول له الحلول محل الدائن في رجوعه على المدين بدلاً من الوكالة الرومانية^(١).

- وقد تَلَقَّى تَقْنِين نَابِلْيُون هذه القواعد وقَنَنها في المواد من ٢٠١١ إلى ٢٠٤٣. وقد ظهرت أيضاً في الحياة العملية نفس المشكلة التي ظهرت منذ قديم وهو تنازل الكفيل عادة عن الدفع القانوني، سواء كان هذا تنازلاً مباشراً عنها أو غير مباشر بأن يعرض عليه الكفالة التضامنية^(٢).

- في القانون الفرنسي الحديث ظل قانون الكفالة يتسم خلال زمن طويل بالسكون حيث أن التأمينات العينية لم تترك له، في مجتمع زراعي، إلا دوراً ثانوياً. وظلت الكفالة منظور إليها باعتبارها خدمة من الأصدقاء أو الأقرباء، فعقد الكفالة يعتبر من عقود التفضل (م ١١٠٥ من التقنين الفرنسي) فهي بطبيعتها تبرعية وغريبة عن عالم المعاملات الاقتصادية، فالكفيل لا يسعى إلى أي مزايا شخصية. ولهذا السبب شغلت الكفالة مكاناً متواضعاً لدى فقهاء القرن التاسع عشر باعتبارها من بين العقود الصغيرة "petits contrats" بالمقابلة للعقود الكبيرة "grands contrats" مثل البيع أو الإيجار^(٣).

في خلال عشرات السنين عرفت الكفالة ثورة. ففي الوقت الحاضر تعتبر الكفالة أداة رئيسية في الاقتصاد. وهذه الانطلاقة ترجع إلى عدة أسباب: أولاً: تطور الائتمان في الوقت الحاضر، سواء بالنسبة للصناع، أو التجار أو المستهلكين ونحن نعلم أن الائتمان يستلزم التأمينات^(٤)، وتتصدر الكفالة هذه التأمينات حيث أنها بسيطة في تكوينها لا تستلزم شكلاً معيناً ولا علانية

(1) Ph. Malaurie, L., Aynés, op. cit, no 104 p. 22.

(2) Mazeaud, op. cit, p. 17; A Weill, droit civil, les sûretés. la publicité foncière, Dalloz, 1979, p. 5.

R. Tendler, le cautionnement. Reine éphémère des sûretés, dalloz, 1981; P. 129.

(3) Ph. Malaurie, L., Aynés, op. cit, no. 105 p. 22.

(4) أظن مؤلفنا نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، ١٩٩٠، ص ١٤٧ وما بعدها.

معينة، قليلة التكاليف، لا تبدد إئتمان المدين وذلك على خلاف التأمينات العينية. كما أن التأمينات العينية فقدت كثيراً من قوتها في صالح التأمينات الشخصية ووسائل الضمان الحديثة خاصة في ظل قوانين الإفلاس الحديثة في كثير من دول العالم^(١). ثانياً : اهتمام المؤسسات المالية (البنوك وغيرها من المؤسسات المالية) بتقديم الكفالة للدائنين في مجالات الائتمان المختلفة مما أدى ذلك إلى «مصرفة الكفالة»^(٢)، ثالثاً : ظهور الكفيل صاحب المصلحة، فمثلاً نجد مدير شركة معينة، أو مساهم يملك أغلبية الأسهم في شركة معينة أو شركة أم يضمن لدى بنك معين الشركة حتى تتمكن من الحصول أو المحافظة على إئتمان معين. أو يقوم بنك بضمان أحد عملائه في الحصول على إئتمان معين في مقابل عمولة معينة. والبنك هنا لم يفعل شيئاً إلا مجرد توقيع دون أن يقدم أى أموال لعميله.

قد ترتب على هذا الإنطلاقة للكفالة أن حاول القضاء الفرنسي جاهدة حماية الكفيل بوسائل متعددة^(٣). كما أن المشرع الفرنسي قد سار في هذا الاتجاه، ففي قانون أول مارس ١٩٨٤ أنشئ التزام بالتبصير على عاتق مؤسسات الائتمان (م ٤٨). وحرم هذا القانون النزول عن حق الحلول في الدعاوى (م ٤٩). وفي قانون ٢٣ يونيو ١٩٨٩ مد الحماية المقررة في قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ المسمى بقانون Scrivener I والخاص بحماية المستهلك في مجال الائتمان المخصص لتمويل بيع المنقولات وأداء الخدمات إلى الكفلاء لهذه العمليات الائتمانية. وفي قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بالوقاية والعلاج للصعوبات الناشئة عن الإسراف في الاستدانة من جانب الأفراد

(١) أنظر في تفصيل ذلك مؤلفنا في الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ٤ وما بعدها (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية في القانون المدني ١٩٩٣).

(٢) أنظر: Ph. Malaurie. L., Aynés, op. cit. no, 106, p. 22, 23.

Aubry et Rau, Droit civil français. 7e édit par Esmein et A. Ponsard. T. Iv, 1075 par. A. Ponsard et De la Batie. P. 317 et s.

Ph. Simler, op. cit, no, 4 p. 6. (٣) أنظر:

والأسر قد أضفى الحماية الفعالة أيضاً على الكفلاء (م ١٩ - ٢٢) وهذه الحماية تتمثل في الالتجاء إلى الشكلية من ناحية، وفي الإعفاء من بعض الإلتزامات من ناحية أخرى^(١)، في صدد العمليات الائتمانية المنصوص عليها في قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، وقانون ١٣ يوليو ١٩٧٩.

المبحث الثاني

تعريف الكفالة وبيان خصائصها

وقد أورد المشرع تعريفاً للكفالة في المادة ٧٧٢ مدنى، فيجب علينا إذن أن نقوم بتحليل هذا التعريف وبيان عناصره، ثم يمكننا بعد ذلك أن نستخلص منه الخصائص المميزة للكفالة.

وعلى ضوء ذلك سوف نعرض أولاً لتعريف الكفالة، ثم نبين ثانياً خصائص الكفالة.

أولاً: تعريف الكفالة

قد نصت المادة ٧٧٢ مدنى على أن الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الإلتزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ٢٠١١ من التقنين المدنى الفرنسى^(٢).

من هذا التعريف يبين أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل دون المدين، بل أنه لا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضاء المدين بل يمكن أن يتم بدون علمه ورغم معارضته (م ٧٧٥ مدنى). ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماماً عن عقد الكفالة، حيث أن هذا العقد ما تم إلا ليضمن الإلتزام هذا المدين لدائنه وبالتالي ليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، ويمنح هذا الأخير الأمن والأمان^(٣).

(١) أنظر مؤلفنا نحو قانون للإفلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية ١٩٩١، ص ٢١٧، وما بعدها.

(٢) أنظر: Aubry et Rau, op, cit, no 2/3 p. 317, ph. Malaurie. L., Aynés, op. cit. no 100 p. Ph. Simler, op. cit, no 8 p. 11.

(٣) فارن عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدنى المصرى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية ١٩٥٤، فقرة ١٧، ص ٣٥.

ويبين أيضاً من هذا التعريف أن الكفالة ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين. والالتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه بل وفي أوصافه. ويستطيع الكفيل أن يدفع بكل الدفع المتعلقة بالالتزام المكفول. ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ولكنه يجوز أن يكون أهون. كما أن الكفيل يستفيد من كل تغير طارئ في الالتزام المكفول ولكنه لا يضر من هذا التغيير.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا ينبغي أن يفهم من العبارة الأخيرة الواردة في التعريف السابق، وهو إذا لم يف به المدين، أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف. وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء بالالتزام الكفيل التزام بات يترتب في ذمة الكفيل بمجرد انعقاد الكفالة. وإنما يراد من هذا التعليق إبراز الصفة الاحتياطية للكفالة والتي تجعل الكفيل ملتزماً من الدرجة الثانية، بمعنى أن الدائن ملزم بأن يطالب أولاً المدين (م ١/٧٨٨ مدني) وأن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله (م ٢/٧٨٨ مدني) وسوف نعرض لذلك بالتفصيل عند الكلام عن آثار الكفالة.

يجب ألا نخلط بين الكفالة بهذا المعنى وبين ما أصطلح على تسميته كفالة. خاصة في الأحوال التي يقوم بها بعض الأشخاص بإيداع مبالغ من النقود أو القيم المنقولة كضمان لدين، وكذلك ما يقوم بإيداعه المتهم في المسائل الجنائية من مبالغ نقدية في خزانة المحكمة لإطلاق سراحه^(١). ففي كل هذه الأحوال لسنا بصدد كفالة بالمعنى القانوني الذي أوضحناه، أي كتأمين شخصي، وإنما بصدد نوع من أنواع التأمينات العينية وهو الرهن الحيازي. وتسرى بالتالي عليه أحكام هذا الرهن^(٢).

(١) أنظر في أمثلة أخرى من القانون الفرنسي A. Weill, op. cit. no 7 p. 10 في قانون المصري عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٤، رمضان أبو السعود، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية. الجزء الأول، طبعة أولى ١٩٨٠، ص ٣٦.

(٢) السنهوري، الوسيط، ج ١٠، ص ٢٠، عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٣٤.

ثانياً: خصائص الكفالة

على ضوء التعريف السابق نستطيع أن نجمل خصائص الكفالة فيما يلي:

١- الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي Contrat de garantie personnelle

فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف إلى التزام المدين، أى أنها تمنح الدائن ضماناً شخصياً بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه.. وبذلك يكون كل من المدين والكفيل مسئولاً مسئولية شخصية فى جميع أمواله عن الوفاء بالتزام المدين، مع مراعاة أن مسئولية الكفيل مسئولية إحتياطية، أى عند عدم وفاء المدين بالتزامه.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي أنها لا تجنب الدائن تماماً مخاطر الاعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر اعسار مدينه إلا أن هذا الاحتمال مازال قائماً بالنسبة للكفيل. غير أنه فى الوقت الحاضر، بعد شيوع إستخدام الكفالة، أصبح الضمان الذى تقدمه الكفالة أكثر أماناً خاصة بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقدم ضمانها للمشروعات وللأفراد للحصول على الائتمان اللازم على النحو السابق بيانه^(١).

٢- عقد الكفالة عقد رضائي Contrat consensuel فهو ينعقد بمجرد

التراضى ما بين الكفيل والدائن. فلا يشترط فيه أى شكل خاص. وإن كان المشرع يشترط الكتابة للاثبات (م ٧٧٣ مدنى) فإن هذا الشرط ليس شرطاً ضرورياً للانعقاد ولكنه شرط لازم للاثبات. ومع ذلك يمكن إثباتها بما يمكن أن يقوم مقام الكتابة، كالإقرار واليمين.

ونظراً لخطورة التزام الكفيل حاول القضاء الفرنسى توظيف نصوص تقنين نابليون لتوفير الحماية اللازمة للكفلاء وبصفة خاصة نص المادة ٢٠١٥ من التقنين المدنى الفرنسى والذى يشترط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ونص المادة ١٣٢٦ من نفس التقنين (بعد تعديلها بقانون ١٢ يوليو

R. Tendler, op. cit, p. 129.

(١) أنظر بصفة خاصة:

١٩٨٠) التي تتطلب بياناً مكتوباً في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، إلى حد أن الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية ذهبت في أحكامها اعتباراً من عام ١٩٨٤ إلى أن الجمع بين نص المادة ١٣٢٦ و ٢٠١٥ يؤدي إلى اعتبار أن اشتراط البيان المكتوب لا يتعلق فحسب بمجرد قواعد الإثبات وإنما له غاية معينة وهي حماية الكفيل، مما قد يفهم منه أن جزاء تخلف أو عدم كفاية البيان المكتوب هو البطلان مما يجعل من هذا البيان شرط شكلي لازم لصحة الاتفاق، وبالتالي يجعل من الكفالة عقداً شكلياً. هذا القضاء، خاصة وأن الدائرة التجارية لم تأخذ به، لم يستمر طويلاً حيث نفس الدائرة المدنية عادت وقررت أن المادة ١٣٢٦ و ٢٠١٥ تشكل قواعد إثبات^(١).

- استثناءات تشريعية في فرنسا:

إغراء الشكالية في هذا المجال لم يكن جديداً بالمرّة. وهذا راجع إلى أن التزام الكفيل يمثل بصفة خاصة خطورة لا جدال فيها. هذه الخطورة لا ترجع إلى الطابع الرضائي لعقد الكفالة وإنما ترجع أكثر إلى طبيعته الملزمة لجانب واحد حيث أنه في مجال الإثبات لا يتم إلا كتابة نسخة واحدة من العقد يحتفظ بها الدائن، مما يترتب عليه أن الكفيل لا يحتفظ بأي أثر يدل على التزامه مما يعرضه لنسيانته، بل إن وراثته لا يكون لديهم أي علم به.

ومن أجل ذلك قد اقترح إنشاء نظام للشهر والعلانية لالتزامات الكفيل حتى يتسنى للغير معرفة القدرة الائتمانية للشخص إلى جانب أنه يهيئ للكفيل نفسه وورثته أداة للاعلام. ولكن حجم الصعوبات التي واجهت مثل هذا النظام جعلت قيامه قليل الاحتمال.

لكن المشرع قد سار في طريق آخر ففي صدد حمايته للمستهلك كفل الحماية أيضاً للكفلاء. فالمادة ٥ من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، ١٣ يوليو ١٩٧٩ استلزمت بصدد البيع بالأجل أن يقدم مسبقاً عرضاً متضمناً كل الخصائص

Ph. Simler, op. cit. no, 50 p. 45 ets.

(١) أنظر في تفصيل ذلك:

المميزة للعقد إلى كل من المقترض وكفيله. كما أن المادة الثانية من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ والمعدله بقانون ٢٣ يونيو ١٩٨٩ نصت على أن «نصوص هذا القانون تطبق على كل عملية إئتمان، وكذلك على كفالتها المحتملة...» هذه الحماية للكفلاء لا أثر لها على شكل الكفالة.

لكن النصوص الجديدة التي جاءت فيما بعد إستسلمت أكثر لاغراء الشكلية، من ذلك النصوص المضافة إلى كل من قانون ١٠ يناير ١٩٧٨، ١٣ يوليو ١٩٧٩ (القوانين المتعلقة بعمليات الائتمان الاستهلاكي في المنقول والعقار) بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ (القانون الخاص بوقاية وعلاج العقوبات الناشئة عن الاسراف في الاستدانة من جانب الأفراد العاديين والأسر). فطبقاً لنص المادة ١/٧ الجديد المضاف إلى قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ (م ١٩ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩) أن «الشخص الطبيعي الذي يلتزم بمقتضى ورقة عرفية بصفته كفيلًا في عملية من العمليات المنصوص عليها في المادة ٢ يجب أن يسبق توقيعه بالبيان المكتوب الآتي، وبصفة خاصة ما يلي: «بصفتي كفيلًا (لفلان) في حدود مبلغ وقدره (.....) (يشمل المبلغ الأصلي والفوائد، وعند الاقتضاء، الشروط الجزائية وفوائد التأخير) لمدة قدرها (....) أتعهد بأن أدفع للمقرض المبالغ المستحقة من دخلي وأموالي إذا (فلان - المدين) لم يف هو نفسه بهذه المبالغ».

وإذا كانت الكفالة تضامنية، يجب أن تكتب العبارة التالية «إننى أتنازل عن الدفع بالتجريد الوارد في نص المادة ٢٠٢١ من التقنين المدني، وأننى التزم تضامنيا مع (فلان) وأتعهد بأن أدفع للدائن دون أن اشترط عليه الرجوع أولاً على (فلان)....» ونفس الشئ بالنسبة لنص المادة ١/٩، ٢/٩ الجديد من قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ (م ٢٢ من قانون ١٢/٣١/١٩٨٩) وبذلك أصبحت الكتابة شرط إنعقاد بالنسبة للكفالة المقدمة لضمان العمليات المنصوص عليها في قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ (١).

(١) أنظر في تفصيل ذلك مؤلفنا نحو قانون للافلاس المدني، السابق الإشارة إليه، ص ١١٧، وما بعدها وأنظر كذلك: Ph. Simier, op. cit. no 52, p. 47, 48, no 193 p. 164.

٢- عقد الكفالة عقد تابع،

- تعتبر هذه الخصيصة من أهم خصائص الكفالة، بل أنها تعتبر المعيار الفاصل لتمييز الكفالة عن غيرها من وسائل الضمان الشخصية. فحول هذه الصفة تتبلور جميع أحكام الكفالة سواء من حيث الانعقاد والصحة والبطلان والأوصاف أو الوجود والانقضاء أو الآثار. فالكفالة وسيلة من وسائل الوفاء بالتزام معين. وعلى ذلك فإنه يستلزم لقيام الكفالة أن يوجد التزام أصلى بين الدائن والمدين، لكى تركز عليه وتقوم على ضمان الوفاء به^(١).

وصفة التبعية فى الكفالة لها نطاق أوسع ومعنى أدق وأعمق من مجرد العلاقة بين الضمان والدين المضمون. فالكفالة تتميز بتبعيةها المباشرة والضيقة للالتزام المكفول. وتفسير ذلك ببساطة يرجع إلى أن محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين الأصلى عند عدم وفاء هذا الأخير به. فإذا كان هناك علاقتان، العلاقة بين المدين والدائن والعلاقة بين الدائن والكفيل، وهناك التزامان مستقلان، التزام المدين فى مواجهة الدائن والتزام الكفيل فى مواجهة الدائن، إلا أنه مع ذلك لا يوجد إلا دين واحد يجب الوفاء به، لذلك فإن كل ما يمس هذا الدين ينعكس بالضرورة على التزام الكفيل.

- صفة التبعية تعتبر من جوهر الكفالة وتشكل الفيصل فى تكييف عقد الكفالة. وعلى ذلك فإن كل إتفاق للضمان لا يتوفر فيه صفة التبعية فإنه لا يعتبر كفاله. وعلى العكس كل إتفاق للضمان الشخصى يئصف بهذه الصفة فإنه يعتبر كفالة أيا كانت الألفاظ المستخدمة من جانب المتعاقدين أو جرى العمل عليها.

- صفة التبعية تعتبر من الأمور الحتمية بالنسبة للكفالة وهذا ما يتضح بجلاء من المادة ٧٧٦ مدنى (م ١/١٠١٢ مدنى فرنسى) والتى تنص على أن «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً، والمادة

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٠، وأنظر نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٧، ص ١٤٨٧، ١٥/٣/١٩٧٦، نفس المجموعة، السنة ٢٧، ص ٦٣٧.

٧٨٠ مدنى (م ٢٠١٣ مدنى فرنسى) والتى تنص على أن ،لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين . ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ، . لذلك إذا أتجهت إرادة الأطراف إلى إبرام عقد الكفالة فأنهم لا يستطيعون إستبعاد النتائج التى تنشأ عن صفة التبعية .

- لكن يجب ألا يفهم من ذلك أن صفة التبعية فى الكفالة تعتبر متعلقة بالنظام العام . فمبدأ الرضائية فى العقود يسمح بإبرام الأطراف عقد من أجل ضمان دين معين ومع ذلك يستبعدون فيه هذه العسفة دون أن يكون فى ذلك أية مخالفة للنظام العام . غير أنهم بذلك يكونوا قد إستبعدوا صفة الكفالة عن هذا الاتفاق . وهذا هو الشأن ، بصفة خاصة ، بالنسبة للضمانات المستقلة التى لا تعد بأى حال من قبيل الكفالة ^(١) . وكذلك الانابة الناقصة التى تستخدم كوسيلة للضمان ^(٢) ، وأيضاً الضمانات التعويضية ، كخطابات النوايا أو الثقة ^(٣) وغير ذلك .

- ومما تجدر الإشارة إليه ان اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين لا يزرع عن الكفالة صفة التبعية كل ما هنالك أن هذا الشرط يعطى للدائن ضمان أكبر فالكفيل تتجه إرادته دائماً إلى الالتزام بصفة تبعية . لذلك إذا هو تنازل عن الدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم فإنه يحتفظ دائماً بالحماية اللصيقة لصفة التبعية ، وبصفة خاصة الاحتجاج بالدفع الناشئة عن الالتزام المكفول وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ، وكذلك التمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م ٧٨٤ مدنى مصرى ، ٢٠٣٧ مدنى فرنسى) ، وكذلك تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً (م ٢/٧٨٥ مدنى مصرى) .

(١) أنظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد ، الضمانات غير المسماه السابق الإشارة إليه ، ص ١٢٨ ، وما بعدها وبصفة خاصة ، ص ١٣٨ .

(٢) نبيل سعد ، المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعدها .

(٣) نبيل سعد ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ وما بعدها .

أ - نتائج صفة التبعية:

يترتب على صفة التبعية التي تلحق التزام الكفيل عدة نتائج نجملها فيما يلي:

١ - لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً (م ٧٧٦ مدني مصري).

٢ - لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين. ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ١/٧٨٠ مدني مصري) ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون (م ٢/٧٨٠ مدني مصري) (أنظر م ٢٠١٣ مدني فرنسي).

٣ - كما أن الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ في الالتزام المكفول ولكن لا يضار من هذا التغيير.

٤ - أن مصير التزام الكفيل مرتبط، من عدة جوانب، بمصير الالتزام الأصلي.

أ - ينقضي لالتزام الكفيل بالتقادم نتيجة لإتقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به حيث أن التزام الكفيل لا يمكن أن يقوم دون أن يرتكز إلى التزام أصلي يعمل على ضمان الوفاء به. وللكفيل أن يتمسك بتقادم الالتزام الأصلي ولم لم يتمسك به المدين، بل ولو نزل المدين عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، حيث أن هذا النزول نسبي لا يتعدى المتنازل نفسه إلى نوى المصلحة الآخرين الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم باسمهم شخصياً، كالكفيل^(١) كما أن سريان التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل لا يبدأ طالما أن الالتزام الأصلي غير مستحق الأداء.

(١) أنظر مولفنا في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية ١٩٩١، ص ٤٢٩.

ب- كما أن حجية الشئ المقضى ضد المدين الأصلي والمتعلقة بوجود الدين المكفول يحتج بها فى مواجهة الكفيل.

ج- كما أن إنقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء بمقابل يؤدى إلى براءة ذمة الكفيل ولو إستحق الشئ المعطى للوفاء فى يد الدائن (م ٧٨٣ مدنى).

د - يترتب على تجديد الالتزام المكفول إنقضاؤه بتوابعه وينشأ مكانه التزام جديد. ولا ينتقل إلى هذا الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية إلا إذا رضى الكفلاء بذلك (م ٣٥٨ مدنى).

هـ- كما أن إنقضاء الالتزام الأصلي لأى سبب من أسباب الانقضاء يؤدى إلى انقضاء التزام الكفيل حيث أنه إذا انقضى الالتزام المكفول الذى يركز عليه التزام الكفيل فيجب أن ينقضى هذا الأخير بالتبعية، لأن الفرع يتبع الأصل، وأن التابع يتبع المتبوع.

ب- حدود صفة التبعية:

صفة التبعية لا تؤدى بالضرورة إلى تطابق تام فى النظام للقانونى للالتزامين. فإذا كان محل التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين نفسه لو لم يف به إلا أن التزام الكفيل مع ذلك ينشأ من عقد مستقل. هذا العقد يخضع لقواعد خاصة والتى لا تمس وظيفة الضمان ولنعرض لبعض مظاهر هذا الاستقلال فيما يلى:

١- لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة (م ٧٧٣ مدنى مصرى).

٢- الاتفاق على تحديد الاختصاص المحلى فى العقد الأصلي لا يسرى على الكفيل.

٣- تحديد الطبيعة المدنية أو التجارية للكفالة تؤدى غالباً إلى أن الكفالة تبقى مدنية بالرغم من أن الالتزام الأصلي كان تجارياً ولو كان الكفيل تاجراً

(م ٧٧٩ مدنى مصرى) مما يؤدى إلى أن كل من الالتزامين يخضعان لاختصاص نوعى واختصاص محلى مختلف.

٤- شرط التحكم الذى يتضمنه العقد الأصلى لا يجوز أن يحتج به على الكفيل لأنه ليس طرفاً فيه.

- نخلص مما تقدم أن الصفة التبعية لا تؤدى إلى حرمان عقد الكفالة من كل استقلالية. فطبيعته الرضائية والملزمة لجانب واحد تحدد نظامه القانونى بصفة خاصة من حيث صحته وإثباته دون الاحالة إلى العقد الأصلى، كما أن وجود إستثناءات حقيقية للصفة التبعية تؤكد، عند الضرورة، أنه لا محل من جعل هذه الصفة لعقد الكفالة ذات تطبيق منتظم وأعمى.

ج- إستثناءات على صفة التبعية:

سوف نعرض هنا لبعض الاستثناءات على صفة التبعية نجعلها فيما يلى:

١- القانون المدنى نفسه أكد أنه يمكن كفالة التزام ناقص الأهلية (م ٧٧٧ مدنى مصرى) بالرغم من تأكيديه بأن لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام مكفول صحيحاً (م ٧٧٦ مدنى مصرى) (م ٢٠١٢ مدنى فرنسى).

٢- سقوط الأجل بسبب شهر الافلاس أو الاعسار للمدين المكفول لا يؤدى إلى سقوطه بالنسبة للكفيل، إذ لا يلتزم هذا الأخير بالوفاء إلا عند حلول الأجل^(١).

٣- لا يفيد الكفيل من الصلح الواقعى الذى يحصل عليه المدين المكفول (م ٢/٧٦١ قانون تجارى جديد).

٤- عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد Contrat unilatéral،

أ- المبدأ: عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد فى الأصل حيث الذى

(١) أنظر مؤلف السابق فى أحكام الالتزام، ص ٢٠٣.

يلتزم في عقد الكفالة هو الكفيل وحده، أما الدائن وهو الطرف الآخر في العقد فلا يلتزم عادة بشئ نحو الكفيل^(١).

لا يغير من طبيعة عقد الكفالة، باعتباره عقد ملزم لجانب واحد، بحسب الأصل، ما يتحمله المدين قبل الكفيل من التزامات. فإن مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة، إذا أن المدين ليس طرفاً فيه.

لا يغير أيضاً من طبيعة الكفالة باعتباره عقد ملزم لجانب واحد ما قد يتحمل به الدائن من التزامات في هذا العقد. مثل ما تفرضه المادة ٨٨٧ مدنى على الدائن من تسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، ومن وجوب العمل على نقل التأمين حتى يفيد به في هذا الرجوع^(٢). وذلك لأن هذه الالتزامات لا تتولد عن عقد الكفالة ذاته، وإنما تترتب على وفاء الدين، وهذا يعتبر واقعة لاحقة لإبرام عقد الكفالة، ولذلك ليس من المتصور عقلاً أن تصف عقد بأنه ملزم للجانبين بما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة وخارجة عنه. والدليل على ذلك أن الالتزام بتسليم المستندات ونقل التأمين يقع على عاتق كل دائن حينما يدفع له مدينه دينه، ولو لم تكن كفالة، ويظهر هذا الالتزام بصفة خاصة عندما يكون للموفى حق الحلول محل الدائن^(٣).

بالإضافة إلى ذلك فإن هذا الالتزام يفترض أن بين يدي الدائن مستندات لازمة للرجوع على المدين، ويفترض أيضاً وجود تأمينات أخرى في صالح الدائن مع أنه في الغالب لا يكون بين يد الدائن أى مستندات من

(١) أنظر عكس ذلك سليمان مرقس، عقد الكفالة في التقنين المدنى الحديث، طبعة ١٩٥٩، فقرة ٣٨، نفس المؤلف الوافى في شرح القانون المدنى، ٣، فى العقود المسماة، المجلد الثالث الكفالة، ١٩٩٣، فقرة ٨، ص ١١. JOSSERAND. Cours de droit civil. T. II No. 1940.

(٢) أنظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨. JOSSERAND, op. cit., no. 1940.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٦ هامش (٢). A. WEILL, op. cit., les sûretés, No. 14, p. 20.

هذا النوع ولا يكون له سوى الضمان الشخصي الناشئ من الكفالة. ونتيجة لذلك فإن الدائن لا يضطلع إلا بالتزام احتمالي، كما أنه في مضمونه التزام سلبي محقق وهو عدم تعريض رجوع الكفيل على المدين للخطر، وكل هذا لا يدخل في تعريف الكفالة، وبالتالي فهو لا يعتبر من طبيعتها القانونية^(١).

أما فيما يتعلق بما تقرره المادة ٧٨٤ من أنه تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات^(٢) وما تقرره المادة ٧٨٥ من أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يحم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل له بوجوب تلك المطالبة ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً، وما تقرره المادة ٧٨٦ من وجوب تقدم الدائن في تفليسة المدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.. فإن هذه كلها التزامات قانونية رتبها المشرع لحماية الكفيل وتأكيد صفة التبعية للالتزام الكفيل في القوانين الحديثة. وهذه الالتزامات لا تنشأ عن عقد الكفالة ولكنها تدخل في نظمها القانوني. وعلى ذلك فهي ليست متعاقبة مع ما يقع على الكفيل من التزام^(٣) كما أنها ليست سببا للالتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين نفسه^(٤). وبالتالي فهي لا تعطى صفة العقد الملزم لجانبين لعقد الكفالة. ولذلك كان الجزاء الطبيعي عند عدم مراعاة هذه الالتزامات هو براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة مخالفة الدائن لأحد هذه الالتزامات. يرى بعض الفقهاء أن هذه أسباب لانقضاء التزام الكفيل وليست التزامات تثقل الدائن^(٥). بينما يرى

(1) MAZEAUD , op. cit., No. ii, p. 18

(٢) أنظر: المادة ٢٠٣٧ مدني فرنسي.

(٣) أنظر في نفس هذا المعنى.

Ph. Simler, op. no 53, p. 48, 49.

وأنظر أيضاً: المرجع المشار إليها في هامش ١٥١، ص ٤٩.

(٤) أنظر منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ١٩٦٠، فقرة ٧.

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٦ و ٣٧ - سمير تداغو، المرجع السابق، ص

٢٢ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٤١، ٤٢، ٤٣.

البعض الآخر في ذلك شروط وضعها التقنين المدني وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملاً من الكفيل (١).

إذا كان الأصل في الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، فهذا لا يعني أن الكفالة تصرف بالارادة المنفردة أي تصرف يصدر من جانب واحد، بل أن الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل ارادتين متطابقتين من الكفيل والدائن. كل ما هنالك أن ما يترتب على هذا العقد من التزام لا يكون إلا في جانب الكفيل، فيكون مديناً بضمان الوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يف به ويكون الدائن الأصلي دائناً بهذا التزام (٢).

كما أن عقد الكفالة باعتباره، بحسب الأصل، عقد ملزم لجانب واحد فإنه لا يغير من طبيعته هذه تحديد الكفيل لالتزامه بالنسبة للالتزام الأصلي، كأن يحدد مقدار المبلغ الذي يضمنه أو أنه يحصل لنفسه على أجل خاص لاستحقاق لالتزامه أو غير ذلك من شروط، لأن الدائن لم يأخذ على عاتقه أي التزام إيجابى كل ما هنالك أنه قبل كفالة محددة *un cautionnement limité* (٣).

ب- إستثناءات:

إذا كان عقد الكفالة، من حيث المبدأ، عقد ملزم لجانب واحد فإن هذا لا يعني أنه لا يمكن على الإطلاق أن يتضمن التزامات متبادلة وبالتالي يكون عقداً ملزماً للجانبين. فمذ الوقت الذي يكون فيه كل من الطرفين ملزم تجاه الآخر، كأن يلتزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدائن، فأننا نكون بصدد عقد ملزم للجانبين (٤).

(١) السنهورى، المرجع السابق، ج ١٠، ص ٢٤، هامش (١).

(٢) السنهورى، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص ٢٥، وأنظر في هذا الخلط ولكن دون نتائج قانونية تذكر. Ph. simler. op. cit. no, 53 p. 49 notam. note 153.

(٣) أنظر في نفس المعنى. Ph. Simler. op. cit. no 53 p. 50

(4) A WEILL. op. cit, Les sûretés, No 14, p. 19

G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. 2, No. 452, p.

وفي القضاء الفرنسي توجد تطبيقات كثيرة نذكر منها على سبيل المثال، عندما يتفق الكفيل والدائن على تخفيض سعر فائدة الدين المكفول أو مد الأجل^(١) أو شطب الرهن أو أى تأمين عيني آخر، أو التزام الدائن بعدم التنفيذ إلا على أموال معينة لدى الكفيل^(٢) أو غير ذلك^(٣).

فى بعض هذه الفروض نجد أن عقد الكفالة الملزم للجانبين اقترن باشتراط لمصلحة المدين المكفول^(٤).

٥- الكفالة عقد من عقود التبرع Contrat à titre gratuit:

يحيط فى الغالب هذه الخاصية بعض الغموض. هذا الغموض يرجع فى الواقع إلى عثم التفرقة بين عقد الكفالة بالمعنى الدقيق وبين الكفالة باعتبارها

- MAZEAUD, op. cit., T. III, vol. 1, p. 118, Ph. Simler, op. cit., -/- no. 53, p. 48, no. 54, p. 50.

عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٦ - السهوري، المرجع السابق الجزء العاشر. فقرة ١٣، ص ٢٤ - محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية، ط ٣، ١٩٧٩ - توفيق فرج، دروس فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨١، ص ١٠ و ١١. محمد لبيب شنب، دروس فى التأمينات العينية والشخصية، ١٩٧٥، ص ٢٣٣ و ٢٣٤ - سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٩١ فقرة ٨، ص ٢٦ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٤١. وأنظر عكس ذلك، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٨، الوافى فقرة ٨، ص ١١.

- JOSSERAND, OP. CIT. NO. 1490.

(١) أنظر: 1825, S. 26.1.146, S. chr. 185-1827, 1, 220, 14 juin 1847, S. 1. 663: D. 47, i. 244: Cass. req. 12 nov. 1879, D.P. 80. 1, 49: note C.A. rapport Barafort. cités par Ph. simler. op. cit, note 154 p. 50.

(2) Cass. civ. I. 15 vev. 1972, Bull. civ. I. no 50: rev. trim., dr. com. 1973. 447. observ. Loussouarm.

(٣) أنظر فى أمثلة أخرى. Ph. simler, op. cit, no 54, p. 50.

(4) Cass. Com. 23 mai 1989, Bull. civ. IV, no 164: Rev trin - dr. civ. 1990. 72, observ. Mestre.

عملية قانونية ثلاثية الأطراف *une opération juridique triangulaire*. كما أن الفقه والقضاء لم يلتزما المعيار المعتمد في القواعد العامة للتفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع^(١).

طبقاً للقواعد العامة فإن عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطى مع إنصراف النية إلى ذلك. ولذلك يمكننا أن نخلص إلى أن معيار التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع هو معيار ذو شقين: الشق الأول، إنتفاء المقابل أو العوض المعادل، أى أن أحد المتعاقدين يعطى دون أن يأخذ عوضاً أو مقابلاً. والشق الثانى: هو نية التبرع أى تنصرف نية أحد المتعاقدين إلى إعطاء المتعاقد الآخر قيمة مالية دون مقابل يعادلها.

ويذهب الفقه إلى التمييز فى عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل. ففي الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. أما فى عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له ودون أن يخرج مال من ذمته.

وعلى ضوء ما تقدم يجب بحث الأمر على مرحلتين:

- على مستوى عقد الكفالة وهو الذى يترجم العلاقة بين الكفيل والدائن. فى هذه العلاقة التعاقدية نجد أن الكفيل يؤدى خدمة بدون مقابل فهو يلتزم بالضمان دون أن يتلقى أى مقابل من الدائن لقاء إلتزامه هذا. لكن لا يمكن أن نعتمد على ذلك فقط لاعتبار عقد الكفالة عقد تبرع حيث يبقى الشق الثانى وهو نية التبرع. وفى هذا الصدد نجد أن الكفيل ليس لديه - من حيث المبدأ - أى نية للتبرع وهذا وحده لا يكفى أيضاً لإعتبار عقد الكفالة من عقود المعاوضة. وهذا ما حدا بالبعض للقول بأن الكفالة تمثل تصرفاً محايداً

(١) أنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية بيروت، ١٩٩٥، ص ٦٧.

- على مستوى عقد العلاقة بين الكفيل والمدين، هذه العلاقة تمثل أحد الاضلاع الرئيسية في عملية الكفالة ولها إنعكاس واضح على عقد الكفالة. لذلك تعتبر الكفالة بطبيعتها من عقود التفضل *un contrat de bienfaisance*، أى من عقود التبرع حيث أن الكفيل لا يتلقى أى مقابل، كما أنه لديه نية التبرع نحو المدين حيث يقصد أن يؤدي له خدمة .

ومما تجدر ملاحظته أن الكفالة لا تعد من الهبات لأنها تفتقد العنصر المادى، وهو خروج مال من ذمة الراهب بغير مقابل. فالكفيل له حق الرجوع على المدين بما قام بالوفاء به للدائن.

بالرغم من أن الأصل فى عقد الكفالة أنه من عقود التبرع (٢) إلا أن صفة المجانية ليست من مستلزماته أو بمعنى آخر إذا كانت صفة التبرع من طبيعة عقد الكفالة إلا أنها ليست من جوهرها. فليس هناك ما يمنع ان الكفيل يشترط مقابلا عادلا فى نظير المخاطر التى يتعرض لها والصعاب التى يمكن أن يلاقىها عند رجوعه (٣)، وهذا ما يحدث غالباً عندما يكون أحد البنوك كفيلاً لأحد عملائه (٤).

(١) أنظر: Ph. Malaurie, L., Aynés, op. cit, no 144 p. 43.

وانظر فى نفس هذا المعنى: M. rémond - Gouilloud, L'influence de la port caution. débiteur sur le contrat de cautionnement. J. C. P. 77. éd G. I, 2850.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٧ و ٣٨.

- سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٢٣.

- توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١١.

- G. MARTY et p. RAY NAUD , op. cit., Y. III. Vol. I No. 543. p. 336.

وانظر عكس ذلك، محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

وقارن سليمان مرقس، الوافى، المرجع السابق الاشارة إليه فقرة ١٠، ص ١٦.

أنظر فى فرنسا، A WEILL. op. cit., Les Sûretés, No. 13, p. 19.

MAZEAUD. op. cit., p. 19, No. 12.

(3) M. PLANIOL et G. RIPERT. Traité pratique, 20 éd., T. XI. 2e Partie 1954. No. 4512. par R. SAVATIER.

(4) AUBRY et RAU. Loc. cit., No. 218, p. 322.

ولكن ما ينبغي التنبيه إليه هو أن في العلاقة بين الدائن والكفيل يكون عقد الكفالة دائماً من عقود التبرع. بمعنى أن الدائن لا يعطى أى مقابل للكفيل لقاء كفالته^(١). أما إذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه كمبلغ من النقود. فأننا لا نكون بصدد عقد كفالة، بل تأمين ائتمان. وبذلك يصبح عقداً أصلياً لا تابعاً واحتمالياً لا محدداً على النقيض من الكفالة^(٢).

ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع اشتراط أهلية التبرع في الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحاً. كما أنه يجوز الطعن في الكفالة بالتدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ التصرفات دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين، كما أنه لا يجوز إبرام الكفالة بطريق الوكالة إلا إذا صدر توكيل خاص، يعين فيه محلها على وجه التخصيص، بأن يعين فيها على الأقل المدين المكفول والالتزام المكفول^(٣).

ويترتب على كون الكفالة من أعمال التبرع أنها تكون في الأصل تصرفاً مدنياً، وإن كان الالتزام المكفول تجارياً والكفيل تاجراً^(٤)، وذلك لأن نية

(1) G. MARTY et P. RAYNAND op cit., T. II. vol. I. No. 548. p. 350.

وسمير تناغو، المرجع السابق، ص ٢٤.

- وقارن السهوري، المرجع السابق، ص ٢٥، يرى عكس ذلك، إذ يقول: أنه ليس من الضروري في عقود المعارض أن يكون العرض قد أعطى لأحد المتعاقدين بل يكفي اعطاؤه للغير وهو هنا المدين.

(2) AUBRY et RAU, op. cit., T. VI. No. 215, M. PLANIOL et G. Riopert T.. XI. No. 1513. par SAVATIER.

- V. AUSSI: M. PICARD et A. BESSON les assurances terrestres en droit français. t. I. 4e édit., 1975, No. 39, p. 64 et No. 349 p. 528.

- وسمير تناغو: المرجع السابق، ص ٢٤.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق. فقرة ١٧، ص ٣٦.

(٣) أنظر في ذلك: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٣٧.

- AUBRY et RAU, Loc. cit., No. 216, p. 32.

(4) MAZEAUD, op. cit., No. 11-2, p. 18.

- M. DE JUGLART et IPPOTITS, Traité de droit, commercial T. I, No. 79 et 83.

البرع غريبة عن التجارة^(١) كما أن التجارة تقوم على فكرة المضاربة^(٢). وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/٧٧٩ بقولها أن «كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنيا ولو كان الكفيل تاجراً».

ولما كان حكم هذا النص مبنى على الغالب المألوف من حيث، أن الكفالة عقد من عقود التبرع، فإنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون الكفالة عملاً تجارياً إذا كان الكفيل تاجراً وأبرمها بقصد الربح أو لتحقيق مصلحة تجارية، كما إذا تقدم أحد المصارف لضمان أحد عملائه فى مقابل عمولة.

كما أن الكفالة رغم صفتها المدنية، فإنها تحبر عملاً تجارياً إذا نشأت عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً. وعن تظهير هذه الأوراق وذلك وفقاً لقواعد القانون التجارى (م ٢/٧٧٩ مدنى).

المبحث الثالث: تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والأنظمة التي

تشابهها

يتضح مما تقدم ان الكفالة عقد بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ التزام المدين بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يفى به المدين نفسه. فالكفالة من الناحية الاقتصادية اداة من أدوات الائتمان، ومن الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان. ولذلك قد نجد أن هناك أنظمة قانونية أخرى قد تشبه بالكفالة سواء من حيث تكوينها القانونى أو من حيث وظيفتها الاقتصادية. ومن بين هذه الأنظمة سنعرض للالتزام التضامنى، والائابة الناقصة، والتعهد عن الغير، وتأمين اليسار أو تأمين الائتمان.

ومما تجد الإشارة إليه منذ البداية أن صفة التبعية هى الخصيصة المميزة لعقد الكفالة، عليها تبنى أحكامه ويرتب آثاره، وابتداء منها يمكن تمييزه عن غيره من العقود والأنظمة القانونية التى يمكن أن تشبه به.

١ - تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين، من حيث أن المدين

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٦.

المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن. وذلك على نقيض التزام الكفيل حتى ولو كان متضامناً مع المدين، فهو يعتبر التزاماً تابعاً لالتزام المدين. ويترتب على صفة التبعية هذه ان الكفيل حتى ولو كان متضامناً أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضع الدائن تأمينات. وكذلك يتمسك بسقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ انذار الكفيل له بذلك، وإذا لم يدخل الدائن في تقييصة المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التقييصة (أنظر أحكام المواد ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٦ مدنى).

٢- وتختلف الكفالة أيضاً عن الأنابة الناقصة من حيث أن المناب يلتزم التزاماً أصلياً بجانب المنيب في مواجهة الدائن - أى المناب لديه. ولا يعتبر المناب كفيلاً للمنيب في مواجهة المناب لديه. ومن ثم لا يستطيع المناب أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة الرجوع أولاً على المنيب. ولا يجوز له أن يتمسك بالدفع بتجريد أموال المنيب أولاً وغير ذلك من أحكام على النحو الذى سوف نراه في الباب الثانى.

٣- تختلف الكفالة عن التعهد عن الغير من حيث أن في التعهد عن الغير موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول التزام معين، ولذلك فإن التزامه بالتزام أصلى وليس التزام تابع. بينما الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين ويقوم بتنفيذه إن لم يف به المدين نفسه. فالمتعهد عن الغير لا يسأل عن الالتزام نفسه، وإنما يتعهد بقبول الغير لهذا الالتزام. ويبقى للغير الذى تعهد عنه حرية كاملة في قبول التعهد أو رفضه. وبناء على ذلك ان لم يقبل الغير التحمل بالالتزام فإن المتعهد يعتبر قد أخل بالتزام ترتب في ذمته، ومن ثم يلتزم بتعويض المتعهد له عما ناله من ضرر. يضاف إلى ذلك أن التزام المتعهد لا يقوم في نفس الوقت مع التزام الغير، إذ في الوقت الذى يقبل فيه الغير الالتزام تبرأ ذمة المتعهد لأن تعهده قد تحقق.

٤- ولا يعتبر في النهاية كفالة تأمين اليسار أو تأمين الائتمان. لأن المؤمن في هذا التأمين يلتزم التزاماً أصلياً ومستقلاً عن التزام المدين الذي يؤمن للدائن يساره. هذا الالتزام الأصلي ينشأ عن عقد التأمين ويوجد سبباً في القسط الذي يلتزم المستأمن بدفعه. كما أن محل عقد التأمين هو تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة اعسار المدين وليس تنفيذ التزام هذا الأخير^(١).

المبحث الرابع: مصادر التزام المدين بتقديم كفيل

والشروط الواجب توافرها في الكفيل

قد يكون هناك عقد أو حكم قضاء أو نص في القانون يلزم المدين بتقديم كفيل، كما أن المشرع قد اشترط في هذا الكفيل عدة شروط. فلنعرض لهاتين النقطتين على التوالي:

أولاً: الكفالة الاتفاقية والقانونية والقضائية

الكفالة عقد بين الكفيل والدائن بمقتضاه يضمن الكفيل تنفيذ التزام ويتعهد للدائن بالوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه. ويتضح من ذلك أن مصدر التزام الكفيل قبل الدائن هو دائما العقد.

وقد يتقدم الكفيل لضمان المدين من تلقاء نفسه، أي يبرم العقد بينه وبين الدائن دون أن يطلب منه المدين ذلك. وقد يكون هذا بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته (م ٧٧٥ مدني) ولكن هذا نادر في العمل إذ في غالب الأمر يتقدم الكفيل لضمان المدين بناء طلب هذا الأخير. وعندما يطلب المدين من الكفيل أن يتقدم لضمانه، فإنه قد يفعل ذلك دون أن يكون ملزماً بذلك، وقد يفعله تنفيذاً لالتزام مقرر عليه لمصلحة الدائن.

(1) M. PICARD et A. BESSON. op. cit., No. 39, p. 64. et No. 349, p. 528.

- A. WEILL, op. cit., No. 10, pp. 13 et 14.

أنظر أيضاً: محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٠.

الالتزام الذى يقع على عاتق المدين بتقديم كفيل قد يكون مصدره اما الاتفاق وأما نص القانون وأما حكم من القضاء، ولذلك جرى الفقه على تقسيم الكفالة إلى: كفالة اتفاقية، وكفالة قانونية، وكفالة قضائية. وهذا التقسيم مبنى على مصدر التزام المدين بتقديم كفيل.

- وتكون الكفالة اتفاقية فى حالتين: الحالة الأولى عندما يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بناء على اتفاق سابق مع الدائن. والحالة الثانية عندما يقدم المدين كفيلاً للدائن أو عندما يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين. وفى كل هذه الحالات الكفالة تكون اتفاقية.

- أما فى الكفالة القانونية فيكون المدين ملزماً بتقديم الكفيل بحكم القانون فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك. ومن ذلك نص المادة ٤٥٧/٢ مدنى، والتى تخول للبائع أن يقدم كفيلاً إذا أراد استيفاء الثمن رغم التعرض للمشتري ورغم حق المشتري فى الحبس، والمادة ٩٩٢/١ مدنى تنص على أنه: «إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً، وجب جرده ولزام المنتفع تقديم كفالة به». وكذلك نص المادة ٩٩٨ مدنى والذى يلزم صاحب حق الاستعمال فى المنقول أن يجرد هذا المنقول وأن يقدم كفالة به. هذا النص يحد تطبيق الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال والسكنى بما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقين.

- وتكون الكفالة قضائية إذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل بموجب حكم قضائى، فيكون هذا الحكم هو مصدر الالتزام المدنى بتقديمها. وبناء على ذلك إذا كان حكم القضاء اقراراً لوجود هذا الالتزام فى الاتفاق أو فى القانون، فلا تكون الكفالة قضائية ولا يغير ذلك من طبيعتها الاتفاقية أو القانونية، لأن العبرة فى ذلك بمصدرها الأصيل. وعلى ذلك فإن الكفالة تكون قضائية إذا كان أمر تقديم الكفيل متروك لتقدير محكمة. أما فى الحالات التى يكون فيها تقديم الكفيل وجوبياً، فإن الكفالة تكون قانونية لا قضائية.

ومن أمثلة الكفالة القضائية المادة ٨٢٩ مدنى، والتى تقضى بأن

المحكمة إذا ما وافقت على قرار الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع، بإجراء تغييرات أساسية تخرج عن حدود الإدارة المعتادة، أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات. وكذلك المادة ٢/٩٠٠ والتي تخول للمحكمة أن تلزم أحد الورثة بتقديم كفالة إذا قضت بتسليمه بصفة مؤقتة، بعد إنقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة. ومن أمثلة الكفالة القضائية أيضاً ماتضمنه قانون المرافعات في المادة ٢٩٠ والتي تجيز للمحكمة عندما تأمر النفاذ المعجل ان تلزم المحكوم له بتقديم كفالة.

وترجع أهمية هذه التفرقة إلى الأحكام الخاصة التي أوردها المشرع بصدد الكفالة القانونية والقضائية. فقد نص القانون عن تضامن الكفلاء في الكفالة القانونية والقضائية (٧٩٥ مدنى). وبذلك قد جعل المشرع مركز الكفيل القانونى أو الكفيل القضائى أقصى وأشد من مركز الكفيل الاتفاقى، حيث يقرر اعتبار كل منهما متضامناً بقوة القانون ودون حاجة إلى اشتراط خاص بذلك فى العقد. بينما فى الكفالة الاتفاقية لا يعتبر الكفيل متضامناً إلا إذا ارتضى ذلك صراحة.

وحكمة هذا التشديد ترجع إلى أن الدائن كأن جديراً بالحماية فى الأحوال التى تدخل فيها كل من المشرع والقاضى ليلزم المدين بتقديم كفيل. ولزيادة فاعلية هذه الحماية قرر المشرع تضامن الكفلاء فى هذه الأحوال.

ورغم النص على تضامن الكفلاء، لم يفصح المشرع عن مدى هذا التضامن فهل هو تضامن بين المدين والكفيل فقط؟ أم أنه تضامن بين الكفلاء فى حالة تعددهم؟

ويبدو لنا أن نية المشرع انصرفت إلى العموم^(١)، حيث أن المادة ٧٩٥ تنص على أن «فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين».

(١) أنظر عكس ذلك: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٤٢، ٤٣.

فالمشرع إستعمل لفظ الكفلاء بصيغ الجمع، كما أن «ألف ولام» التعريف تفيد العموم والشمول. وقد أكد المشرع ذلك التفسير بإضافة كلمة «دائماً» والتي تدل على انصراف حكم النص إلى جميع الحالات، أى التضامن فيما بين الكفلاء أنفسهم إذا ما تعددوا أو فيما بينهم وبين المدين. ويؤكد هذا الرأي ما جاء فى الأعمال التحضيرية بصدد المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدى، حيث أن الفقرة الأولى فى هذه المادة تقضى بضرورة النص على التضامن بين الكفيل والمدين، وفى فقرتها الثانية تستلزم النص على التضامن بين الكفلاء الملزمين بعقد واحد. ثم استئنفت فى فقرتها الثالثة الكفالة القانونية والكفالة القضائية من أحكام الفقرتين المتأبقتين. وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الأولى والثانية باعتبارهما تطبيقاً للقواعد العامة. وبقيت الفقرة الثالثة حيث وردت فى صيغتها الحالية فى نص المادة ٧٩٥ من القانون المدنى^(١) وقد كان مشروع التنقيح الذى نشر فى عام ١٩٤٠ قاطعاً فى ذلك. إذا تقضى المادة ٢/١١٥٥ منه بأن «أما فى الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين»^(٢).

ثانياً: الشروط الواجب توافرها فى الكفيل

ان الغرض من تقديم الكفالة هو تأمين الدائن ضد مخاطر أعسار مدينه وذلك بضم ذمة أخرى إلى ذمة هذا الأخير.. وحتى تؤدي الكفالة الغرض منها كأداة لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي وتأمين الدائن فى استيفاء حقه، فإنه يجب أن تتوافر شروط معينة فى الكفيل. ويجب أن تتوافر هذه الشروط فى جميع الأحوال التى يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل، أيا كان مصدر هذا الالتزام، أى سواء كان هذا المصدر هو الاتفاق أو القانون أو القضاء. وقد وردت هذه الشروط فى نص المادة ٧٧٤ مدنى والتي تقضى بأنه «إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً».

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جزء ٥، ص ٥٢٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١ هامش (١).

- توفيق فرح، المرجع السابق، ص ١٨.

- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٢ و ٦٣.

وعلى ذلك فإنه كلما التزم المدين بأن يقدم لدائنه كفيلاً وجب أن تتوفر في الكفيل الذي يقدمه الشروط الآتية:

١- يجب أن يكون الكفيل موسراً، أى قادراً على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه إذا اقتضت الحالة ذلك. والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذي يقع عليه عبء اثبات يسار هذا الكفيل يقاس بما لديه من أموال كافية للوفاء بالدين الذي كفله. ويستوى أن تكون هذه الأموال منقرض أو عقارات شائعة أو مفرزة متى كان ذلك كافياً للوفاء بدين الدائن^(١). ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التلغيز عليه لبعده أو سهولة تهريبه أو سهولة اخفائه أو لأى سبب آخر، فيستبعد من مال الكفيل الذي يضمن المدين. وكذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلاً بحق عيني آخر كحق انتفاع، وجب أن يستبعد من قيمته ما أثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك^(٢).

وتوافر صفة اليسر أو الاقتدار في الكفيل مسألة موضوعية متروكة لتقديرها لقاضى الموضوع. فقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان الكفيل الذى يريد المدين تقديمه موسراً أم لا^(٣).

(١) القانون الفرنسى يشترط فى مادته ٢٠١٩ أن يكون مال الكفيل الذى يثبت يساره عناراً لا منقولاً ما لم يكن الدين للمكفول ديناً تجارياً أو ديناً زهيد القيمة. ويرجع ذلك إلى أن الفكرة التى كانت سائدة عند وضع نكتين نابليون هى أن المنقول تافه القيمة. لكن المشروع الفرنسى والإيطالى والذى استمد منه نص المادة ٧٧٤ من تقدينا، يجعل العبرة أيضاً فى اقتدار الكفيل فيما يملكه من أموال عقارية (مادة ٧١٦). ومع ذلك، الحكمة ليست واحدة. فهذا ليس راجعاً إلى أن المنقول تافه القيمة. وإنما يرجع إلى سهولة اخفاء المنقولات وصعوبة الاستدلال عليها والتثبت من ملكيتها. أنظر فى ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٣. - السنهاورى، المرجع السابق، ص ٣٢.

- G. MARTY ETP. RAYNAUD, op. cit., T. II, Vol. I. No. 550, p. 340.

(٢) السنهاورى، المرجع السابق، ص ٣١، ٣٢.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٣.

٢- ويجب أن يكون الكفيل مقيماً في مصر. والحكمة من هذا الشرط واضحة وهي أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل والرجوع عليه إذا لم يف المدين بالتزامه. ويقصد بالإقامة في مصر هو أن للكفيل موطن في مصر. ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيماً في موطن المدين كما تقتضى بذلك نصوص التقنين المدني الفرنسي (م ٢٠١٨ مدنى فرنسى). ولا يشترط أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يمكن أن يكون أجنبياً مادام مقيماً في مصر أى له موطن فيها. بل يكفي أن يكون للكفيل موطن مختار في مصر يستطيع أن يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات^(١).

ويجب أن يتوافر بطبيعة الحال لدى الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة رغم سكوت النص وذلك وفقاً لما تقتضى به القواعد العامة^(٢).

وعلى ذلك إذا كان المدين ملزماً بأن يقدم لدائنه كفيلاً، أيا كان مصدر هذا الالتزام، فإنه يجب أن تتوافر في هذا الكفيل الشروط الثلاثة السابقة حتى يعتبر أن المدين قد وفى بالتزامه في مواجهة الدائن.

لكن لنا أن نتساءل هل هذه الشروط لازم توافرها فقط عند تقديم الكفيل أم يجب أن تستمر ما دامت الكفالة قائمة؟

بالنسبة لأهلية الكفيل، العبرة بتوافرها عند انعقاد العقد، ولا يؤثر تغيرها بعد ذلك على التزام الكفيل وذلك طبقاً للقواعد العامة.

(١) سليمان مرقس، الكفالة، فقرة ١٥، ص ١٧.

- السنهوري، المرجع السابق، ص ٣٢، هامش (٥).

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٣ و ٥٤.

- G. MARTY et P. RAYNAUD, Loc. cit., No. 550, p. 340.

- A. WEILL, op. cit., No. 22. p. 28

(٣) قارن مادة ٢٠١٨ مدنى فرنسى.

- وأنظر في هذا المعنى: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٤.

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٤٥.

- G. MARTY et P. RAYNAUD, 10 e cit., No. 550. p. 330.

- A. WEILL, op. cit., 22. p. 28.

لكن إذا أصبح الكفيل معسراً أو غير موطنه إلى خارج مصر بعد انعقاد الكفالة، فإنه تطبيقاً للقواعد العامة يسقط أجل الدين ما لم يقدر المدين للدائن ضماناً كافياً، وقد يكون الضمان الجديد كفيل آخر أو تأمين عيني^(١). بينما يرى جانب من الفقه أن المدين في هذه الحالة ملزم بتقديم كفيل آخر وذلك كما هو مأخوذ به في المادة ٢٠٢٠ مدني فرسي^(٢).

وقد سمحت المادة ٧٧٤ مدني للمدين الملزم بتقديم كفيل أن يقدم عوضاً عنه تأميناً عينياً كافياً. وقد يكون هذا التأمين العين رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. بهذا الحكم يتوخى مصلحة كل من المدين والدائن. فهو يسمح للمدين الملزم بتقديم كفيل إذا لم يجد شخصاً يكفله أو إذا وجد شخصاً ولكن لا تتوافر فيه الشروط السابقة أن يقدم عوضاً عن هذا الكفيل تأميناً عينياً بشرط أن يكون كافياً لتأمين الدائن في استيفاء حقه. كما أن هذا التأمين العيني يعطى ضماناً أكثر للدائن في استيفاء حقه فلا يضار من عدم تنفيذ المدين لالتزامه بتقديم كفيل. وإذا نازع الدائن في كفاية التأمين العين. فإن تقدير هذا الأمر متروك لقاضي الموضوع.

المبحث الخامس: الكفالة والتأمينات العينية

سنعرض في هذا المبحث لتتلاقى الكفالة والتأمينات العينية وأثر ذلك على أحكام الكفالة:

- (١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٠.
- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٦.
- لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٣٩.
- سمير تناغر، المرجع السابق، ص ٣١.
- ثوفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢١.
- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٦٧.
- (٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٧ - السهوري، المرجع السابق.
- MAZEAUD, op. cit., No. 20, p. 27.
- AUBRY et RAU. op. cit., T. VI. 1975, No. 218.
- G. Marty et RAYNAUD, op. cit., No. 550, p. 340.
- A. WEILL, op. cit., No. p. 29.

أولاً: الكفالة العينية:

الكفالة العينية تعتبر من التأمينات العينية المقدمة من الغير. وصفة الكفالة تأتي من أن شخص يتقدم لضمان دين غيره، وصفة التأمين العيني تأتي من أن الضمان المقدم للدائن له طبيعة هذا التأمين يتمثل في رهن على مال من أمواله^(١) وتتميز الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية بأن الكفيل يقصر فيها التزامه ويحدد نفاذه في مال معين من أمواله، عقاراً كان أو منقول، يخصصه لوفاء الدين المكفول وذلك عن طريق إنشاء رهنا رسمياً أو حيازياً بحسب الأحوال، لمصلحة الدائن.

وعلى ذلك فالكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية في أنها لا تنشئ التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل ولا تخول الدائن حقاً شخصياً يكون له ضمان عام على جميع أموال الكفيل، بل تخوله حقاً عيانياً تبعياً على مال معين من أموال الكفيل يصبح مخصصاً لوفاء الدين المكفول دون باقى أمواله.

وقد أقر التقنين المدني الكفالة العينية في المادة ١٠٥٠ مدنى حيث تنص على أنه «إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال...».

- نظامها القانوني:

لم يفرد المشرع المصرى نصوصاً خاصاً لتنظيم الكفالة العينية. ولكن من المستقر عليه فقها وقضاء أن مركز الكفيل العيني - فيما عدا الفروق السابق الإشارة إليها - كمركز الكفيل الشخصى من حيث اعتبار التزامه هذا التزاماً تابعاً وإحتياطياً لالتزام المدين الأصلي وبالتالي تطبق على الكفالة العينية كل قواعد الكفالة بما لا يتعارض مع الطبيعة العينية للتأمين فالكفالة العينية لا تختلف عن الكفالة الشخصية في نهاية المطاف إلا من حيث طرق

(١) أنظر: Ph. Simler, op. cit., no. 18 p. 17.

الوفاء^(١) وعلى ضوء ما تقدم يمكن التفرقة في هذا الصدد بين العلاقة بين الكفيل والدائن من ناحية والعلاقة بين الكفيل والمدين، أو الكفاء الآخرين من ناحية أخرى:

- في العلاقة بين الكفيل والدائن، في هذه العلاقة نجد أن الطبيعة العينية للضمان هي الغالبة. فنجد أنه ليس للدائن ضمان عام على جميع أموال الكفيل بل له حقاً عينياً تبعياً على مال معين من أموال الكفيل مما يعطيه حق الأفضلية وحق التتبع بخصوص هذا المال. وفي مقابل ذلك أن الكفيل العيني غير مسئول مسئولية شخصية عن الدين المكفول فإنه يكون حكمه - إذا كان ما رهنه وفاء لذلك الدين عقاراً - حكم حائز العقار المرهون، فيجوز له تخلية ذلك العقار ليتفادى نزع الملكية المتخذة في مواجهته ويكون ذلك وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار (م ١٠٥١ مدني)^(٢) كما أنه لا يكون للكفيل العيني حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١٠٥٠ مدني)^(٣). لكن يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً حيث أن هذا الدفع مرتبط بالصفة الاحتياطية للالتزام الكفيل وهذه الصفة متوافرة في الكفالة العينية كما هي متوافرة في الكفالة الشخصية. وطالما توافرت شروط هذا الدفع.

(١) انظر في الفقه الفرنسي Baudry - Lacantinerie et whale, Des contrats aléatoires du memdat, du cautionnement. 3e éd. 1907, Beudant et lerebours - Pigeonnière, cours de droit civil français, t. XIII. les suretés. Personnelles. par voirin 1948.

ومن الفقهاء من يرجع جانب التأمين العيني وينكر عليها صفة الكفالة.

Aubry et Rau par Ponsard op. cit., no. 240 p. 360 note 41.

(٢) أنظر مؤلفنا في التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢، فقرة ١٠٦، هي ١٤٢، ١٤٣.

(٣) وذلك يرجع إلى أن الدائن لن ينفذ إلا على المال المرهون فقط دون باقى أموال الكفيل وذلك بخلاف الكفيل الشخصي إذا الدائن سينفذ على جميع أمواله.

كما أن الكفيل العيني يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع بالتقسيم إذا توافرت شروطه مع مراعاة أن الكفيل العيني غير مسئول إلا في حدود المال الذى قرر عليه حقاً عينياً تبعياً للدائن. ويترتب على ذلك أن مسئولية الكفيل العيني تختلف حسب الفروض الآتية:

- فرض ١: إذا كان قيمة المال الذى خصصه الكفيل للوفاء بالدين المكفول معادلة لهذا الدين أو مجاوزة إياه أعتبر الكفيل العيني ملتزماً بكل الدين وانقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصى مناصفة.

- فرض ٢: أما إذا كانت قيمة المال الذى رهنه الكفيل أقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة إلى مجموع قيمة التزامهما ويمكن تحديد نصيب كل منهما على النحو التالى:

قيمة ضمان الكفيل العيني ١٥٠٠٠٠

وقيمة ضمان الكفيل الشخصى ٣٠٠٠٠٠ وهى قيمة الدين المكفول.

أى تكون النسبة ١ : ٢ = ٣ مجموع الأجزاء.

ويحدد نصيب الكفيل العيني على النحو التالى:

$$١٠٠٠٠٠ = \frac{٣٠٠٠٠٠ (قيمة الدين المكفول) \times ١}{٣} =$$

$$٢٠٠٠٠٠ = \frac{٣٠٠٠٠٠ (قيمة الدين المكفول) \times ٢}{٣} = \text{ونصيب الكفيل الشخصى}$$

- ويمكن تحديدها بطريقة أخرى

$$١٠٠٠٠٠ = \frac{\text{قيمة ضمانه } ١٥٠٠٠٠ \times ٣٠٠٠٠٠ \text{ مبلغ الدين المكفول}}{\text{قيمة الضمان كله } ٤٥٠٠٠٠} = \text{نصيب الكفيل العيني}$$

$$٢٠٠٠٠٠ = \frac{\text{قيمة ضمانه } ٣٠٠٠٠٠ \times ٣٠٠٠٠٠ \text{ مبلغ الدين المكفول}}{\text{قيمة الضمان كله } ٤٥٠٠٠٠} = \text{نصيب الكفيل الشخصى}$$

ومما تجدر ملاحظته أن الكفيل العيني لا يستطيع أن يتمسك بالصورة الخاصة للدفع بالتجريد المنصوص عليها في المادة ٧٩١ مدنى، بينما يجوز للكفيل العيني التمسك بالدفع المنصوص عليها في المواد ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦ مدنى.

- في العلاقة بين الكفيل العيني والمدين، وبينه وبين غيره من الكفلاء:

في خصوص هذه العلاقة نجد أن قواعد الكفالة تنطبق تماماً وأن الطابع العيني للضمان يتوارى إلى الخلف. وعلى ذلك يستطيع الكفيل العيني أن يرجع على المدين بكافة وسائل الرجوع المقررة للكفيل الشخصى بعد قيامه بالوفاء. كما أن للكفيل العيني أن يرجع على الكفلاء الآخرين، سواء كانوا كفلاء شخصيين أو عينييين، ويتحمل كل منهم نصيبه في الدين وفقاً لما سبق أن رأيناه.

ثانياً: صور أخرى للتزواج بين الكفالة الشخصية والتأمينات العينية:

نصادف هذا التزواج في صورتين:

الصورة الأولى: عندما يرتضى الكفيل والدائن أن يقدم الأول، في نفس الوقت ونفس الدين، كفالة وتأمين عيني. في هذه صورة تكون أمام اجتماع نوعين مختلفين من التأمينات، بأن يكون الكفيل مسئولاً في نفس الوقت مسئولية شخصية، في جميع أمواله، ومسئولية عينية، في حدود المال المخصص للضمان الوفاء، عن الدين المضمون. وفي هذه الحالة ينتج كل من النوعين من التأمينات، الشخصية والعينية، آثاره الخاصة به.

الصورة الثانية: تتمثل في أن يقوم الكفيل الشخصى بتقديم تأمين عيني لضمان الوفاء بالتزامه التبعية ككفيل. وبذلك يكون هناك نوعان من التأمينات قد تراكبا *superposées* ^(١).

(١) انظر في هذه الصورة وأمثلةها القضائية.

Ph. Simler, op. cit., no 20 p. 19. V^o notament note 29. 30. p. 19

وللتفرقة بين هاتين الصورتين أهمية خاصة، حيث أنه في الصورة الثانية نجد أن التأمينات العينية محكومة في صحتها وفعاليتها وبصفة خاصة في نطاقها بالكفالة الشخصية. بينما في الصورة الأولى نجد أن كل من النوعين من التأمينات يتمتع باستقلالية في مواجهة الآخر.

خطة البحث:

سنتقسم الدراسة في هذا الباب إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: في أركان عقد الكفالة وشروط صحته.

الفصل الثاني: في اثبات الكفالة وتفسيرها.

الفصل الثالث: في آثار الكفالة.

الفصل الرابع: في انقضاء الكفالة.

الفصل الأول

أركان عقد الكفالة وشروط صحته

تمهيد:

ندرس في هذا الفصل أركان العقد من حيث الرضا والمحل والسبب والشروط الواجب توافرها لصحته. ولكن قبل التعرض لهذه النقاط بالتفصيل، يجب أن نلقى الضوء على الكفالة كعملية قانونية ثلاثية ثم نوضح من هم أطراف عقد الكفالة.

(١) الكفالة عملية ثلاثية:

إذا كان عقد الكفالة بالمعنى الضيق لا يكون إلا بين الدائن والكفيل، إلا أن تعريف الكفالة نفسه يدل على أن هناك شخصا ثالثا يهيمه الأمر أيضا، وهو المدين الأصلي. فهو أحد عناصر عملية ثلاثية وهي الكفالة بالمعنى الواسع، بل أنه أحد العناصر الأساسية في هذه العملية.

وعلى ذلك فإن الكفالة تشمل ثلاثة أنواع من الروابط:

١- رابطة بين الدائن والمدين. وفي هذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين أن يقدم كفيلًا حتى يقبل العقد المقترح، وهذا ما يحدث عادة في عقد القرض. ولكن لا يلزم الاشتراط المسبق دائماً عند إبرام هذا العقد، فقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أن يخشى الدائن اعسار مدينه فيطلب منه تقديم كفيل. بل أن الدائن في التزام ناشئ عن فعل ضار أو فعل نافع يستطيع أن يطلب من المدين بهذا الالتزام تقديم كفيل.

٢- في المرحلة الثانية يتعلق الأمر بالعلاقة بين المدين والكفيل، كأن يتفقا على أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين في حالة عدم وفاء المدين به، بل أنه لا يلزم أن يكون هناك اتفاق بين المدين والكفيل إذ يمكن أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه بضمان المدين بل وبدون علم هذا الأخير أو حتى مع علمه ورغم معارضته. وهذا فرض نادر في العمل،

٣- أما الرابطة بين الدائن والكفيل فهي التي تجسد عقد الكفالة والذي بمقتضاه يتعهد الكفيل بأن يفي بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه . وعقد الكفالة هو النهاية الطبيعية للعملية القانونية الأوسع والمتمثلة في الكفالة والتي تتضمن هذه العلاقات الثلاث .

(٢) طرفا عقد الكفالة: الدائن والكفيل دون المدين:

الذي ينبغي أن نوضحه، ومنذ البداية، هو أن عقد الكفالة لا يكون الا بين الدائن والكفيل . أما المدين فهو ليس طرفا فيه . ومع ذلك فهو عنصر أساسي في عملية الكفالة . ولذلك فإن التزامه الأصلي المكفول يؤثر تأثيراً قوياً على عقد الكفالة باعتباره عقداً تابعاً لهذا الالتزام، اذ يقوم على ضمان بالوفاء به . وسوف نصادف كثيراً أثر الالتزام الأصلي من حيث الوجود والصحة والبطلان والانقضاء والأوصاف على التزام الكفيل في مراحل انعقاد عقد الكفالة وأثاره وانقضائه .

المبحث الأول

الرضا

ان عقد الكفالة مثله مثل غيره من العقود، قوامه الرضا الذي هو الأساس الطبيعي لكل عقد . ولذلك فإن عقد الكفالة يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الارادة وشروط صحته . وهذا ما سنوالى شرحه بالاضافة إلى ما يتعلق بخصوصية عقد الكفالة .

المطلب الأول

التعبير عن الارادة

عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا يشترط في انعقادها أى شكل خاص . ولذلك فإن العقد يتم بالتراضي بين الكفيل والدائن ودون حاجة إلى أى اجراء آخر . وإذا كان عقد الكفالة يتم، كما سبق أن رأينا بين الكفيل والدائن فإنه لا حاجة اذن إلى رضا المدين، إذا أنه ليس طرفا في هذا العقد

فلا يتوقف عليه قيامه. بل أنه يمكن أن يتم عقد الكفالة بدون علم المدين بل أيضاً ورغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد (مادة ٧٧٥ مدين مصري، تقابل المادة ٢٠١٤ مدني فرنسي). لكن لما كان عقد الكفالة من العقود الخطرة بالنسبة للكفيل، فهل يلزم أن يكون رضا هذا الكفيل صريحاً؟ كما أنه قد يحدث في العمل أن يتم عقد الكفالة عن طريق الوكيل، فما هي شروط هذه الوكالة؟ ينبغي علينا إذن أن نبحث هذه النقاط بالتفصيل لنجيب على هذه التساؤلات.

لا يشترط رضا المدين ولا علمه بل يجوز أن تتم الكفالة رغم معارضته:

المدين، كما سبق رأينا، ليس طرفاً في عقد الكفالة، ولذلك فإن قيام هذا العقد لا يتوقف على رضائه، بل يجوز أن ينعقد عقد الكفالة بدون علمه بل ورغم معارضته إذا ما علم بهذا العقد وهذا ما تنص عليه المادة ٧٧٥ مدني بقولها أنه «يجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضاً رغم معارضته»^(١).

هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، التي تجيز أن يكون الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته (م ٣٢٣ مدني).

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٣٤ من المشروع التمهيدي والتي أصبحت بعد تعديل طفيف المادة ٧٧٥ من القانون المدني، الحكمة من ورود هذا النص رغم أنه تطبيقاً للقواعد العامة بقولها أنه إذا كان النص على أن الكفالة تجوز بغير علم المدين ورغم معارضته هو «حكم طبيعي تقتضيه القواعد العامة مادامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتهما دون حاجة إلى رضا المدين أو علمه. وقد لا يكون هناك موجب لا يراد النص سوى الرغبة في بيان أن المشرع المصري خرج في هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران) وهي تحرم الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه».

(١) نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٣ رقم ٢٢٧، ص ١٤٨٧.

وبالرغم من وجود هذا الحكم، فإن حدوثه في العمل نادر لأن الكفيل لا يتقدم عادة للضمان إلا بناء على طلب المدين. فالمدين له مصلحة واضحة في تقديم الكفيل وذلك حتى يتسنى له الحصول على ثقة دائنه وائتمانه. وأهمية هذا الحكم وأثره لا يظهران إلا عند رجوع الكفيل على المدين بما وفاه عنه للدائن.

(٢) هل يشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا؟

عقد الكفالة كما رأينا عقد رضائي، أي يكفي تطابق ارادتي الدائن والكفيل، وهما كما أسلفنا طرفا العقد. ويرجع في ذلك إلى المبادئ العامة في التعبير عن الإرادة حيث أن المشرع لم يفرد لأبرام الكفالة قواعد خاصة^(١).

وتنص المادة ٩٠ من القانون المدني بأن «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود».

«ويجوز أن يكون التعبير عن إرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا». وبالتطبيق لهذه القواعد نجد أن كيفية تعبير الدائن عن إرادته لا تثير أية صعوبة، فهو يعبر عن رضائه بالكفالة بإرادته الصريحة أو الضمنية، بل أن السكوت يعتبر قبولا من جانبه إذ أن إيجاب الكفيل يتمخض لمنفعته (م ٢/٩٨ مدني).

أما عن تعبير الكفيل عن إرادته، فقد آثرت جدلا فقهيًا في مصر. وذلك لأن نص المادة ١/٢٠١٥ مدني فرنسي، نصت خلافا للمبادئ العامة على أن «الكفالة لا تفترض ويجب أن تكون صريحة، ويتطلب الفقه والقضاء في فرنسا أن يكون رضا الكفيل وحده صريحا وذلك لخطورة التزام الكفيل. أما الدائن فإن رضائه يجوز أن يكون ضمنيا وفقا للمبادئ العامة^(٢)».

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٣، ٦٥، سمير تناعر، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٢) انظر في تفصيل ذلك Ph. simler, op. cit, no. 50 p. 45 et s.

وقد إستند جانب من الفقه فى مصر إلى المعمول به فى فرنسا وإلى نص المادة ٧٧٣ مدنى مصرى والذى يشترط الكتابة لإثبات الكفالة، كدليل على خطورة عقد الكفالة، وذهب إلى اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحاً^(١).

وفى الحقيقة أن الأخذ بهذا المبدأ لا يتفق مع القواعد العامة والتى تجيز أن يكون التعبير عن الارادة صريحاً أو ضمناً ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً. والكفالة لا تخرج عن هذه القواعد حيث أنه لا يوجد حكم خاص لها فى هذا الصدد. كما أن اشتراط الكتابة لإثبات الكفالة ليس دليلاً على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحاً. حيث أنه عند تخلف الكتابة يجوز اثبات الالتزام بما يقوم مقامها من اقرار معين ويمين. لكن نظراً لخطورة التزام الكفيل فإنه يجب أن يكون رضاه واضحاً^(٢).

(٢) التوكيل بالكفالة:

إذا أراد الكفيل أن يعطى توكيلاً لشخص بالكفالة وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحددًا. وذلك لأن عقد الكفالة كما رأينا عقد من عقود التبرع^(٣). أما بالنسبة للدائن فتكفى الوكالة العامة لأن الدائن يفيد فى المادة من الكفالة بلا مقابل^(٤).

المطلب الثانى

شروط صحة الارادة

يجب حتى تقوم الكفالة صحيحة أن يصدر الرضا ممن يملكه، ويكون هذا الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الارادة.

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٦٢، ٦٤، ٦٥ - سليمان مرقس، الوافى، فقرة ٢٠، ص ٣٣، ٣٤ - سمير تناغر، المرجع السابق، فقرة ١٦، ص ٣٨.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، الجزء العاشر، فقرة ٢٩، ص ٧٣ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٥٠، ٥١ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٥ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٣) قارن السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٣٢، ص ٨١.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٠ مكرر، ص ٦٨.

- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit., T. III. vol. I. No. 550. p. 340.

(١) الأهلية،

سبق أن رأينا أن الكفيل يتقدم عادة متبرعاً لضمان الدين، أى أنه يلتزم بدون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه . ولذلك يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع^(١) . ولما كانت الكفالة تعود على الكفيل بضرر محقق . وجب أن يكون رشيداً، أى بلغ الحادية والعشرين من عمره، وغير محجور عليه (٤٤ مدنى) . وإلا وقعت كفالته باطلة بطلاناً مطلقاً^(٢) .

وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً، فإذا كفل كانت الكفالة باطلة . كما لا يجوز للولى أو اللوصى أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه، ولو بأذن المحكمة، عقد كفالة أى باعتباره كفيلاً، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ولو بأذن المحكمة إلا لواجب انساني أو عائلي^(٣) . فلا بد إذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه^(٤) .

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوى من المفوض له بذلك . ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التى هو شريك فيها، كما يجوز للشركة أن تكفل^(٥) .

إن كان هناك توكيل بالكفالة، فإنه فضلاً على أنه يشترط أن يكون توكيلاً خالصاً ومحددأ، فإنه يشترط أن تتوفر فى الموكل لا الوكيل الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره الوكيل نيابة عنه . وذلك لأنه إذا كان العقد يعقد

(١) قارن .

MAZEAUD, op. cit., T. III. vol. I, no., 19, p. 26.

(٢) انظر عكس ذلك :

- G. MARTY et P. RAYNAUD. Loc. cit.

(3) MAZEAUD, Loc. cit.

- AUBRY et Rau, op. cit., T. VI, No. 220, p. 323.

(٤) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٢، ص ٨٠ .

(٥) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٢، ص ٨١ .

بارادة النائب فإنه ينتج أثره في ذمة الأصيل. فيجب إذن أن تتوافر في الموكل أى الكفيل أهلية التبرع.

ولكن يشترط مع ذلك أن يكون الوكيل أهلاً لأن تصدر منه ارادة مستقلة. لأنه يعبر عن ارادته هو، فيجب أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً. ولكن في هذه الحالة يجوز للوكيل أن يطلب إبطال عقد الوكالة^(١).

أما بالنسبة للدائن، وهو الطرف الآخر في الكفالة، فإن الكفالة تعتبر بالنسبة له عملاً نافعاً نفعاً محضاً، حيث أنه لا يلزم في العادة بمقابل، ولذلك فلا يشترط فيه الا أهلية قبول التبرع، وهى أهلية الصبى المميز (م ١/١١١ مدنى) ومن فى حكمه كذى الغفلة والسفيه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما (م ١/١١٥).

(٢) عيوب الرضا في الكفالة:

حتى يكون عقد الكفالة صحيحاً، يجب، طبقاً للقواعد العامة، ألا يكون الرضا فى هذا العقد مشوباً بما يلحق الارادة من عيوب، أى الغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال.

فى العقد الملزم لجانب واحد - كعقد الكفالة - نجد أنه لا ينشئ إلزاماً إلا فى جانب أحد المتعاقدين - وهو الكفيل فى هذا العقد. ولذلك نجد أن مسألة عيوب الارادة لا تهم إلا الطرف المدين فى هذا العقد. أما بالنسبة للدائن فإنه وإن كان ليس بمنأى عن الوقوع فى غلط فى شخص الكفيل أو يساره مثلاً إلا أنه ليس له مصلحة فى طلب إبطال العقد لهذا السبب. ففى مثل هذه الحالات يستطيع الدائن أن يرجع على المدين الأصلى الذى قدم له الكفالة ليطلب منه كفيل آخر وإلا يعرض الحقوق المكفولة بهذا الضمان للخطر، كأن يطلب سقوط الأجل مثلاً.

أما بالنسبة للكفيل فإنه لما كانت هذه العيوب متعلقة بالإرادة، وهذه

(١) السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٧، ص ٢٠٩.

الإرادة تعد من الأمور النفسية، فيجدر بنا أن نتصور الوضع النفسي للكفيل عند إبرامه عقد الكفالة. في الوضع المعتاد إذا كان الكفيل يقبل أن يعطى ثقته وائتمانه للمدين، فإنه لم يدر في ذهنه أنه سيقوم فعلاً بدفع دين المدين حيث أن يأمل أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه. ونتيجة لذلك فإنه قد يحدث أن يحاول الكفيل أن يتجمل من التزاماته على أساس أن إرادته معيبة بعيب من عيوب الرضا.

وما يثور غالباً من مشاكل في الواقع العملي يكون متعلقاً بالغلط والتدليس. ولكي يطلب الكفيل إبطال عقد الكفالة نتيجة لوقوعه في غلط فإنه يجب أن يكون هذا الغلط جوهرياً، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدني).

وتطبيقاً للقواعد العامة يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط (م ١/١٢١). ويكون الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

وعلى ذلك يمكن للكفيل أن يطلب إبطال العقد نتيجة لاعتقاده خطأً بيسار المدين، بشرط أن يثبت أنه لولا ذلك لما ارتضى أن يضمن المدين وأن الدائن كان يعتقد ذلك أو أنه كان يعلم بعدم يسار المدين أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك^(١).

في فرنسا، القضاء متشدد بالنسبة للدائن. فقد حكم بأن الكفالة الصادرة

(1) Civ. 25 Oct. 1977. Gaz. Pal. 1978. I. Somm. 3. D. 1978. I.R. 74.
- Vo aussi: A. WEILL .. op. cit., Les sûretés. p. 23. Ph. Simler. op. cit. no. 131. p. 118 ets.

من الكفيل بعد اعلان إفلاس المدين كان نتيجة غلط جوهري من جانبه، وعلى ذلك على الدائن أن يثبت أن الكفيل كان يعلم بمركز المدين الأصلي قبل الكفالة^(١).

وهذا يدل على مدى أهمية المدين في عملية الكفالة. فبالرغم من أن المدين ليس طرفاً في العقد، فإن الغلط في شخصه أو صفة من صفاته يمكن أن تكون سبباً في ابطال عقد الكفالة من جانب الكفيل، لأن شخص المدين موضع اعتبار في التعاقد^(٢).

أما بالنسبة للتدليس فإن الأمور تثور على النحو التالي: يجب بطبيعة الحال حماية الكفيل من الحيل التدليسية التي يمكن أن تدفعه إلى التعاقد، وغالباً ما تصدر هذه الحيل التدليسية من المدين، ولما كان المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة، فإنه يجب على الكفيل لكي يحصل على حكم باطل العقد للتدليس أن يثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦ مدني)^(٣)، ونفس الحكم بالنسبة للاكراه (م ١٢٨ مدني) وإن كان تصور الاكراه بصدد الكفالة نادراً^(٤).

أما بالنسبة لنص المادة ١٢٩ من القانون المدني والخاصة بابطال العقد نتيجة للاستغلال باعتباره عيباً من عيوب الرضا، فإنه من المتصور أن تستغل امرأة شابة الهوى الجامح لدى محبوبها الطاعن في السن ليضمنها

(١) Civ. 1^{re} Mars, 1972, Bull. Civ. I, No. 70. p. 64: D. 1975, 733. note Malaurie et V aussi: R. Tendler, Article Precité. p. 13.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٧.

- سمير تنأغر، ص ٣٧.

(٣) قارن حكم المادة ١١١٦ مدني فرنسي والانتقادات الموجهة اليها. وأنظر:

- A. WEILL, op. cit., Les sûretés, p. 22, Ph. Simler, op. cit., no. 139 p. 124 ets.

- M. REMOND Guillaud, L'influence du rapport caution - débiteur sur le contrat de cautionnement. J. C. P., 1977, I. 2850.

- Ph. Simler, op. cit., no. 141, p. 128. - انظر في ذلك:

لدى الدائن لكي يمنحها قرصاً كبيراً. لكن يشترط في هذه الحالة لكي يستطيع الكفيل أن يبطل عقد الكفالة أن يكون الدائن على علم بذلك حتى لا يفاجأ بإبطال عقد لا يعرف عن سببه شيئاً وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات.

المبحث الثاني

المحل

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وحيث يكون محل التزام الكفيل ممكناً يجب أن يكون الالتزام الأصلي المكفول موجوداً وصحيحاً. وعلى ذلك إذا كان الالتزام الأصلي غير موجود، أو وجد ثم أبطل، أو وجد صحيحاً ثم انقضى لا يكون لالتزام الكفيل محل، ومن ثم يقع باطلاً^(١).

ويشترط أيضاً لصحة التزام الكفيل أن يكون محله معيناً أو قابلاً للتعيين، وهذا التعيين أو القابلية للتعيين مرتبطان أيضاً بالتزام المدين. أما شرط المشروعية فهو مفروض دائماً لأن التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع في جميع الأحوال^(٢).

وتنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين: الأول يتعلق بالالتزام المكفول من حيث مصدره ووجوده وصحته وتعيينه. والثاني يتعلق بدراسة نطاق التزام الكفيل والذي يتوقف مداه على عقد الكفالة ذاته من ناحية وعلى الالتزام الأصلي من ناحية أخرى.

المطلب الأول

الالتزام المكفول

كما سبق أن رأينا أن التزام الكفيل يتبع التزام المكفول في وجوده وصحته وانقضائه، فينبغي علينا أن ندرس أولاً مصدر الالتزام المكفول ومحلّه، ثم ندرس بعد ذلك وجوده وصحته وتعيينه.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣١، ص ٦٨.

(٢) سمير تناغر، المرجع السابق، ص ٣٨.

أولاً: مصدر الالتزام المكفول ومحلّه:

إذا كان يستلزم أن تستند الكفالة إلى التزام صحيح تضمنه، فإن أى التزام يمكن كفالته، أيا كان مصدره وأيا كان محله. فيمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العقد، وهو الذى يقع فى الغالب، وكذلك يمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره العمل غير المشروع، فيعترف المدين فى العمل غير المشروع بمبدأ المسؤولية وبمقدار التعويض، ويأتى كفيل يضمنه فى هذا المقدار إلى أن يفى به. ويجوز كفالة التزام احتمالى مصدره العمل غير المشروع، فيأتى المدين الاحتمالى بهذا الالتزام لدائنه الاحتمالى بكفيل يضمنه^(١). ويمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره الاثراء بلا سبب أو رد غير المستحق أو الفضالة، كما يمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره القانون^(٢).

وبالمثل لا يهم فى قيام الكفالة محل الالتزام، فيمكن كفالة الالتزام باعطاء، والالتزام بعمل، والالتزام بالامتناع عن عمل. ولكن الذى يقع غالباً هو كفالة الالتزام الذى يكون محله مبلغاً من النقود. فيأتى المقرض مثلاً بكفيل يضمنه لدى المقرض فى مبلغ القرض. ولكن هذا لا يمنع أن يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول، كأن يأتى البائع بكفيل يضمنه لدى المشتري فى التزامه فى نقل ملكية المبيع، كما يجوز للمقاول أن يأتى بكفيل يضمنه فى التزامه باقامة منشآت لدى صاحب العمل. ويجوز لتاجر ملتزم بعدم المنافسة لتأجر آخر بأن يأتى بكفيل يضمنه فى هذا الالتزام^(٣).

(١) السهوى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ١٨، ص ٣٨.

- A. WEILL, op. cit., Les Sûretés, No. 20, p. 25.

- AUBRY et Rau op. cit., T. VI, No. 221, p. 325.

(٢) السهوى، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٣٨.

(٣) السهوى، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٣٨.

- A. WEILL, Loc. Cit.,

- AUBRY et RAU. Loc. Cit.

كما يجوز أن يكون التزام الكفيل محلاً لكفالة أخرى، ويسمى كفيل الكفيل مصدق الكفيل. فيلتزم المصدق بوفاء الالتزام إذا لم يف به الكفيل. ويعتبر الكفيل في علاقته بالمصدق كالمدين بالنسبة للكفيل. وتكون أحكام كفالة الكفيل هي ذات أحكام الكفالة. فلا يجوز للدائن أن يرجع على المصدق إلا بعد رجوعه على كل من المدين والكفيل. ويكون للمصدق الدفع بالتجريد في مواجهة كل من المدين والكفيل. لكن ليس للمصدق أن يدفع بالتقسيم مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً، فالمصدق يكفل التزام الكفيل، أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلي. وعند تعدد المصدقين ينقسم الدين عليهم لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً هو التزام الكفيل^(١).

للمصدق أن يتمسك علاوة على ذلك بالدفع التي يجوز للكفيل التمسك بها وكذلك الدفع الخاصة به. كما له أن يتمسك بالتنفيذ على المال المحمل بتأمين عيني لضمان نفس الدين قبل التنفيذ على أمواله. وللمصدق أن يستعمل حقوق الكفيل الذي كفله باسم هذا الكفيل كما يستعمل الدائن حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة، أما إذا كان المصدق متضامناً مع الكفيل فإنه تسرى في علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن.

ثانياً، وجود الالتزام المكفول وصحته:

يستلزم لقيام الكفالة أن يكون هناك التزام مكفول، وأن يكون هذا الالتزام صحيحاً، كما يلزم أن يكون هذا الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين. وسنوالى بحث هذه النقاط.

(١) وجود الالتزام الأصلي:

حتى يكون محل التزام الكفيل ممكناً يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجوداً. لكن هذا لا يمنع من أن يكون هذا الالتزام مستقبلاً أو شرطياً. ويجدر بنا أيضاً أن نبحث مدى امكانية الالتزام الطبيعي.

(١) السلهوري، المرجع السابق، فقرة ٥٢، ص ١٣٨.

(١) كفالة الالتزام المستقبلي:

قد ورد حكم كفالة الالتزام المستقبلي في نص المادة ٧٧٨ مدني، والتي تقضي بأنه:

- ١- تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول،...
- ٢- على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة، كان له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ.

وصحة كفالة الالتزام المستقبلي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في نص المادة ١/١٣١ مدني والتي تنص على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً». وتطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدني لا تجوز كفالة الالتزام في تركة مستقبلياً لأنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة.

وكفالة الدين المستقبلي شائعة في العمل، ومثال ذلك كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لأحد عملائه^(١). كما يجوز كفالة المدير أو أحد الشركاء للالتزامات الشركة المستقبلي^(٢). كما تجوز كفالة الرصيد المدين للحساب الجاري^(٣).

الكفالة في جميع هذه الأحوال قائمة والكفيل ملزم بها، حتى قبل أن

(1) Cass Civ. 1^{re} Sec. Civ. 13 Janv, 1965, Bull. T. I., No. 32.

وأنظر نقض ٩ مايو ١٩٧٢ مجموعة النقض السنة ٢٣ رقم ٢٥٧ ص ٢٦٨ والمتعلق بنشأت الالتزام المستقبلي وتتنازع القوانين من حيث الزمان بين القانون المدني القديم والقانون المدني الجديد.

(2) LYON, 14 février 1956, S. 1957, 189.

- Civ. Sect. Com. 17 avril 1967, Bull. Civ. II. No. 146.

وأنظر أيضاً نقض ١٩ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٢ رقم ٢٥٧، ص ٥٢.

(3) Civ 1^{er} Sec. 13 Janv, Loc. cit.,

- A. WEILL, op. cit., Les sûretés, No. 20, p. 26, note 2.

وأنظر أيضاً نقض ٥ مارس ١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧، ص ٦٣٧ وهو متعلق بكفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجاري.

يوجد الدين. والكفيل لا يكون ملزماً بمقدار محدد من المال قبل أن يوجد الدين، لكن يكفل المقدار الذي يوجد فيما بعد^(١).

في فرنسا يسمح للكفيل أن يحدد التزامه بحد أقصى وبمدة معينة. لكن محكمة النقض الفرنسية اشترطت في كفالة الالتزام المستقبل أن يعين الدين صراحة في الاتفاق^(٢).

ومع ذلك يرى بعض الفقهاء أن هذا ليس شرطاً إضافياً أو خاصاً بكفالة الالتزام المستقبل، وإنما هذا شرط عام بالنسبة لكل دين مكفول. ومع ذلك فإن تحديد دين لم يوجد بعد أدعى وأهم منه في دين قد توجد من قبل. كل هذه الأحكام مستقرة فقها وقضاء في فرنسا ودون أن يكون هناك نص خاص متعلق بكفالة الالتزام المستقبل^(٣).

وكما يتضح من نص المادة ٧٧٨ مدني فقرة أولى، فإنه يجب أن يحدد مقدماً مقدار الدين المستقبل المكفول في عقد الكفالة. فيحدد مثلاً الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل في الاعتماد المقترح. والعلة من وضع هذا القيد واضحة، حيث أنه يقصد من وراء ذلك حماية الكفيل، لأنه يقوم على كفالة دين مستقبل لم يوجد بعد، فلا أقل من تحديد المبلغ الذي يكفله حتى لا يتورط في كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره^(٤). وقد كانت القواعد العامة تقضي، إذا لم يوجد نص، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى ولو لم يحدد مقداره^(٥).

(1) A. WEILL, Loc. cit.

(2) Cass. Com. 19 Nov., 1962, D. 1963. Somm. p. 63: Bull. Civ. III, No. 462.

Cass. Com. 8 Mars, 1971, D. 1972, 262 et note Clairouin Touchard: Bull. Civ. 1971, IV. 63.

V^o aussi: Mazeaud, op. cit., T. II. vol. I. No. 13-2, p. 21.

(3) أنظر في الاتجاهات الحديثة للقضاء الفرنسي.

Ph. simler, op. cit., no. 202, et S. p. 171 ets.

(4) السهوري، المرجع السابق، ص ٥٣، أنظر أيضاً المذكرة التنفيذية للمشروع التمهيدى للمادة ١١٣٦ منه والمقابلة للمادة ٧٧٨، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥، ص ١٥٧.

(5) السهوري، المرجع السابق، ص ٥٤.

أما المادة ٧٧٨ فقرة ثانية والتي تجيز للكفيل، إذ لم يعين مدة للكفالة، أن يرجع فيها في أى وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ، فهي تطبيق للقواعد العامة في العقود غير المحددة المدة والتي تجيز لأى من اطرافها أن ينهى العقد بارادته المنفردة، وذلك منعاً لتأبيد العلاقات التعاقدية، وحفاظاً على حرية الأفراد وتأميناً لاستقلالهم^(١).

ويشترط لى ينتج هذا الانهاء أثره، باعتباره تعبيراً عن الارادة، أن يتصل بعلم الدائن وأن يكون ذلك قبل نشوء الالتزام المكفول وذلك طبقاً للمبادئ العامة^(٢).

وتطبيقاً لذلك إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع فيها قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه وعلم الدائن بذلك، فلا يكون الكفيل ضامناً لما ينشأ من دين فى المستقبل. أما إذا علم الدائن برجوع الكفيل بعد أن نشأ بعض الدين، فلا يكون ضامناً إلا للجزء الذى نشأ دون غيره مما ينشأ فى المستقبل.

أما إذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته، فإنه لا يجوز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة. إذا انقضت المدة ولم ينشأ الدين برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية. ولكن إذا نشأ جزء من الدين فقط خلال هذه المدة فهو غير ملزم إلا بضمان هذا الجزء^(٣).

(ب) كفالة الالتزام الشرطى،

قد تعرضت المادة ٧٧٨ أيضاً لكفالة الالتزام الشرطى. فبعد أن نصت

(١) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٦، ص ٦٥، وأنظر أيضاً:
- JACQUES AZEMA. La durée des contrats successifs. thèse Lyon 1969. L.G.D.J., No. 181, p. 143 et No. 183, p. 146.
- ROLAND TENDLER. Artiele Précité, p. 132.

(٢) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٦، ص ٦٦.
وقارن: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٥، ص ٨٩.
وقارن أيضاً: نقض ٩ مايو ١٩٧٢ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٣ رقم ٣٢٣، ص ٨١٩.
(٣) سمير تناغر، المرجع السابق، ص ٤٧.

على جواز كفالة الدين المستقبل، أضافت أنه «..... يجوز الكفالة في الدين الشرطى» .

وهذا النص يعتبر أيضاً تطبيقاً للقواعد العامة، حيث أنه طبقاً لهذه القواعد تجوز كفالة الدين الشرطى سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف^(١) . وحيث أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي فتأخذ وصفه، فإذا كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط فاسخ، فإن التزام الكفيل يكون أيضاً معلقاً على شرط فاسخ، ويسرى عليه ما يسرى على الالتزام الأصلي من أحكام. فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتاً، ويكون التزام الكفيل بالتبعية باتاً، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن، ويتبع ذلك انفساخ التزام الكفيل واعتباره كأن لم يكن.

إذا كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط واقف، فإن التزام الكفيل يكون أيضاً معلقاً على شرط واقف، ويأخذ حكم الالتزام الأصلي. فإذا تخلف الشرط الواقف، زال الدين الأصلي بأثر رجعى، واعتبر كأن لم يكن، ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل، ويعتبر كأن لم يكن. أما إذا تحقق الشرط الواقف، فإن الالتزام الأصلي ينفذ بأثر رجعى، وكذلك ينفذ إلتزام الكفيل. ويصبح كل من التزام المدين الأصلي والتزام الكفيل نافذاً وباتاً وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة^(٢) .

(ج) كفالة الالتزام الطبيعى:

الالتزام الطبيعى هو التزام ناقص، أى ينقصه عنصر المسؤولية وبالتالي لا يمكن فيه اجبار المدين على التنفيذ. والكفالة تفترض بالضرورة أن هناك مدين أصلى ودائن له حق مقاضاة واجبار هذا المدين على التنفيذ عند الرجوع عليه. وعلى ذلك فلا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى لعدم امكان اجبار

(١) السنهورى، المرجع السابق، ص ٥١ .

(٢) السنهورى، المرجع السابق، ص ٥٢ .

المدين بالتزام طبيعي على الوفاء، كما إن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من التزام المدين الأصلي^(١). لكن إذا قام المدين بالتزام طبيعي بتقديم الكفيل لضمان الوفاء بالتزامه، فإن هذا ينطوي على تعهد ضمنى بالوفاء يتحول به الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى، فتصح الكفالة بوصفها كفالة لالتزام مدنى^(٢).

وقد كان الأمر على خلاف ذلك فى القانون الرومانى، وذلك لأن هذا يرجع إلى أن هذا القانون لم يكن قد وصل بعد إلى استخلاص الصفة التبعية للكفالة^(٣). ولذلك كان يجوز كفالة الالتزام الطبيعى.

(٢) صحة الالتزام الأصلي:

كما سبق أن قلنا أن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة. ومن ذلك أن التزام الكفيل لا بد وأن يركز على التزام أصلى صحيح ليضمن الوفاء به، وهذا ما قرره المادة ٧٧٦ مدنى بقولها «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً». وهو نفس الحكم الوارد فى المادة ٢/٢٠١٢ مدنى فرنسى. وبناء على ذلك فما هو حكم كفالة الالتزام الباطل، أو الالتزام القابل للإبطال؟

(١) حكم كفالة الالتزام الباطل:

إذا كان التزام الكفيل يتبع التزام الأصلى فى صحته، وبطلانه، فإن كفالة

(١) السهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٥٦ - سمير تناغوى، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٤٨ - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ٩٠ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٣ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٨٧.

- MAZEAUD. op. cit., T. III. vol. I. No. 14. p. 21.

- A. WEILL. op. cit., No. 201. p. 269: Ph. Simler, op. cit., No. 206 p. 174.

- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit., T. III. No. 545, p. 337.

(٢) أنظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٠، ص ١٩.

(3) MAZEAUD, op. cit., T. III. I.I., no. 14, p. 21.

الالتزام الباطل تكون باطلة . وعلى ذلك تقع باطلة كفالة الهبة التي لا تأخذ الشكل القانوني، وكفالة الالتزام الباطل لانعدام الأهلية وكفالة الالتزامات المخالفة للنظام العام والآداب، كالديون الربوية والتصرفات المتعلقة بالتركات المستقبلية وغيرها^(١).

وقد نصت المادة ٧٨٢ مدنى فى فقرتها الأولى على أن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين». ومن هذه الأوجه بطلان الالتزام المكفول، فكما يستطيع المدين أن يحتج بهذا البطلان، فأن الكفيل يمكنه ذلك أيضاً^(٢).

ولا يكون الالتزام باطلاً إلا إذا كان التزاماً عقدياً، أما الالتزام غير العقدى فأن القانون نفسه، لا الإرادة، هو الذى يتكفل بانثائه واستمداده من مصدره فلا يكون باطلاً. وعلى ذلك فالالتزام الباطل هو الالتزام الذى ينشأ عن عقد باطل. كما سبق أن رأينا فى الأمثلة السابقة فأن بطلان العقد يترتب على إختلال ركن من أركانه، كأن يكون محله غير معين أو مستحيل أو غير مشروع، أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذى يتطلبه القانون^(٣).

(ب) حكم كفالة الالتزام القابل للإبطال،

إذا كان الالتزام قابلاً للإبطال، فإنه مع ذلك يعتبر قائماً ومنتجاً لكل

(١) عبد الفتاح عبد الباقي. المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٧٥.

(2) A. WEILL., op. cit., No. 20. p. 26.

- MAZEAUD. Loc. cit., No., 15, p. 22:

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, vol. I. No. 545, p. 335.

- AUBRY et RAU, op. cit. T. VI, No. 228, p. 335. Ph. simler, op. cit. no. 220. p. 184.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢٠، ص ٤٢.

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٤، ص ٥٩ و ٦٠.

- أنظر أيضاً مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٥، ص ٤٦٨.

آثاره حتى يحكم بإبطاله. وعلى ذلك فإنه يجوز كفالة الالتزام القابل للإبطال. ولكن تتبع الكفالة حكم الالتزام الأصلي، بمعنى أنها تكون هي الأخرى قابلة للإبطال. فتظل صحيحة ومنتجة لآثارها ما بقى الالتزام الأصلي. فإذا حكم بإبطال الالتزام الأصلي فإن ذلك يستتبع بالضرورة إبطال عقد الكفالة. وللكفيل أن يحتج بكافة الأوجه التي يحتج بها المدين نفسه. وعلى هذا فإن الكفيل يستطيع أن يتمسك بإبطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الأصلي للإبطال. أما إذا كان الالتزام القابل للإبطال أصبح صحيحاً بالاجازة، فإن هذا الالتزام يصبح صحيحاً نهائياً بالنسبة للمدين الأصلي. ولكن للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة ما لم يجر هو بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال، أو ما لم يسقط حقه في التمسك بالإبطال بالتقادم^(١).

وجبتنا في ذلك هي المادة ١/٧٨٢ مدني والتي اعطت الكفيل شخصياً الحق في التمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. وأكدت هذا المعنى الفقرة الثانية من هذه المادة بإيرادها استثناء على هذه القاعدة بمنع الكفيل من الاحتجاج بنقص أهلية المدين إذا كان عالماً بذلك وقت التعاقد. وعلى

(١) انظر في نفس هذا المعنى:

- السهوري، المرجع السابق، فقرة ٢١، ص ٤٤، سليمان مرقس، الوافي، فقرة ٣٦، ٣٧، ص ٦٢، ٦٥.

- محمود جمال الدين زكي، فقرة ٣٤، ص ٦١، وقرة ٤٩، ص ٩٦. وفي فرنسا:

- AUBRY et RAU par Ponsard, op. cit., T. VI. No. 228, p. 336:
Baudry - Lacantinerie et Whal, no. 954.

وانظر أستاذنا:

- G. COUTTURIER: La confirmation des actes nuls. thèse Paris.
1972, L.G.D.J., No. 51

وانظر عكس ذلك:

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٧٦.

- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٩٢.

- MAZEAUD, op. cit., T. III. vol. I. No. 16. p. 23:

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III. vol. I. No. 543. p. 338. Ph. Malaurie. L. Aynés, op. cit., no. 157. p. 48.

ذلك فإذا كان المشرع يريد أن يعمم حكم الفقرة الثانية ما كان قصرها على نقص الأهلية، بل كان أطلق حكمها بالنسبة لكل حالات القابلية للإبطال^(١). كما يضاف إلى ذلك أن طبيعة مركز الكفيل تستدعي دائماً أن نحميه وأن نفسر دائماً الشك لمصلحته، حيث أنه يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه، وقد يكون تقدم للكفالة متخرجاً نتيجة لاعتبارات صداقة أو اعتبارات عائلية. كما أن رعاية مصلحة الكفيل واضحة كل الوضوح من جملة الأحكام الواردة في التقنين المدني. وعلى ذلك يجب تفسير هذه المادة بالنظر إلى هذه الأحكام ككل^(٢). وهو الحكم نفسه في حالة تنازل المدين عن التمسك بالتقدم بعد ثبوت الحق فيه.

(ج) الحكم الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية،

قد أورد المشرع حكماً خاصاً بكفالة ناقص الأهلية في المادة ٧٧٧ مدني والتي تقضي بأن «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول». وفي المادة ٧٨٢ مدني بعد أن قرر المشرع كقاعدة عامة بأن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين»، جاء في الفقرة الثانية بحكم خاص بنقص الأهلية، حيث قرر: «على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس لديه أن يحتج بهذا الوجه».

يستخلص مما تقدم أنه يجب أن يكون الالتزام المكفول قابلاً للإبطال

(١) أنظر عكس ذلك:

- سمير تناغور، المرجع السابق، فقرة ٢٠، ص ٢٤.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٣، ص ٨٥، حيث أنهما يذهبان إلى تعميم حكم الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ إلى جميع حالات القابلية للإبطال.

(٢) أنظر موقف القضاء الفرنسي من إبقاء الكفالة بالرغم من إبطال العقود الزمنية لضمحل الالتزامات المستحقة على إثر هذا الإبطال. وكذلك بقاء الكفالة في حالة الحكم ببطلاق النوريد المتضمن عقد قرض لعدم تحديد الثمن لضمان رد مبلغ القرض بالرغم بطلان القرض أيضاً. أنظر في تفصيل ذلك: Simler, op. cit., no. 220, p. 188 et.

لنقص أهلية المدين . ويكون المدين ناقص الأهلية إذا كان قاصراً مميزاً أو من فى حكمه كالمحجوز عليه بسبب غفله أو سفه - وبالتالي يجب أن نستبعد من نطاق هذا النص الحالة التى يكون فيها العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام الأهلية ، لعدم التمييز أو للجنون أو للعتة .

ولنفهم حكم هذين النصين ، يجب علينا أن نفرق بين فروض ثلاث :

الفرض الأول : إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية ، وأن الكفيل لا يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالة يكون التزام المدين قابلاً للإبطال بسبب نقص أهليته . ويتبع ذلك أن آلتزام الكفيل يكون أيضاً قابلاً للإبطال وذلك لأنه التزم تابع للالتزام الأسمى . وبناء على ذلك إذا طلب المدين إبطال التزامه وحكم له بالبطلان ، فإن التزامه يعتبر كأن لم يكن وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر أيضاً كأن لم يكن . وهذه الحالة تخضع للقواعد العامة السابق الإشارة إليها بصدد كفالة الالتزام القابل للإبطال بصفة عامة . ويكون للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للإبطال ولو لم يتمسك به المدين نفسه ، لأنه صاحب مصلحة فى التمسك بالقابلية للإبطال وذلك تطبيقاً للمادة ١/٧٨٢ مدنى والتى تخول له أن يتمسك بجميع الأوجه التى حتج بها المدين . وفى هذه الحالة ينقضى التزام الكفيل وتبرأ ذمته ، ولكن لا يردى ذلك إلى إبطال التزام المدين ، إذ لا يحكم به إلا إذا تمسك به صاحب الحق فى ذلك (م ١٣٨ مدنى) . كما أن انقضاء الالتزام التابع لا يردى إلى انقضاء الالتزام المتبوع . وهذا يبدو واضحاً عندما يكون هناك سبب من أسباب البطلان الخاصة بعقد الكفالة . فإذا ما حكم ببطلان عقد الكفالة لا يردى هذا إلى بطلان الالتزام المكفول .

الفرض الثانى : إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية ، وكان الكفيل عالماً بنقص أهليته وقت التعاقد : فى هذا الفرض يكون التزام المدين قابلاً للإبطال . ويكون التزام الكفيل قابلاً للإبطال بطريق التبعية . فإذا تمسك للمدين بإبطال التزامه وحكم له بالإبطال فإنه يعتبر كأن لم يكن وبالتالي

يبطل التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن لكن إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه، أو أنه أجاز العقد الأصلي القابل للإبطال، فإن العقد يظل قائماً منتجاً لآثاره وتظل الكفالة قائمة منتجة لآثارها. ولا يجوز للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين ليبطل التزامه وذلك طبقاً لنص المادة ٢/٧٨٢ مدنى.

الفرض الثالث: أن يكون المكفول ناقص الأهلية وكان الكفيل عالماً بذلك بل أنه تقدم ليكفل المدين بسبب نقص أهليته: وهذا هو الفرض الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى. وطبقاً لهذا الفرض فإن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلي عالم بنقص أهلية هذا الأخير. وأن العقد الذى أبرمه الدائن مع المدين قابل للإبطال وبالتالي يجوز للمدين أن يبطله. وتوقعاً لهذا الاحتمال عقدت الكفالة، إذ هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلي^(١).

وعلى ذلك فإن الكفيل ضامن للوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، وذلك فى حالة عدم تمسك المدين بإبطال التزامه. أما إذا تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي، فإن الكفيل يصبح هو الملزم بالوفاء بالدين لا باعتباره كفيلًا، حيث أن الالتزام الأصلي الذى يكفله قد زال. وإنما باعتباره مدينًا أصليًا.

ويرى بعض الفقهاء أنه فى هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلًا، بل يكون مدينًا أصليًا، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف، وهو ألا ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام. فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام، وجب على من تقدم بصفته كفيلًا، وقد أصبح مدينًا أصليًا بتحقيق الشرط، أن ينفذ هو هذا الالتزام^(٢).

بينما يذهب آخرون فى تفسير هذه الحالة على أساس نظرية تحول

(١) السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١، ص ٤٨.

(٢) السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١، ص ٤٩، والمرجع المشار إليه فى هامش

(١) ص ٤٩.

العقد، المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني، بمعنى ان كفالة الالتزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية، وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية بإبطال التزامه. فتظل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول إلى تعهد منشئ لالتزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل،^(١).

بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى تفسير هذا الحكم بأن من يكفل التزام ناقص الأهلية وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية، يبرم عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهداً عن الغير. يتعهد فيه الكفيل ألا يستعمل المدين حقّه في طلب الإبطال، ويتعهد في الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا أخل بتعهدّه عن الغير بأن طلب المدين الإبطال. وعلى ذلك فما بقي الالتزام الأصلي قائماً، سيبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية باعتباره كفيلًا. أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلي بأثر رجعي، زال التزام الكفيل تبعاً لذلك بأثر رجعي. ولكن يتحقق بذلك الإخلال بالتعهد عن الغير، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير، ويكون التزامه هذا التزاماً أصلياً غير تابع لغيره،^(٢).

ويبدو أن هذا الرأي هو الأقرب إلى المتطوّر ويفسر سبب التزام الكفيل باعتباره مديناً أصلياً بعد زوال الالتزام الأصلي المكفول نتيجة تمسك المدين الأصلي بالإبطال لنقص أهليته.

(١) سليمان مرقس، عقد الكفالة ١٩٥٩، فقرة ٣٥، ص ٤٠، الوافي، فقرة ٣٥، ص ٦١، ٦٢.
(٢) منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ١٩٦٠ فقرة ١٦، ص ٣٤ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٤، ص ٨٥ - محمد علي أمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٤٣، ص ٨١ - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٥، ص ٦٣ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٩، ص ٤٢، ٤٣ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٢ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٨، ص ٤٠ و ٤١.

(٢) تعيين الالتزام الأصلي أو قابليته للتعيين؛

وهذا الشرط ليس شرطاً خاصاً بالكفالة، وإنما هو شرط عام بالنسبة لجميع العقود. وسوف ندرس هنا الالتزام غير المعين محله، وكفالة جزء من الالتزام الأصلي.

(أ) كفالة الالتزام غير المعين محله؛

يجوز أن يكون الالتزام غير معين المقدار، متى كان قابلاً للتعيين، كان يكفل شخص، بعيد وقوع فعل ضار، الذمويض الذي يحكم به على المسئول عنه وهذا ليس سوى تطبيق للقواعد العامة التي يكفي لقيام الالتزام، وفقاً لها، أن يكون محله قابلاً للتعيين^(١).

(ب) كفالة جزء من الالتزام الأصلي؛

إذا كان يحكم الكفالة مبدأ هام وهو إلا يتجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الأصلي. فلا يوجد ما يمنع أن يلتزم الكفيل بأقل من الالتزام الأصلي، أى بجزء من الدين الأصلي. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٧٨٠ بقولها: «تجوز الكفالة في مبلغ أقل وشروط أهون» من الالتزام المكفول. وعلى ذلك فما تنص عليه الكفالة يلتزم به الكفيل بشرط ألا يكون التزامه أشد من الالتزام الأصلي (م ٢/٧٨٠ مدني) وهذا ما سنعرض له بالتفصيل فيما بعد.

المطلب الثاني

نطاق التزام الكفيل

ولتحديد نطاق التزام الكفيل يجب الرجوع أولاً إلى عقد الكفالة، حيث أنه هو الذي يحدد العلاقة بين الدائن والكفيل. ولما كان التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، فإن تحديد مدى هذا الالتزام يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام الأصلي المكفول الذي قام لضمانه.

(١) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٦٦.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ص ٦١.

أولاً: عقد الكفالة هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل،

الكفالة لا تفترض، وإنما هي وليدة اتفاق بين الدائن والكفيل. فمن الطبيعي إذن أن نرجع إلى هذا العقد لمعرفة حدود التزام الكفيل. ويتحدد التزام الكفيل من حيث موضوعه، وأشخاصه، ومدته، وأوصافه.

(١) من حيث الموضوع: الكفالة المطلقة والكفالة المحددة:

إذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين، فإنه لا يسأل إلا عن هذا الجزء، ولا يسأل عن الجزء الباقي. وعلى ذلك فإذا ضمن الكفيل الدين دون فوائد، فلا يسأل عن هذه الفوائد. وإذا كفل الفوائد البسيطة، فإنه لا يكفلها مركبة. وإذا كفل الكفيل المستأجر في دفع الأجرة، اقتصرت كفالاته على الالتزام بدفع الأجرة، ولا يمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الإيجار كالتعويض عن التلف، أو التعويض عن الحريق. وإذا كفل الكفيل فتحج اعتماد لغاية مبلغ معين، لم يكفل ما زاد على هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة، وإذا كفل عقد إيجار لم يكفل عقد إيجار يتلوه، ولو كان التجديد ضمنياً^(١).

إذا تضمن عقد الكفالة تحديداً دقيقاً لما يرتضى الكفيل أن يكفله كما سبق أن رأينا في الأمثلة السابقة، فالعقد يحدد مدى ما يرتضى الكفيل ضمانه، فتسمى الكفالة هنا محددة "Limité" وهي لا تتجاوز الحدود التي رسمت لها في العقد. فإذا اقتصرت الكفالة على أصل الدين. فإن الكفيل لا يسأل عن غير ذلك، فلا يشمل التزامه توابع هذا الدين كفوائده ومصاريفه.

لكن قد لا يعين الكفيل محل التزامه. وتأتى الكفالة مطلقة بأن يضمن

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦، ص ٨٦.

— عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٣، ص ٩٤.

وقارن: نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٧٢، مجموعة محكمة النقض، السنة ٢٣ رقم ٢٠٨، ص ٢٦٨، كفالة عقد فتح الاعتماد، لا تضمن الا للالتزامات العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده ولا تمتد إلى الالتزامات التي تنشأ في ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعد أو مخالفة لشروطه.

على جواز كفالة الدين المستقبل، أضافت أنه «..... يجوز الكفالة في الدين الشرطى».

وهذا النص يعتبر أيضاً تطبيقاً للقواعد العامة، حيث أنه طبقاً لهذه القواعد تجوز كفالة الدين الشرطى سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف^(١). وحيث أن الكفالة تابعة للالتزام الأصلي فتأخذ وصفه، فإذا كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط فاسخ، فإن التزام الكفيل يكون أيضاً معلقاً على شرط فاسخ، ويسرى عليه ما يسرى على الالتزام الأصلي من أحكام. فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتاً، ويكون التزام الكفيل بالتبعية باتاً، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن، ويتبع ذلك انفساخ التزام الكفيل واعتباره كأن لم يكن.

إذا كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط واقف، فإن التزام الكفيل يكون أيضاً معلقاً على شرط واقف، ويأخذ حكم الالتزام الأصلي. فإذا تخلف الشرط الواقف، زال الدين الأصلي بأثر رجعى، واعتبر كأن لم يكن، ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل، ويعتبر كأن لم يكن. أما إذا تحقق الشرط الواقف، فإن الالتزام الأصلي ينفذ بأثر رجعى، وكذلك ينفذ إلتزام الكفيل. ويصبح كل من التزام المدين الأصلي والتزام الكفيل نافذاً وباتاً وتسرى فى هذه الحالة أحكام الكفالة^(٢).

(ج) كفالة الالتزام الطبيعى:

الالتزام الطبيعى هو التزام ناقص، أى ينقصه عنصر المسؤولية وبالتالي لا يمكن فيه اجبار المدين على التنفيذ. والكفالة تفترض بالضرورة أن هناك مدين أصلى ودائن له حق مقاضاة واجبار هذا المدين على التنفيذ عند الرجوع عليه. وعلى ذلك فلا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى لعدم امكان اجبار

(١) السهنورى، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) السهنورى، المرجع السابق، ص ٥٢.

المدين بالتزام طبيعي على الوفاء، كما إن التزام الكفيل لا يمكن أن يكون أشد من التزام المدين الأصلي^(١). لكن إذا قام المدين بالتزام طبيعي بتقديم الكفيل لضمان الوفاء بالتزامه، فإن هذا ينطوي على تعهد ضمنى بالوفاء يتحول به الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى، فتصح الكفالة بوصفها كفالة لالتزام مدنى^(٢).

وقد كان الأمر على خلاف ذلك فى القانون الرومانى، وذلك لأن هذا يرجع إلى أن هذا القانون لم يكن قد وصل بعد إلى استخلاص الصفة التبعية للكفالة^(٣). ولذلك كان يجوز كفالة الالتزام الطبيعى.

(٢) صحة الالتزام الأصلي:

كما سبق أن قلنا أن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة. ومن ذلك أن التزام الكفيل لا بد وأن يركز على التزام أصلى صحيح ليضمن الوفاء به، وهذا ما قرره المادة ٧٧٦ مدنى بقولها «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً». وهو نفس الحكم الوارد فى المادة ٢/٢٠١٢ مدنى فرنسى. وبناء على ذلك فما هو حكم كفالة الالتزام الباطل، أو الالتزام القابل للإبطال؟.

(١) حكم كفالة الالتزام الباطل:

إذا كان التزام الكفيل يتبع التزام الأصلى فى صحته، وبطلانه، فإن كفالة

(١) السهورى، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٥٦ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٤٨ - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ٩٠ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٣ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٨٧.

- MAZEAUD. op. cit., T. III. vol. I. No. 14. p. 21.

- A. WEILL. op. cit., No. 201. p. 269: Ph. Simler, op. cit., No. 206 p. 174.

- G. MARTY et P. RAYNAUD. op. cit., T. III. No. 545, p. 337.

(٢) أنظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية ٢٠٠٠، ص ١٩.

(3) MAZEAUD, op. cit., T. III. I.I., no. 14, p. 21.

الالتزام الباطل تكون باطلة. وعلى ذلك تقع باطلة كفالة الهبة التي لا تأخذ الشكل القانوني، وكفالة الالتزام الباطل لانعدام الأهلية وكفالة الالتزامات المخالفة للنظام العام والآداب، كالديون الربوية والتصرفات المتعلقة بالتركات المستقبلية وغيرها^(١).

وقد نصت المادة ٧٨٢ مدني في فقرتها الأولى على أن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين». ومن هذه الأوجه بطلان الالتزام المكفول، فكما يستطيع المدين أن يحتج بهذا البطلان، فأن الكفيل يمكنه ذلك أيضاً^(٢).

ولا يكون الالتزام باطلاً إلا إذا كان التزاماً عقدياً، أما الالتزام غير العقدي فأن القانون نفسه، لا الإرادة، هو الذي يتكفل بإنشائه واستمداده من مصدره فلا يكون باطلاً. وعلى ذلك فالالتزام الباطل هو الالتزام الذي ينشأ عن عقد باطل. كما سبق أن رأينا في الأمثلة السابقة فأن بطلان العقد يترتب على إختلال ركن من أركانه، كأن يكون محله غير معين أو مستحيل أو غير مشروع، أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذي يتطلبه القانون^(٣).

(ب) حكم كفالة الالتزام القابل للإبطال،

إذا كان الالتزام قابلاً للإبطال، فإنه مع ذلك يعتبر قائماً ومنتجاً لكل

(١) عبد الفتاح عبد الباقي. المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٧٥.

(2) A. WEILL., op. cit., No. 20. p. 26.

- MAZEAUD. Loc. cit., No., 15, p. 22:

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, vol. I. No. 545, p. 335.

- AUBRY et RAU, op. cit. T. VI, No. 228, p. 335. Ph. simler, op. cit. no. 220. p. 184.

(٣) السنيهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢٠، ص ٤٢.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣٤، ص ٥٩ و ٦٠.

- أنظر أيضاً مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٥، ص ٤٦٨.

آثاره حتى يحكم بإبطاله. وعلى ذلك فإنه يجوز كفالة الالتزام القابل للإبطال. ولكن تتبع الكفالة حكم الالتزام الأصلي، بمعنى أنها تكون هي الأخرى قابلة للإبطال. فتظل صحيحة ومنتجة لآثارها ما بقى الالتزام الأصلي. فإذا حكم بإبطال الالتزام الأصلي فإن ذلك يستتبع بالضرورة إبطال عقد الكفالة. وللكفيل أن يحتج بكافة الأوجه التي يحتج بها المدين نفسه. وعلى هذا فإن الكفيل يستطيع أن يتمسك بإبطال التزامه نتيجة لقابلية الالتزام الأصلي للإبطال. أما إذا كان الالتزام القابل للإبطال أصبح صحيحاً بالاجازة، فإن هذا الالتزام يصبح صحيحاً نهائياً بالنسبة للمدين الأصلي. ولكن للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة ما لم يجر هو بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال، أو ما لم يسقط حقه في التمسك بالإبطال بالتقادم^(١).

وجبتنا في ذلك هي المادة ١/٧٨٢ مدني والتي اعطت الكفيل شخصياً الحق في التمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين. وأكدت هذا المعنى الفقرة الثانية من هذه المادة بإيرادها استثناء على هذه القاعدة بمنع الكفيل من الاحتجاج بنقص أهلية المدين إذا كان عالماً بذلك وقت التعاقد. وعلى

(١) انظر في نفس هذا المعنى:

- السهوري، للمرجع السابق، فقرة ٢١، ص ٤٤، سليمان مرقس، الوافي، فقرة ٣٦، ٣٧، ص ٦٢، ٦٥.

- محمود جمال الدين زكي، فقرة ٣٤، ص ٦١، وقرة ٤٩، ص ٩٦. وفي فرنسا:

- AUBRY et RAU par Ponsard, op. cit., T. VI. No. 228, p. 336:
Baudry - Lacantinerie et Whal, no. 954.

وانظر أستاذنا:

- G. COUTTURIER: La confirmation des actes nuls. thèse Paris.
1972, L.G.D.J., No. 51

وانظر عكس ذلك:

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٧٦.

- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٩٢.

- MAZEAUD, op. cit., T. III. vol. I. No. 16. p. 23:

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III. vol. I. No. 543. p. 338. Ph. Malaurie. L. Aynés, op. cit., no. 157. p. 48.

ذلك فإذا كان المشرع يريد أن يعمم حكم الفقرة الثانية ما كان قصرها على نقص الأهلية، بل كان أطنق حكمها بالنسبة لكل حالات القابلية للإبطال^(١). كما يضاف إلى ذلك أن طبيعة مركز الكفيل تستدعي دائماً أن نحمله وأن نفسر دائماً الشك لمصلحة، حيث أنه يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه، وقد يكون تقدم للكفالة متحرجاً نتيجة لاعتبارات صداقة أو اعتبارات عائلية. كما أن رعاية مصلحة الكفيل واضحة كل الوضوح من جملة الأحكام الواردة في التقنين المدني. وعلى ذلك يجب تفسير هذه المادة بالنظر إلى هذه الأحكام ككل^(٢). وهو الحكم نفسه في حالة تنازل المدين عن التمسك بالتقدم بعد ثبوت الحق فيه.

(ج) الحكم الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية؛

قد أورد المشرع حكماً خاصاً بكفالة ناقص الأهلية في المادة ٧٧٧ مدني والتي تقضي بأن «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول». وفي المادة ٧٨٢ مدني بعد أن قرر المشرع كقاعدة عامة بأن «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين»، جاء في الفقرة الثانية بحكم خاص بنقص الأهلية، حيث قرر: «على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس لديه أن يحتج بهذا الوجه».

يستخلص مما تقدم أنه يجب أن يكون الالتزام المكفول قابلاً للإبطال

(١) أنظر عكس ذلك:

- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٠، ص ٢٤.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٣، ص ٨٥، حيث أنهما يذهبان إلى تعميم حكم الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ إلى جميع حالات القابلية للإبطال.

(٢) أنظر موقف القضاء الفرنسي من إبقاء الكفالة بالرغم من إبطال العقود الزمنية لضمان الالتزامات المستحقة على إثر هذا الإبطال. وكذلك بقاء الكفالة في حالة الحكم ببطلان عه النوريد المتضمن عقد قرض لعدم تحديد اللمن لضمان رد مبلغ القرض بالرغم ببطلان القرض أيضاً. أنظر في تفصيل ذلك: Simler, op. cit., no. 220, p. 188 et.

لنقص أهلية المدين . ويكون المدين ناقص الأهلية إذا كان قاصراً مميزاً أو من فى حكمه كالمحجوز عليه بسبب غفله أو سفه - وبالتالي يجب أن نستبعد من نطاق هذا النص الحالة التى يكون فيها العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام الأهلية ، لعدم التمييز أو للجنون أو للعتة .

ولنفهم حكم هذين النصين ، يجب علينا أن نفرق بين فروض ثلاث :

الفرض الأول : إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية ، وأن الكفيل لا يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالة يكون التزام المدين قابلاً للإبطال بسبب نقص أهليته . ويتبع ذلك أن الالتزام الكفيل يكون أيضاً قابلاً للإبطال وذلك لأنه التزام تابع للالتزام الأسمى . وبناء على ذلك إذا طلب إبطال التزامه وحكم له بالبطلان ، فإن التزامه يعتبر كأن لم يكن وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر أيضاً كأن لم يكن . وهذه الحالة تخضع للقواعد العامة السابقة الإشارة إليها بصدد كفالة الالتزام القابل للإبطال بصفة عامة . ويكون للكفيل أن يتمسك بقابلية التزامه للإبطال ولو لم يتمسك به المدين نفسه ، لأنه صاحب مصلحة فى التمسك بالقابلية للإبطال وذلك تطبيقاً للمادة ١/٧٨٢ مدنى والتى تخول له أن يتمسك بجميع الأوجه التى حتج بها المدين . وفى هذه الحالة ينقضى التزام الكفيل وتبرأ ذمته ، ولكن لا يودى ذلك إلى إبطال التزام المدين ، إذ لا يحكم به إلا إذا تمسك به صاحب الحق فى ذلك (م ١٣٨ مدنى) . كما أن انقضاء الالتزام التابع ، لا يودى إلى انقضاء الالتزام المتبوع . وهذا يبدو واضحاً عندما يكون هناك سبب من أسباب البطلان الخاصة بعقد الكفالة . فإذا ما حكم ببطلان عقد الكفالة لا يودى هذا إلى بطلان الالتزام المكفول .

الفرض الثانى : إذا كان المدين المكفول ناقص الأهلية ، وكان الكفيل عالماً بنقص أهليته وقت التعاقد : فى هذا الفرض يكون التزام المدين قابلاً للإبطال . ويكون التزام الكفيل قابلاً للإبطال بطريق التبعية . فإذا تمسك لمدين بإبطال التزامه وحكم له بالإبطال فإنه يعتبر كأن لم يكن وبالتالي

يبطل التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن لكن إذا لم يتمسك المدين ببطلان التزامه، أو أنه أجاز العقد الأصلي القابل للإبطال، فإن العقد يظل قائماً منتجاً لآثاره وتظل الكفالة قائمة منتجة لآثارها. ولا يجوز للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين ليبطل التزامه وذلك طبقاً لنص المادة ٧٨٢/٢ مدنى.

الفرض الثالث: أن يكون المكفول ناقص الأهلية وكان الكفيل عالماً بذلك بل أنه تقدم ليكفل المدين بسبب نقص أهليته: وهذا هو الفرض الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى. وطبقاً لهذا الفرض فإن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلي عالم بنقص أهلية هذا الأخير. وأن العقد الذى أبرمه الدائن مع المدين قابل للإبطال وبالتالي يجوز للمدين أن يبطله. وتوقعاً لهذا الاحتمال عقدت الكفالة، إذ هى لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلي^(١).

وعلى ذلك فإن الكفيل ضامن للوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، وذلك فى حالة عدم تمسك المدين بإبطال التزامه. أما إذا تمسك المدين الأصلي بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي، فإن الكفيل يصبح هو الملزم بالوفاء بالدين لا باعتباره كفيلًا، حيث أن الالتزام الأصلي الذى يكفله قد زال. وإنما باعتباره مدينًا أصليًا.

ويرى بعض الفقهاء أنه فى هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلًا، بل يكون مدينًا أصليًا، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف، وهو ألا ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام. فإذا تحقق الشرط ولم ينفذ المدين الأصلي الالتزام، وجب على من تقدم بصفته كفيلًا، وقد أصبح مدينًا أصليًا بتحقيق الشرط، أن ينفذ هو هذا الالتزام^(٢).

بينما يذهب آخرون فى تفسير هذه الحالة على أساس نظرية تحول

(١) السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١، ص ٤٨.

(٢) السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢١، ص ٤٩، والمرجع المشار إليه فى هامش

(١) ص ٤٩.

العقد، المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدنى، بمعنى ان كفالة الالتزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية، وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية بإبطال التزامه. فتظل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول إلى تعهد منشئ للالتزام أصلى فى ذمة من تعهد ككفيل،^(١).

بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى تفسير هذا الحكم بأن من يكفل التزام ناقص الأهلية وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية، يبرم عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهداً عن الغير. يتعهد فيه الكفيل ألا يستعمل المدين حقّه فى طلب الإبطال، ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلى إذا أخل بتعهدّه عن الغير بأن طلب المدين الإبطال. وعلى ذلك فما بقى الالتزام الأصلى قائماً، سيبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية باعتباره كفيلاً. أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلى بأثر رجعى، زال التزام الكفيل تبعاً لذلك بأثر رجعى. ولكن يتحقق بذلك الإخلال بالتعهد عن الغير، فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخل بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير، ويكون التزامه هذا التزاماً أصلياً غير تابع لغيره،^(٢).

ويبدو أن هذا الرأى هو الأقرب إلى المتطوّر، ويفسّر سبب التزام الكفيل باعتباره مديناً أصلياً بعد زوال الالتزام الأصلى المكفول نتيجة تمسك المدين الأصلى بالإبطال لنقص أهليته.

(١) سليمان مرقس، عقد الكفالة ١٩٥٩، فقرة ٣٥، ص ٤٠، الوافى، فقرة ٣٥، ص ٦١، ٦٢.
(٢) منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ١٩٦٠ فقرة ١٦، ص ٣٤ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٤، ص ٨٥ - محمد على أمام، التأمينات الشخصية والعينية، فقرة ٤٣، ص ٨١ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٥، ص ٦٣ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٤٢، ٤٣ - توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣٢ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ١٨، ص ٤٠ و ٤١.

(٢) تعيين الالتزام الأصلي أو قابليته للتعيين؛

وهذا الشرط ليس شرطاً خاصاً بالكفالة، وإنما هو شرط عام بالنسبة لجميع العقود. وسوف ندرس هنا الالتزام غير المعين محله، وكفالة جزء من الالتزام الأصلي.

(أ) كفالة الالتزام غير المعين محله؛

يجوز أن يكون الالتزام غير معين المقدار، متى كان قابلاً للتعيين، كان يكفل شخص، بعد وقوع فعل ضار، الذميص الذي يحكم به على المسئول عنه وهذا ليس سوى تطبيق للقواعد العامة التي يكفي لقيام الالتزام، وفقاً لها، أن يكون محله قابلاً للتعيين^(١).

(ب) كفالة جزء من الالتزام الأصلي؛

إذا كان يحكم الكفالة مبدأ هام وهو إلا يتجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الأصلي. فلا يوجد ما يمنع أن يلتزم الكفيل بأقل من الالتزام الأصلي، أى بجزء من الدين الأصلي. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٧٨٠ بقولها: «تجوز الكفالة في مبلغ أقل وشروط أهون، من الالتزام المكفول. وعلى ذلك فما تنص عليه الكفالة يلتزم به الكفيل بشرط ألا يكون التزامه أشد من الالتزام الأصلي (م ٢/٧٨٠ مدني) وهذا ما سنعرض له بالتفصيل فيما بعد.

المطلب الثاني

نطاق التزام الكفيل

ولتحديد نطاق التزام الكفيل يجب الرجوع أولاً إلى عقد الكفالة، حيث أنه هو الذي يحدد العلاقة بين الدائن والكفيل. ولما كان التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، فإن تحديد مدى هذا الالتزام يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام الأصلي المكفول الذي قام لضمانه.

(١) محمود جمال الدين نكي، المرجع السابق، فقرة ٣٧، ص ٦٦.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ص ٦١.

أولاً: عقد الكفالة هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل؛

الكفالة لا تفترض، وإنما هي وليدة اتفاق بين الدائن والكفيل. فمن الطبيعي إذن أن نرجع إلى هذا العقد لمعرفة حدود التزام الكفيل. ويتحدد التزام الكفيل من حيث موضوعه، وأشخاصه، ومدته، وأوصافه.

(١) من حيث الموضوع: الكفالة المطلقة والكفالة المحددة؛

إذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين، فإنه لا يسأل إلا عن هذا الجزء، ولا يسأل عن الجزء الباقي. وعلى ذلك فإذا ضمن الكفيل الدين دون فوائد، فلا يسأل عن هذه الفوائد. وإذا كفل الفوائد البسيطة، فإنه لا يكفلها مركبة. وإذا كفل الكفيل المستأجر في دفع الأجرة، اقتصر كفاله على الالتزام بدفع الأجرة، ولا يمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد الإيجار كالتعويض عن التلف، أو التعويض عن الحريق. وإذا كفل الكفيل فتحج اعتماد لغاية مبلغ معين، لم يكفل ما زاد على هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجارى للتجزئة، وإذا كفل عقد إيجار لم يكفل عقد إيجار يتلوه، ولو كان التجديد ضمناً^(١).

إذا تضمن عقد الكفالة تحديداً دقيقاً لما يرتضى الكفيل أن يكفله كما سبق أن رأينا في الأمثلة السابقة، فالعقد يحدد مدى ما يرتضى الكفيل ضمانه، فتسمى الكفالة هنا محددة "Limité" وهي لا تتجاوز الحدود التي رسمت لها في العقد. فإذا اقتصر الكفالة على أصل الدين. فإن الكفيل لا يسأل عن غير ذلك، فلا يشمل التزامه توابع هذا الدين كفوائده ومصاريفه.

لكن قد لا يعين الكفيل محل التزامه. وتأتى الكفالة مطلقة بأن يضمن

(١) السلهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦، ص ٨٦.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٣، ص ٩٤.

وقارن: نقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٧٢، مجموعة محكمة النقض، السنة ٢٣ رقم ٢٠٨، ص ٢٦٨، كفالة عقد فتح الاعتماد، لا تضمن الا للالتزامات العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وهذه ولا تمتد إلى الالتزامات التي تنشأ في ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعد أو مخالفة لشروطه.

الكفيل الالتزام. ففي هذه الحالة قد وضع المشرع تحديداً قانونياً لما تشتمل عليه الكفالة في المادة ٧٨١ مدنى. هذه المادة تقضى بأنه «إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصرفات المطالبة الأولى، وما يستجد من مصرفات بعد اخطار الكفيل».

وعلى ذلك إذا كانت الكفالة غير محددة، فإن الكفيل يسأل عن أصل الدين المكفول ومحلقاته وتوابعه، كالفوائد القانونية أو الاتفاقية، وكذلك التعويضات الناشئة عن التأخير في الوفاء أو عن إخلال المدين بالتزامه بصفة عامة.

كما يسأل الكفيل عن مصرفات المطالبة بالدين، سواء وجهت المطالبة إليه أو إلى المدين أو اليهما معاً. ولما كان القانون يوجب على الدائن بوجه إجراءات المطالبة الأولى إلى المدين قبل أن يطالب الكفيل. والمصرفات التى ينفقها الدائن فى سبيل مطالبة المدين، كمصرفات التنبيه بالدفع ومصرفات رفع الدعوى عليه، يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها دائماً. أما ما يجد بعد ذلك من مصرفات فإن الكفيل لا يتحمل بها إلا إذا كانت لاحقة لاطار الدائن له بمطالبته للمدين^(١).

إخطار الدائن للكفيل باتخاذ هذه الاجراءات أمر ضرورى، حيث أن الكفيل قد يقوم بالوفاء بالدين وبالتالي يتجنب المصرفات اللاحقة. أما إذا لم يخطر الدائن الكفيل بهذه الاجراءات، فإنه يكون مقصراً ويتحمل لذلك نتيجة تقصيره، ويكون الكفيل غير ملزم بالمصرفات التى ينفقها الدائن بعد المطالبة الأولى. أما فى حالة اخطار الدائن للكفيل بهذه الاجراءات وعدم قيام هذا الأخير بالوفاء، فعليه أن يتحمل فى هذه الحالة نتيجة تقصيره هو، ويسأل لذلك عن المصرفات التى ينفقها الدائن بعد هذا الاخطار.

وحكم المادة ٧٨١ مدنى قاعدة مكملة أو مفسرة لارادة المتعاقدين.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٤، ص ٩٧.

وعلى ذلك فإن تطبيقها يتوقف على عدم اتفاق خاص يحدد ما قد يلتزم به الكفيل في كفالاته لدين مدينه .

(٢) من حيث الأشخاص: الكفالة لا تتعدي الشخص المكفول:

كما سبق أن رأينا أنه يجب أن يعين الدين المكفول تعييناً نافياً للجهالة، ويكون ذلك بصفة خاصة بتعيين أطراف الدين . وتعيين أطراف الدين يكون بتحديد شخص الدائن والمدين . وبالنسبة للدائن ليس هناك أدنى مشكلة، حيث أنه هو الطرف الآخر في عقد الكفالة . أما بالنسبة للمدين فإنه ليس طرفاً في عقد الكفالة، ولكنه مع ذلك يعتبر عنصراً هاماً في الكفالة ككل . ويرتّب على الغلط في شخص المدين أو في صفة من صفاته قابلية عقد الكفالة ذاته للإبطال^(١) . كما أنه إذا استبدل بالمدين الذي كفله مديناً آخر، برئت ذمته، ما لم يرتض كفالة المدين الجديد (م ٣٥٨ مدنى) . وكذلك إذا تمت حوالة الدين المكفول إلى شخص غير المدين الأصلي، سواء عقدت هذه الحوالة بين الدائن وبين هذا الغير، أم بين هذا الأخير وبين المدين الأصلي وأقر الدائن هذه الحوالة، برأت ذمة الكفيل ما لم يقبل الحوالة (م ٢/٣١٨ مدنى) .

(٣) من حيث المدة: الكفالة لا تتجاوز الوقت المحدد لها:

إذا ارتضى شخص أن يتحمل بالكفالة إلى وقت محدد، فلا يتجاوز التزامه حدود هذه الفترة^(٢) . وقد يحدد الكفيل وقتاً معيناً لنشوء الكفالة، كما في حالة الالتزامات المستقبلية التي يعين الكفيل فيها مدة معينة تبرأ ذمته بعد انقضائها إذا لم ينشأ الالتزام المكفول خلالها . وقد يعين الكفيل وقتاً لانقضاء

(١) أنظر بصفة خاصة:

- M. REMOND - GUILLAUD, L'influence du rapport caution - débiteur sur le contrat de cautionnement, J. C. P., 1977, I - 2850.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٦، ص ١٠٠ .

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٩، ص ٧٠ .

وأنظر أيضاً نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٧٦ مجموعة محكمة النقض السنة ٢٧، ص ١٣٤٥ .

الكفالة، كما إذا حدد فترة معينة من الوقت تبرأ ذمة الكفيل بعدها إذا لم يطالبه الدائن أو يطالب المدين خلالها.

(٤) من حيث الأوصاف: يمكن أن يلحق التزام الكفيل جميع الأوصاف التي يخلعها عليه هذا العقد:

فقد يكون التزام الكفيل معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، أو مقروناً بأجل واقف أو فاسخ دون أن يكون الالتزام الأصلي متصفاً بذلك. وتسرى في هذه الحالة القواعد العامة في خصوص الشرط والأجل.

فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ويحل محل الدائن فيها، كتقديم رهن مثلاً، ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة معلقاً على شرط واقف إذا كانت الكفالة لا تنفذ إلا إذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات. وقد يكون شرطاً فاسخاً إذا كانت الكفالة نافذة في الحال بشرط أن يقدم الضمان المتفق عليه، فإذا لم يقدم له هذا الضمان، فإن الشرط الفاسخ يتحقق وتزول بالتالي الكفالة بأثر رجعي^(١).

وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف أو فاسخ، كأن يقرر أنه لا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين. أو إذا كان قد قرر أنه لا يكفل المدين إلا بالنسبة للالتزامات التي يعقدها في وقت معين. ففي الحالة الأولى، الكفالة لا توجد إلا ابتداء من الوقت الذي حدده الكفيل. وفي الحالة الثانية إذا انقضى الوقت ولم يعقد المدين الالتزامات المتفق عليها، فإنه لا يضمن الديون التي يبرمها بعد انقضاء هذا الوقت^(٢).

ثانياً: الالتزام الأصلي هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل:

الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا ارتكزت على التزام أصلي صحيح. فعلى ذلك فإن وجود التزام أصلي يعد ضرورياً لقيام الكفالة. لأن الكفالة تقوم على

(١) السنهاوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٤، ص ٨٣.

(٢) السنهاوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٤، ص ٨٤.

ضمان هذا الالتزام. وعلى ذلك فإن التزام الكفيل لا يصح أن يتجاوز حدود الالتزام الأصلي. وإنما يمكن أن يكون التزام الكفيل أقل وأهون من الالتزام الأصلي المكفول. كما أن أى تغيير يحدث فى الالتزام، فإن الكفيل يستفيد منه إذا كان فى مصلحته ولا يضر منه إذا لم يكن كذلك.

(١) لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون منه،

وقد نصت المادة ٧٨٠ مدنى على أنه:

١- لا يجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

٢- ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون.

وعلى ذلك فإن الالتزام المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل. فلا يجوز أن يكون مقدار التزام الكفيل أكبر من مقدار التزام المدين. ولا يجوز يلتزم الكفيل بدفع الفائت إذا كان الدين الأصلى غير منتج لها. كما لا يجوز أن يلتزم بدفع فائدة بسعر أعلى من السعر الملتزم به المدين الأصلى. وإذا كانت لفائدة على أصل الدين بسيطة فلا يجوز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة. لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد فى أوصافه من الالتزام المكفول، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً بينما التزام المدين مضيقاً إلى أجل، أو أن يكون التزام الكفيل باتاً بينما التزام المدين معلقاً على شرط. لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول. كما أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل مدنياً بينما يكون التزام المدين التزاماً طبيعياً.

كما أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول فى طريقة الوفاء، فإذا سمح للمدين بأن يوفى بالدين مجزئاً فلا يمكن للدائن إجبار الكفيل عن الوفاء بالدين جملة واحدة. لا يجوز أن يلتزم الكفيل بالدفع فى مكان أبعد من المكان الذى التزم المدين بالدفع فيه. ولا يجوز أن يقترن التزام الكفيل بشرط جزائى إذا كان التزام المدين غير مقترن بذلك الشرط.

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل، بل انقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول^(١). وهذا يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة (م ١٤٣ مدنى).

إذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الإلتزام المكفول، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون أهون فى مقداره وشروطه، فيجوز أن تقتصر الكفالة على جزء من الدين، أو على أصل الدين دون فوائد، ويجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي لأجل أطول من أجل الدين الأصلي. ويجوز أن يكون التزام الكفيل مضافاً إلى أجل حين يكون الدين المكفول منجزاً. ويجوز أن يعلق الكفيل التزامه على شروط خاصة. كوجود تأمينات عينية تضمن الدين المكفول يقدمها المدين أو غيره. أو تخصيص المبلغ المكفول لأمر معين^(٢). أو منح الدائن للمدين أجلاً للوفاء. فإذا لم يتحقق الشرط فى هذه الأحوال زالت الكفالة.

(٢) الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ فى الإلتزام الأصلي دون أن يضار منه؛

سبق أن رأينا أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتجاوز حدود الإلتزام الأصلي، فهو يتحدد بحدوده ويتقيد بشروطه وقت انعقاد الكفالة. لكن يمكن أن يستفيد الكفيل من كل تغيير فى شروط التزام المدين، ولكن لا يضار من هذا التغيير، بحيث لا يجوز للدائن ولا للمدين ولا لهما معاً أن يزيدا من العبء الواقع على الكفيل^(٣). وعلى ذلك فإذا منح المدين أجلاً للوفاء فإن الكفيل يستفيد من هذا الأجل، وله مع ذلك أن يتمسك بالأجل القديم إذا كانت له مصلحة فى ذلك، كأن يتمكن من الرجوع على المدين فى الوقت المناسب وقبل أن يلحق به الاعسار^(٤). وإذا اتفق المدين مع الدائن على

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥، ص ٦١.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٢٥، ص ٦٢ و ٦٣.

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤١، ص ٧٥.

- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٥٥.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٠٤.

(٤) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٥٤.

النزول عن أجل الدين، فأن هذا الاتفاق لا يسرى في حق الكفيل، فلا يرغم على وفاء الدين الا عند حلول هذا الأجل، وإذا اتفق المدين والدائن على زيادة سعر الفائدة في مقابل مد الأجل، لم يسر هذا الاتفاق في حق الكفيل ويبقى هذا ملتزما بسعر الفائدة كما كان وقت الكفالة.

وإذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط واتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام باتا، بقى التزام الكفيل كما كان معلقا على الشرط ولا يسرى في حقه نزول المدين عنه، وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله، بقى الأجل قائما بالنسبة إلى الكفيل^(١).

أما إذا تحسن مركز المدين فأن للكفيل أن يفيد من هذا التحسن. فإذا مد الدائن أجل الدين دون مقابل، استفاد الكفيل من هذا المد وله الحق أن يتمسك بهذا الأجل الجديد. وإذا تنازل الدائن للمدين عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو أنقص سعر الفائدة، فأن الكفيل يمكن أن يستفيد من هذا التغيير في شروط الدين طالما أنه في مصلحته، وله أن يتمسك به في مواجهة الدائن^(٢).

المبحث الثالث

السبب

ترجع صعوبة تطبيق نظرية السبب على الكفالة إلى طبيعتها الخاصة باعتبارها عملية قانونية ثلاثية. فهناك العلاقة بين الدائن والمدين، ثم العلاقة بين الكفيل والدائن، والعلاقة بين الكفيل والمدين، رغم أهميتها، فهي علاقة خارجة عن نطاق عقد الكفالة، لأن المدين ليس طرفا في هذا العقد. وفي نطاق هذه العلاقة، قد يكون سبب كفالته هو إسداء خدمة للمدين بنوفير

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥، ص ٨٤، ٨٥.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٩، ص ١٠٤.

- سمير تناعو، المرجع السابق، فقرة ٢٥، ص ٥٤.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٥، ص ٥٨.

الائتمان له . أو قد يكون المقابل الذى يتقاضاه من المدين ، أو قد يكون بقصد قضاء دين عليه لهذا الأخير . فهل يستطيع الكفيل أن يحتج فى مواجهة الدائن بما قد يعترى علاقته بالمدين من عدم وجود السبب أو من عدم مشروعية الباعث؟؟ وبناء على ذلك يطالب ببطلان الكفالة؟

ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز ذلك ، لأن الكفالة تصرف مجردة Acte abstrait ولذلك فإن التزام الكفيل يبقى صحيحاً ولو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع^(١) .

على أن غالبية الفقهاء فى كل من مصر وفرنسا يذهبون إلى عكس ذلك ويرون أن التقينين المدنى يستلزم أن يكون للالتزام الارادى سبب مقصود وأن يكون الباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد مشروع (المادة ١٣٩ مدنى مصرى ، والمادة ١١٣١ مدنى فرنسى) ويستبعد بالتالى فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة ، ولم يوجد فى نصوص هذا القانون ما يدل على أن المشرع قد استثنى الكفالة من هذه القاعدة^(٢) .

(١) فى فرنسا أنظر بصفة خاصة:

- BEDANT. Cours de droit civil français 2e édit, publiée par: R. Beudant et Lerebours Pigeonnière T. XIII, par Voirin No. 75. Capitant. de la cause des abligations Paris 1923 nos 83 et S, 174 et: Rieg. Le Rôle de la volonté dans l'acte Juridique L. G. D. J. 1961 no. 287: J. Ghestin. Les obligations. Le contrat No 710, p. 598, Vivent, le fondement. Juridique des obigations abstraits D. S. 1978 Chron 39.

فى مصر أنظر: السنهورى، الوسيط، الجزء الأول، فقرة ٣٨٧، ٥١٢.

أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، الطبعة الثانية جزء ١٠، فقرة ٢٢٣.

- محمود أبو عافية. التصرف المجرد، رسالة القاهرة ١٩٤٦، للنسخة العربية، ص ٢١٤ - ٢١٨.

- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ١٩٥٨، فقرة ٢٣٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٧٠.

- محمد على أمام، المرجع السابق، فقرة ٥.

- سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٣٨ و ٣٩، ص ٦٦ وما بعدها.

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٠، ص ٥٥.

-/-

- أثر العلاقة الثلاثية للكفالة على فكرة السبب:

فى الواقع أن سبب الكفالة أثار ومازال يثير العديد من المناقشات حول تحديده . وهذا يرجع بطبيعة الحال إلى أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد. وفى هذا النوع من العقود يكون سبب التزام المدين هو وجود التزام سابق - مدنى أو طبيعى - فيما بين الدائن والمدين إذا كان معاوضة ونية التبرع إذا كان العقد من عقود التبرع. وفى عقد الكفالة نجد أن الكفيل يتقدم للدائن لضمان الوفاء بالتزام المدين دون أن يكون ملتزماً بذلك فى مواجهة الدائن لا بمقتضى إلتزام مدنى أو التزام طبيعى. ولذلك يبقى السؤال قائماً لماذا التزم الكفيل فى مواجهة الدائن؟ بطبيعة الحال لا نجد الإجابة على هذا السؤال فى العلاقة بين الدائن والكفيل ولكن نجد الإجابة على هذا السؤال فى العلاقة بين الدائن والمدين. نجد أن الكفيل التزم فى مواجهة الدائن ليسمح للمدين بالحصول على الائتمان من الدائن أو على أى ميزة أخرى. وهذا يرجع إلى صفة التبعية للكفالة وكذلك إرتباطه بوظيفتها كوسيلة للضمان. هذا هو سبب التزام الكفيل الذى يشترط فيه أن يكون موجوداً لحماية الكفيل حتى لا يلتزم فى مواجهة الدائن دون سبب. وهذا السبب يستجيب للشروط الموضوعية للنظرية التقليدية للسبب فهو سبب موضوعى ومجرد ومباشر وغير متغير. وعدم وجود السبب بهذا المعنى يؤدى إلى بطلان التزام الكفيل.

- أما بالنسبة للبائع الرئيسى الدافع إلى التعاقد - فهو شخصى وغير مباشر ومتغير يختلف من كفيل إلى كفيل - ويشترط فى هذا البائع أن يكون مشروعاً. وهذا يتمثل فى الإجابة على السؤال التالى لماذا تقدم الكفيل

— رفى فرنسا قد أدينت النظرية التى تقول بأن الكفالة تصرف مجرد فى حكم شهير فى ١٩٧٢ أنظر:

- 8 Nov. 1972, D. 1973, note. Ph. Malaurie. L. Aynés, op. cit. no. 137 p. 40 et S.
- A WEILL, op. cit., No. 18, p. 24:
- J. FLOUR, op. cit., note 4 - p. 189.
- R. TENDLER, Article précité. p. 130: Ph. simler, op. cit., 170 p. 147 et S.

لضمان هذا المدين بالذات في مواجهة الدائن؟؟ الاجابة على هذا السؤال ستختلف من كفيل إلى آخر. فمن الكفلاء من يضمن المدين لدى الدائن بسبب رابطة القرابة أو الصداقة التي تربطه بالمدين أو بسبب العلاقة المهنية. ومنهم بسبب ما عليه من التزام للمدين، أو بسبب ما حصل عليه من مقابل من هذا المدين وغير ذلك الكثير من البواعث.

ويشترط في هذا الباعث أن يكون رئيسى ودافع للتعاقد وأن يكون مشروعاً. كما يجب أن يكون المتعاقد الآخر - الدائن - على علم به وذلك لاستقرار المعاملات، حتى لا يفاجأ ببطلان عقد لا يعلم عن سببه شيئاً. وإذا كان الباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد غير مشروع كان العقد باطلاً بشرط أن يكون الدائن على علم به. مثال ذلك أن يكفل شخص خليلته لا لشيء إلا ليحظى باستمرار معاشرتها له^(١) فالباعث الرئيسى الدافع إليه غير مشروع لمخالفته لحسن الآداب^(٢) حتى ولو كان سبب الالتزام موجوداً بأن حصلت الخيلة من الدائن بالفعل على الائتمان الذى تبغيه ولكن بشرط أن يكون الدائن على علم بهذا الباعث غير المشروع حتى تكفل له الحماية اللازمة.

- إثبات السبب:

إذا قام نزاع حول وجود السبب أو مشروعية الباعث، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين - الكفيل - إذ عليه أن يثبت عدم وجود السبب أو مخالفته للنظام العام أو الآداب (م ١٣٧ مدنى مصرى - ١١٣٢ مدنى فرنسى) وعلم الدائن بالباعث الرئيسى الدافع إلى التعاقد أو امكانية علمه بذلك. وللکفيل أن يلجأ فى ذلك إلى كافة طرق الإثبات^(٣).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٦٩.

(٢) أنظر أيضاً:

- Nancy, 12 nov. 1904, D. P., 1905, 2. 160: et comp: Paris. 10

Janv 1905. d. P. 1905, 2. 158.

- A. WEILL, op. cit., note 5 p. 24.

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى مصادر الالتزام السابق الإشارة إليه، ص ٢١٨، وما بعدها، وانظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٢، ص ٧٠.

الفصل الثاني

إثبات الكفالة وتفسيرها

إذا ما توافر لعقد الكفالة أركان انعقاده وشرائط صحته، فإنه يكون قائماً منتجاً لآثاره. ولكن قد يثور بعد ذلك مشكلة متعلقة بإثبات هذا العقد أو بتفسيره. ولذلك نرى أنه من الضروري التعرض لهاتين النقطتين قبل الكلام عن آثار هذا العقد وطرق إنقضائه.

أولاً: الكتابة كشرط لإثبات الكفالة:

تنص المادة ٧٧٣ مدنى على أن «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصل بالبينه،.. وبذلك يكون قد خرج المشرع عن القواعد العامة فى الإثبات، والتي تجيز الإثبات بالبينه إذا كانت قيمة الإلتزام لا تزيد عن خمسمائة جنيه (م ٦٠ من قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩)». والحكمة من هذا التشدد فى إثبات الكفالة هو أن الكفيل سوف يلتزم ويكون مسئولاً عن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، وعادة يكون التزام الكفيل بدون مقابل. فلذلك استلزم المشرع أن يكون إثبات هذا الإلتزام بالكتابة حتى ينبه للكفيل إلى خطورة ما هو مقدم عليه. ولهذا السبب نفسه قد اشترط المشرع الفرنسى أن يكون رضا الكفيل صريحاً^(١).

وتبرز المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ذلك بقولهما: «بأنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الإلتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع. وقد يكون من العسير أو قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل، وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته من طريق شهادة الشهود وحدها. ولذلك

(١) السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٧٩.

قلما تتم الكفالة عملاً بغير كتابة، كما يندر أن يلجأ الدائن في دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة. فلهذه الأسباب قد قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة،^(١).

وإثبات الكفالة بالكتابة شرط ضروري في العلاقة فيما بين الكفيل والدائن. وحيث أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، وهو الكفيل، فإن الإثبات بالكتابة سيكون دائماً في مواجهته. ومثال ذلك أن ينكر الكفيل كفالته لدين المدين، ففي هذه الحالة يجب على الدائن أن يقدم الدليل الكتابي على وجود عقد الكفالة إن أراد أن يستفيد من هذا الضمان الشخصي. أما بالنسبة للكفيل فإنه يستطيع أن يتمسك بعقد الكفالة في مواجهة الدائن، كأن يطالبه مثلاً بما يكون قد دفعه زائداً عن المستحق عليه، ويمكنه في هذه الحالة الإثبات بغير الكتابة إذا كان ذلك جائزاً طبقاً للقواعد العامة^(٢).

أما بالنسبة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين، كأن يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالالتزام، فإنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بخمسائة جنيه فأقل (م ١ قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩)^(٣).

يرى بعض الفقهاء أن الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة^(٤)، لوحدة العلة وعمومية نص المادة ٧٧٣ مدنى. ويرى بعض الفقهاء أن العلة في هذا الاشتراط هي أنه إذا نكل المدين بوعدده، فإن حكم القاضى يقوم بصدده مقام العقد النهائى. ولا يجوز التمسك بوعد يؤدي إلى عقد نهائى إلا إذا كان هذا الوعد ثابتاً بالكتابة^(٥).

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

- وقارن محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٨، ص ٥٦ و ٥٧.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٥٦.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٨٠.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص ٧٢.

- منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٥ ص ٥٠.

(٥) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٥٦.

ومما يجب التشديد عليه هو أن شرط الكتابة ليس شرطاً للانعقاد وإنما هو شرط للإثبات. بمعنى أن الكفالة عقد رضائي قائم ومنتج لآثاره طالما أنه مستوف لأركانه وشرائط صحته، ولو لم يكن مكتوباً. وكل ما يثور عند تخلف الكتابة يتعلق بإثبات العقد وليس بوجوده. ومع ذلك يجوز إثبات الكفالة عند تخلف الكتابة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين أو الإقرار. كما أنه يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة (م ٦٢ من قانون الإثبات) أو إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن السند الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه (م ٦٣ من قانون الإثبات)^(١).

إذا كان التزام الكفيل تجارياً، فإنه لا يلزم بداهة لإثباته بالكتابة وإنما يمكن إثباته بالبينة والقرائن، وذلك طبقاً للمبادئ العامة.

وإذا كان يراد من الكتابة هو الاحتجاج على الغير فإنه يجب أن تكون هذه الكتابة ثابتة التاريخ. كما إذا وفي الكفيل الدين وحل محل الدائن في رهن رسمى مثلاً وكان هناك دائن مرتين تال له في المرتبة^(٢).

ثانياً : التفسير الضيق لعقد الكفالة:

إذا نظرنا إلى الحالة النفسية التي يكون عليها الكفيل وقت التعاقد نجد أنه إذا كان قد تقدم ليضمن المدين لدى الدائن حتى يسمح له بالحصول على الائتمان الذي يبيغه فإنه لم يدر في ذهنه في ذلك الحين أنه سيدفع أو يتحمل مخاطر دفع هذا الدين. كما أن الكفيل يتقدم غالباً ليضمن دين لا مصلحة له فيه ويدون مقابل ..

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٧٩ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص ٧٣ - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٥٧ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٦ ص ٥٧ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣١ ص ٨٠.

وبالنظر إلى الوضع الخاص للكفيل، وإلى الطبيعة الخاصة لعقد الكفالة نجد أن المشرع قد صاغ معظم أحكام الكفالة وهو آخذاً في اعتباره حماية الكفيل. وسوف يبدو ذلك واضحاً جلياً عند دراسة آثار الكفالة أو طرق إنقضائها. وقد سبق أن رأينا أثر ذلك بصدد إنعقاد الكفالة. وتنعكس أيضاً هذه الطبيعة الخاصة، بصفة خاصة، على تفسير الكفالة حيث أن المبدأ هو التفسير الضيق للكفالة. وعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزامه في أضيق نطاق يتحمله عبارات الكفالة^(١).

وإذا كان قاضي الموضوع هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة في هذا الخصوص، فإنه في كل ذلك يقضى في مسألة موضوعية ولا رقابة عليه من محكمة النقض في هذا الصدد. أما فيما يتعلق بمبدأ تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً دون توسع، فإن الأمر يتعلق بقاعدة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض^(٢).

وقد كانت القاعدة التي تقضى بالتفسير الضيق للكفالة معروفة في القانون الفرنسي القديم، فكان يقال أنه لا يجوز التوسع في تفسير الكفالة، لا من حيث الشيء، ولا من حيث الشخص، ولا من حيث الزمان^(٣). ويراد بذلك حماية الكفيل الذي كثيراً ما يتورط في الكفالة ويدون مقابل.

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين، لم يجز مد الكفالة إلى الأجزاء الأخرى، وإذا كفل الكفيل مستأجراً في دفع الأجرة،

(١) انظر: Ph. Simler, Op. cit., no 252 p. 211.

(٢) السنهاوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص ٨٥.

- Ph. Simler, Op. cit., no 253 p. 212.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٣، ص ٥٦ ص ٩٤ - ١٠٠، والمراجع المشار إليها في هامش (١) و (٢).

- السنهاوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص ٨٦ والمراجع المشار إليها في هامش (٢).

أقتصرت الكفالة على هذا الإلتزام دون غيره من الإلتزامات التي تنشأ عن نفس هذا العقد، كالتعويض عن التلف، أو التعويض عن الحريق. كما أن الكفالة لا تمتد إلى غير هذا العقد من عقود تتلوه ولو كان التجديد ضمناً.

وإذا كان هناك شك في تحديد نطاق الكفالة، أى فيما إذا كانت كفالة محددة أو كفالة غير محددة، وجب اعتبار الكفالة محددة^(١).

(١) السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٦ ص ٨٧، وهامش (٥).
- عبدا لفتاح عبدا لباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٩٥.

الفصل الثالث

آثار الكفالة

متى انعقد عقد الكفالة صحيحاً، فإنه يترتب آثاره فيما بين عاقيه وهما الدائن والكفيل. وحيث أن الكفالة عملية قانونية أوسع من العقد ذاته، ونظراً إلى طبيعتها الخاصة وهي أنها عقد تابع لالتزام أصلي فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما إذا وفي هذا الكفيل بالدين المكفول. وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونوا متضامنون أو غير متضامين، وأيضاً قد يتعدد الكفلاء وقد يكونوا متضامين أو غير متضامين. ولذلك فإن دراسة آثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات. ولذلك سوف ندرس في مبحث أول العلاقة فيما بين الكفيل والدائن، وفي مبحث ثان العلاقة فيما بين الكفيل والمدين، وندرس في هذا المبحث رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين وتضامنهم أو عدم تضامنهم، وفي مبحث ثالث ندرس علاقة الكفيل مع غيره من الكفلاء في حالة تضامنهم وفي حالة عدم تضامنهم.

المبحث الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن^(١)

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه. ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، وله أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه. لكن نظراً إلى صفة التبعية لعقد الكفالة فإنه يجب على الدائن أن يطالب المدين

(١) انظر في أثر تشريعات حماية المستهلك على الكفالة.

Ph. Simler, Op. cit., no 392 p. 330 et.

- ومؤلفنا نحو قانون للإفلاس المدني، ص ١١٧ وما بعدها.

أولاً قبل أن يطالب الكفيل، كما أنه يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي لاستيفاء حقه قبل أن ينفذ على أموال الكفيل. وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد. وهناك شرط آخر تفرضه القواعد العامة وهو أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزامه. ويضاف إلى ذلك أنه في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد مع عدم تضامنهم فإنه لا يكون للدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط، وهذا ما يسمى بالدفع بالتقسيم فإذا ما رجع الدائن على الكفيل واستوفى حقه كاملاً فإنه يجب عليه أن يسلم للكفيل أو للكفلاء المستندات اللازمة لاستعمالها في الرجوع على المدين كما يلتزم أيضاً بنقل التأمينات الضامنة للمدين إلى الكفيل أو الكفلاء.

ولذلك نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطالب أربعة، المطلب الأول ندرس فيه متى يحق للدائن الرجوع على الكفيل، وفي الثاني ندرس الدفع بالتجريد، وفي الثالث ندرس الدفع بالتقسيم، وفي المطلب الأخير نعرض لالتزامات الدائن بعد استيفائه حقه من الكفيل.

المطلب الأول

متى يحق للدائن الرجوع على الكفيل

هناك شرط بديهي تفرضه القواعد العامة، وهو أن لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل حلول أجل التزام هذا الكفيل. ونظراً للطبيعة الخاصة للكفالة باعتبارها عقد تابع فإن الدائن لا يجوز له الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي.

أولاً : حلول الأجل بالنسبة للكفيل:

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين المكفول إلا بعد حلول أجل هذا الدين ما لم يكن هناك أجل خاص لالتزام الكفيل. وعلى ذلك لا يجوز مطالبة الكفيل إلا بعد حلول أجل التزامه حتى ولو كان أجل الدين المكفول قد

حل قبل ذلك. لأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين. لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الالتزام الأصلي.

وعلى ذلك فإذا مد أجل الالتزام الأصلي بإرادة الطرفين، الدائن والمدين، أو بحكم القاضى فإن الكفيل يستفيد من هذا المد فيمتد أجل التزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد ولا يجوز مطالبة الكفيل قبل هذا الأجل الجديد. وإذا حدث العكس واتفق على تعجيل أجل التزام المدين فإن الكفيل لا يضار من هذا الإتفاق ولا تجوز مطالبته إلا عند حلول الأجل الأصلي^(١).

إذا كان هناك أجل واحد للالتزامين، وسقط أجل الالتزام الأصلي، بسبب إفلاس أو إعسار المدين أو إضعافه إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص أو عدم تقديم ما وعد به من تأمينات إلى الدائن (م ٢٧٣ مدنى) فإن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل. لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل^(٢).

ثانياً : الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً :

لدراسة هذا الدفع يجب أن نقف أولاً على العلة من تقريره، ثم نبين بعد ذلك المقصود بهذا الرجوع وطبيعة هذا الدفع، وأخيراً نعرض لشروط التمسك به.

١ - العلة من تقريره

إذا كان لا يحق للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول إلا عند حلول أجل الدين بالنسبة لهذا الكفيل وذلك طبقاً لما تقضى به القواعد العامة، فإن

(١) السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٣٩ ص ٩١.

- سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٧ ص ٦١.

(٢) السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٣٩ ص ٩١ والمراجع المشار إليها فى هامش (٢).

- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No 29, p. 49.

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 554,

p. 342 et 343.

الطبيعة الخاصة للكفالة، باعتبارها عقد تابع للدين الأصلي، وأن الكفيل غير المتضامن لا يلتزم إلا بصفة احتياطية، تستلزم أن يرجع الدائن على المدين الأصلي ليطالبه بالدين قبل رجوعه على الكفيل، فعند عدم وفائه بالدين فإنه يحق للدائن أن يرجع على الكفيل ليطالبه بالوفاء بالالتزام الذى ضمنه. وهذا ما تقضى به المادة ١/٧٨٨ مدنى إذ تنص على أنه «لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين».

ولم يكن لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم، شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى. ولذلك من المتفق عليه فقهاً وقضاءً فى فرنسا، وكذلك ما كان يقول به بعض الفقهاء فى مصر فى ظل التقنين المدنى القديم^(١)، أنه يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بمجرد حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة المدين الأصلي أو التنبيه عليه بالوفاء، أو، حتى إعداره. فيكون للدائن الخيار المطلق فى الرجوع على المدين أو على الكفيل أيهما شاء. ولكن للكفيل الحق فى هذه الحالة فى طلب تجريد المدين^(٢). وهذا يعتبر أثراً من آثار الفكرة القديمة التى كانت معروفة فى أوائل عهود القانون الرومانى والتى كانت تشبه مركز الكفيل بالمدين المتضامن كما سبق أن رأينا.

ويمقتضى نص المادة ١/٧٨٨ مدنى يجب على الدائن أن يرجع أولاً على المدين وذلك قبل أن يرجع على الكفيل، أو على الأقل يرجع على المدين والكفيل معاً. فإن رجع على الكفيل وحده كان لهذا الكفيل وحده كان لهذا الكفيل أن يدفع فى مواجهة الدائن وجوب رجوعه أولاً على المدين.

٢ - المقصود بالرجوع وطبيعة هذا الدفع

ويقصد بالرجوع هنا المطالبة القضائية، أى رفع الدعوى^(٣). وعلى ذلك

(١) انظر فى تفصيل ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ١٢٩ و ١٣٠.

(٢) AUBRY et RAU, op. cit., No. 227, p. 335.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٦ ص ١٣٠ - محمود جمال الدين زكى،

المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨٦ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩

ص ٥٦ - السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٤ ص ١٠٠ وما بعدها - سمير

نناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٦٣.

لا يكفي أن يعذر الدائن المدين حتى يمكنه أن يرجع بعد ذلك على الكفيل. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين لا يجوز للدائن أن يرجع على المدين وإنما عليه التقدم في التفليسة حتى يمكن بعد ذلك أن يرجع على الكفيل وحده طبقاً لنص المادة ٧٨٦. ويستثنى من ذلك أيضاً حالة ما إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ إذ أنه ليس في حاجة إلى أن يرفع دعوى على مدينه وإنما يكفي أن يكلف الدائن المدين بالوفاء ويعتبر هذا الإجراء في ذاته رجوعاً كافياً على المدين بالمعنى المقصود بالمادة ١/٧٨٨ ويخول للدائن بعد ذلك مطالبة الكفيل.

وعلى ذلك فإذا رفع الدائن دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين، فإن الكفيل يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بوجوب الرجوع على المدين أولاً. وهذا الدفع يعتبر دفعاً بعدم قبول الدعوى. لأن الدائن بادر برفعها قبل أن يقوم برفع الدعوى على المدين طبقاً لنص المادة ١/٧٨٨. ويجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع أمام المحكمة، وإن كان يجوز له أن يبديه في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو في الاستئناف. ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها^(١)، لأن الحكم الوارد في المادة ١/٧٨٨ لا يتعلق بالنظام العام^(٢).

٢ - شروط التمسك بهذا الدفع

وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بوجوب الرجوع الدائن على المدين أولاً يجب أن يتوافر عدة شروط:

١ - يشترط أولاً ألا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع. وذلك لأن هذا الحق قد قرره المشرع لمصلحة الكفيل، فهو بالتالي لا يتعلق بالنظام العام ويمكن للكفيل إذن أن ينزل عن هذا الحق. وهذا النزول قد يكون صريحاً أو ضمناً. وقد يكون وقت انعقاد الكفالة أو بعدها.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٧ ص ١٢٣.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨٨.

(٢) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ٨٨.

٢ - يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين. وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع ولكن هناك إجماع في الفقه على الأخذ به^(١)، وذلك لأن الأعمال التحضيرية تبين أن الحكم الوارد في المادة ٧٨٨/١ خاص بالكفيل البسيط وحده دون الكفيل المتضامن. كما أن منطق التضامن يقتضى أن للدائن أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين ليطالبه بكل الدين. وهذا المبدأ العام قد أورد المشرع تطبيقاً خاصاً له بصدد كفيل الكفيل في المادة ٧٩٧ مدنى حيث أنها نصت على أنه «... لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل». وحيث أن كفيل الكفيل ليس إلا كفيلاً عادياً للكفيل الأصلي الذى يعتبر فى منزلة المدين وطبقاً لنص هذه المادة فإنه لا يجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا فى حالة التضامن، فإنه يمكن عن طريق القياس الأخذ بهذا الحكم فى الحالة التى نحن بصدها لوحدة العلة. فلا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين ما لم يكن هناك إنفاق صريح على التضامن فيما بينهما.

٣ - ويشترط ثالثاً أن يكون للكفيل مصلحة فى التمسك بهذا الدفع. وهذا الشرط مستفاد من القواعد العامة، حيث أنه لا دعوى ولا دفع بدون مصلحة. والقاضى هو الذى يقدر فى النهاية ما إذا كان للكفيل مصلحة فى التمسك بالدفع من عدمه، ويجب على القاضى أن يحكم بعدم قبول الدعوى إذا تبين أن هناك فائدة ولو بسيطة من رجوع الدائن على المدين أولاً^(٢). نظراً للصفة التبرعية والاحتياطية والتبعية للكفالة.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٣٤ - السنهورى، المرجع السابق،

جزء ١٠ فقرة ٤٤ ص ١٠٣ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص

٨٨ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٥٦ - سمير تنناغو،

المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٦٤ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٣٥ - السنهورى، المرجع السابق،

جزء ١٠، فقرة ٤٤ ص ١٠٣ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص

٥٦ - سمير تنناغو، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ٦٥.

وعلى ذلك فإذا كان المدين معسراً، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين، فإنه ليس هناك فائدة من تمسك الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً وبذلك تنتفى المصلحة. ويقع على الدائن عبء إثبات أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد، فإن عبء إثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل. كما أنه لا يشترط للتمسك بهذا الدفع أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين، إذ يكفي أن يكون عنده أموال تفي ولو بجزء من الدين وذلك بخلاف الدفع بالتجريد، والذي يشترط أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله.

وإذا توافرت هذه الشروط الثلاث السابقة في الدفع، وتمسك به الكفيل، فإنه يجب على القاضى أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، وذلك لعدم ثبوت الحق في رفعها بعد. ومع ذلك يستطيع الدائن أن يتجاوز هذه العقبة بأن يرجع على الكفيل والمدين معاً أو أن يرجع على المدين أولاً ثم يرجع بعد ذلك على الكفيل، إلا أن هناك دفعا آخر يمكن للكفيل أن يبيده ليحول دون التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين، وهذا هو الدفع بالتجريد.

المطلب الثاني

الدفع بالتجريد

"Le bénéfice de discussion"

في القوانين الحديثة قد تأكدت الصفة الاحتياطية للكفالة، وترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين. وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد. ولذلك سوف نلقى الضوء على التطور التاريخي لهذا الدفع وأهميته، ثم ندرس شروطه وآثاره، والتطبيق الخاص بهذا الدفع والذي أورده المشرع في التقنين المدني.

أولاً: نبذة تاريخية عن الدفع بالتجريد وأهميته:

فى القانون الرومانى كان مركز الكفيل أسوأ من مركز المدين فى العهود الأولى لهذا القانون. ثم ما لبث أن تطور الأمر نتيجة تطور فى الأخلاق أولاً ثم بعد ذلك فى القانون أدى إلى أن تساوى مركز الكفيل بمركز المدين، أى أصبح الكفيل فى مركز المدين المتضامن. بعد ذلك فرض القانون على الدائن ألا ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين وتجريده، وقد كان ذلك فى عهد جستنيان. وبذلك تأكدت الصفة الأساسية للكفالة وهى صفة الاحتياطية - هذه الصفة تقابل تماماً قصد المتعاقدين، حيث أن الكفيل لم يلتزم إلا وفى اعتباره الإخفاق المحتمل للمدين الأصلي فى تنفيذه لالتزامه، هذا الإخفاق ينبغى أن يوجد ويتأكد^(١).

وقد تبنى واضعو التقنين المدنى الفرنسى إصلاح جستنيان دون تعديل فى المادة ٢٠٢١ مدنى. وقد سائر تقنيننا المدنى القديم ثم بعد ذلك تقنيننا الحالى القانون الفرنسى والقانون الرومانى، فمنح للدائن الحق فى طلب التنفيذ على أموال الكفيل بمجرد حصوله على سند تنفيذى ضده، ولكنه أعطى الكفيل الحق أن يلزم الدائن بتجريد المدين أولاً.

وأهمية هذا الدفع تتجلى فى حماية الكفيل وتأكيد دوره الاحتياطى ووضع التبعى. حيث أن الكفيل يلتزم عادة بالوفاء بدين لا مصلحة له فيه. فهو ضامن لدين غيره، فمن العدالة ألا يرى أمواله تنزع منه، بينما أموال المدين قائمة لا تمس. فيجب أن يمكن هذا الكفيل من دفع إجراءات التنفيذ التى تقع على أمواله ومطالبة الدائن بأن يلجأ إلى أموال المدين للتنفيذ عليها حيث أنه سيجد ما يكفى لسداد دينه. كما أنه على فرض السماح للدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل فإنه سيكون لهذا الكفيل الحق فى الرجوع على المدين بكل ما دفعه عنه، فاقصصاً للوقت والنفقات ينبغى أن نسمح للكفيل بأن يدفع بتجريد المدين أولاً قبل التنفيذ عليه حتى يتلافى بقدر الإمكان هذا

(1) MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, pp. 43 et 44.

الرجوع، كما أن الدائن لن يضار بالبده بالتنفيذ على أموال المدين لأن كل ما يهيمه هو الحصول على دينه ويستوى لديه أن يحصل عليه من أموال المدين أو الكفيل^(١).

ثانياً : النظام القانوني للدفع:

وتقصد النظام القانوني للدفع هو كل ما يتعلق بنطاقه وشروطه وآثاره .

(١) نطاق الدفع بالتجريد من حيث الأشخاص:

الدفع بالتجريد مقرر فقط للكفيل، فلا يجوز إذن للمدين المتضامن أن يدفع بتجريد مدين متضامن معه لأن كل منهما مسئول على نفس الدرجة أى أن كل منهما مسئول مسئولية كاملة عن الدين كله .

والذى له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو الكفيل العادي، وعلى ذلك ليس للكفيل المتضامن مع المدين أن يدفع بالتجريد (م ٧٩٣ مدنى) . وحيث أن الكفيل فى الكفالة القضائية والكفالة القانونية يعتبر متضامناً بنص القانون (م ٧٩٥ مدنى)، فإنه لا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد، لكن إذا كانت طبيعة التضامن تقتضى حرمان الكفيل من الحق فى الدفع بالتجريد، فإن هذا لا يمنع من أن يشترط الكفيل الاحتفاظ بهذا الحق رغم تضامنه^(٢)، كما أن تضامن الكفيل مع المدين لا يحرم كفيله، أى المصدق، من الدفع بالتجريد قبل الكفيل والمدين، ما لم يتفق على تضامنه أيضاً.

- والكفيل الذى له حق التمسك بالدفع بالتجريد هو الكفيل الشخصي، وعلى ذلك فإنه ليس للكفيل العيني الحق فى التمسك بهذا الدفع، وهذا ما

(١) انظر فى هذا المعنى:

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص ١٤٤، والمراجع المشار إليها فى هامش (١) .

- سمير تناغور، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٦٧ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩١، ص ١٥٠ .

- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٥ .

نصت عليه صراحة المادة ١٠٥٠ من التقنين المدني : «إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك» .

كما أن الحق في الدفع بالتجريد يثبت للكفيل العادي والملتزم التزاماً شخصياً، سواء كانت الكفالة قد تمت بناء على طلب المدين أو بعلمه أو رغم معارضته، أو بدون علمه، وسواء كانت الكفالة مجانية أو بمقابل، لأن الحق في الدفع بالتجريد ثابت للكفيل في مواجهة الدائن، فلا تهم علاقته بالمدين .

- وحق الكفيل قاصر على الدفع بتجريد المدين المكفول، فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنون، فليس للكفيل الذي كفل أحدهم أن يطلب بتجريد غيره^(١) . أما إذا كفله جميعاً، حق له أن يتمسك بالدفع بالتجريد قبلهم كلهم . ولا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر ولو كان متضامناً^(٢) .

(٢) شروط الدفع بالتجريد :

يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد وأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين موجودة في مصر وكافية للوفاء بالدين كله (م ٧٨٩ مدني) .

(أ) يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد :

حيث أن الدفع بالتجريد حق خاص مقرر للكفيل، فإنه يجوز له أن يتنازل عنه سواء مقدماً عند إبرام عقد الكفالة أو بعد إبرامها . وإذا ما تنازل عن هذا الحق فلا يجوز له أن يستعمله بعد ذلك وهذا التنازل قد يكون صريحاً أو ضمناً . وغالباً ما يكون هذا التنازل منصوص عليه صراحة في

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٤٦ .

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٥٨ ص ١١٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ١٤٦ .

عقد الكفالة ذاته نتيجة لاشتراط الدائن ذلك. ومن الممكن أن يكون هذا التنازل ضمنياً، أى يستخلص من ظروف الحال وملابساته، كأن يتعهد الكفيل بدفع الدين فوراً وعند حلول أجله وعند تخلف المدين عن ذلك. وقد يستفاد هذا التنازل الضمنى بعد قيام عقد الكفالة وبعد استنفاد الدائن للإجراءات المنصوص عليها فى القانون المدنى وقيامه بعد ذلك بالتنفيذ على أموال الكفيل وسكوت هذا الأخير عن الدفع بالتجريد. ويعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسألة موضوعية متروكة لتقديرها لقاضى الموضوع^(١).

فإن لم يتنازل الكفيل عن هذا الدفع صراحة أو ضمناً، فإنه يجب لكى يستفيد منه أن يتمسك به. وهذا طبقاً للقواعد العامة، حيث أنه حق خاص مقرر لمصلحة الكفيل ولا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه. وقد جاءت المادة ٧٨٨ مدنى تؤكد ذلك بنصها على أنه: «لا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

لكن متى يتمسك الكفيل بهذا الدفع؟ فى القانون الفرنسى المادة ٢٠٢٢ تلزم الكفيل بأن يتمسك بهذا الدفع عند الإجراءات الأولى أى أنه يلزم بأن يدفع بالتجريد فى الدعوى المرفوعة عليه قبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط حقه فى التمسك به. ويعتبر عدم تمسكه بهذا الدفع عند الإجراءات الأولى من قبيل التنازل الضمنى عنه.

ولم يتضمن التقنين المدنى القديم نصاً مشابهاً لنص المادة ٢٠٢٢ مدنى فرنسى، وإن كان قد تضمن شرط عدم ترك الكفيل لهذا الحق فى المادة ٦١٢/٥٠٢ وقد ذهب جانب من الفقه فى ظل هذا التقنين إلى ضرورة تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد قبل التكلم فى الموضوع وإلا اعتبر ذلك نزولاً ضمناً عنه. وقد أيدت هذا رأى بعض المحاكم. لكن بعض الفقهاء انتقد هذا رأى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٤٩.

- السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١١٩.

وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأي الأخير وقضت بأن للكفيل أن يدفع بالتجريد في أى وقت مناسب، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه^(١).

وقد جاء في مشروع القانون المدنى نص يقابل المادة ٢٠٢٢ فرنسى وهو نص المادة ١١٤٥ منه حيث أنه يقضى أن «لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التى توجه ضده، وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ولم يدل بالأسباب المبررة لذلك»^(٢).

وعلى ذلك فقد جاء التقنين المدنى الحالى خال من هذا النص ليقرر الرأى الراجح فى الفقه والقضاء فى ظل التقنين المدنى القديم. وهو ما يتفق مع المبادئ العامة، والتى تقضى بأن النزول ينبغى أن يكون مؤكداً وإن كان لا يشترط أن يكون صريحاً^(٣). كما أن هذا يتفق أكثر مع موقف التقنين المدنى الحالى، الذى أورد نوعين من الدفع، دفع متعلقة بمرحلة المطالبة، ودفع متعلقة بمرحلة التنفيذ. وذلك على خلاف التقنين الفرنسى الذى لا يعرف هذه التفرقة، والدفع الخاص بمرحلة المطالبة هو الدفع الذى يديه الكفيل بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها أولاً على المدين وسبق أن تعرضنا بالتفصيل لهذا الدفع. أما الدفع المتعلق بالمرحلة الثانية وهى مرحلة التنفيذ هو الدفع بالتجريد، حيث أن لا تتجسد أهميته وفائدته إلا فى هذه المرحلة بالذات^(٤).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ١٤٧.

- السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١١٩ هامش (٣)

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٩ ص ١١٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٥، ص ٤٩٧.

(3) MAZEAUD. op. cit., No. 31. p. 46.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ١٤٨ - محمود جمال الدين زكى،

المرجع السابق، فقرة ٦٠ ص ١١٦ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٥

ص ٨٦ - سمير تناعو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٧١ - السهورى، المرجع السابق،

جزء ١٠ فقرة ٤٨ ص ١١٩.

ويترتب على ارتباط الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ، أنه في الأحوال التي يكون بيد الدائن سند صالح للتنفيذ وأراد أن ينفذ بمقتضاه على أموال الكفيل، فإن هذا الأخير يستطيع أن يتمسك بالدفع بتجريد أموال المدين أولاً وقبل التنفيذ على أمواله. يترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل. ولا يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يدفع بسقوط حق الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد لعدم إيدائه في المرحلة الأولى أي في مرحلة التقاضي، لأن التقنين المدني المصري لا يستلزم ذلك (م ٧٨٨ مدني) وذلك على خلاف الحال في التقنين المدني الفرنسي (م ٢٠٢٢).

لكن لنا أن نتساءل هل، بالرغم من تعلق الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ حيث تظهر فائدته، لا يجوز للكفيل أن يتمسك به في حالة ما إذا رفع الدائن دعواه على المدين والكفيل معاً، أي في المرحلة الأولى، مرحلة المطالبة القضائية؟

قد ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر الدعوى^(١). ولكننا نرى مع الفقه الغالب أنه ليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بالتجريد في المرحلة الأولى، أي مرحلة المطالبة القضائية، متى كانت الدعوى مقبولة، ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بإلزام الكفيل بالدين، على ألا ينفذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين^(٢).

(١) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ٧٧ و فقرة ٨٢ ص ٨٩ - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ج ٦٠ ص ١١٦ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٥٨؛ وقارن: السنهاوري، المرجع السابق، فقرة ٤٨ ص ١١٨.

(٢) انظر في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ١٤٩ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٨٦ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٦٩ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٤ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٦٢.

وقارن: السنهاوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٤٨ ص ١١٩. هامش (٣)، حيث يقول: «لكن هذا النص (١١٤٥) قد حذف في لجنة المراجعة، فأصبح الكفيل غير مقيد بنص تشريعي يعين الوقت الذي يبد فيه الدفع بالتجريد، وصار لا مانع من الرجوع إلى ما كان عليه العمل قبل التقنين المدني الجديد، فيجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في أي وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزوله عنه. كما قضت محكمة النقض فيما قدمنا.

(ب) يجب على الكفيل أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله،

وقد نصت المادة ٧٨٩ مدنى على هذا الشرط بقولها:

١ - «إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله» .

٢ - «ولا عبء بالأموال التى يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضى المصرية، أو كانت أموال متنازع فيها» .

وعلى ذلك يشترط لى يكون دفع الكفيل بالتجريد مقبولاً، أن يرشد، على نفقته، الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله. فإذا كان الكفيل التزم بضمان تنفيذ التزام المدين، والوفاء به إذا لم يف به المدين نفسه، وإذا كان منطق تبعية الالتزام يقتضى أن يرجع الدائن على المدين أولاً ثم ينفذ على أمواله قبل تنفيذه على أموال الكفيل، فلا أقل من أن يساعد الكفيل الدائن فى الحصول على حقه كاملاً من أموال المدين. وهذا هو أقل ثمن لالتزامه بضمان المدين. فيقع على الكفيل عبء إرشاد الدائن إلى هذه الأموال، وهو يتحمل فى سبيل ذلك النفقات اللازمة، كمصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها الكفيل، ومصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال^(١).

- وإذا كان الدفع بالتجريد يقوم على أساس أن هناك أموال للمدين، وأن هذه الأموال كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً، فإنه يترتب على ذلك «إذا كان المدين قد شهر إفلاسه أو إعساره، أو صار فى حالة إفلاس أو إعسار ظاهرة، ويوجه عام إذا كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين كما لو كان هناك محضر يثبت بأنه ليس لديه أموال ظاهرة، فإنه تنتفى الحكمة من الدفع بالتجريد وبالتالي يفقد شرط أساسى من شروطه^(٢)» .

(١) السهنورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٤ .

(٢) السهنورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٠ وانظر أيضاً :

- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, pp. 44 et 45.

- ولا يكفي أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين، وإنما يلزم أن يتوافر عدة شروط في هذه الأموال حتى يتحقق الغرض من الدفع بالتجريد.

* فإذا كانت هناك أموال ولكنها لا تكفي للوفاء بالدين كله وإنما تكفي للوفاء بجزء من الدين فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد. وذلك لأنه في هذه الحالة إذا ألزمت الدائن بالتنفيذ على أموال المدين فإن هذا معناه إلزامه بقبول الوفاء الجزئي، وهذا غير جائز طبقاً للقواعد العامة (م ١/٢٤٢ مدني)^(١)، كما أنه سوف يترتب على ذلك أنه يرجع على الكفيل بالجزء الباقي، مما يؤدي إلى تأخيرته في استيفائه لدينه، لم ير المشرع له مبرراً^(٢). ويرى بحق جانب من الفقه أن هذه تبريرات ليست مقنعة لحرمان الكفيل من حق التجريد إذا أرشد الدائن إلى أموال تكفي لوفاء جزء كبير من الدين^(٣). مع العلم بأن القانون الفرنسي لا يشترط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بالدين كله، فيجوز أن تفي ببعض الدين^(٤). كما أنه ليس هي الحالة الوحيدة في القانون المصري الذي يجبر فيها الدائن على وفاء جزئي. لكن أمام صراحة النص لا مناص من توافر هذا الشرط.

وقد كان المشروع التمهيدى لا يتضمن هذا الشرط أسوة بالتقنين المدني الفرنسي. لكن قد أضيف هذا الشرط في لجنة المراجعة واشتقر في التقنين

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥١.

- السنهاوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٠.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥١.

(٣) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١١٦.

- سمير تناغور، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٧٥.

(4) - A. WEILL. op. cit., No. 28, p. 34;

- AUBRY et RAU, op. cit., No. 229, pp. 337 et 338;

- G. MARTY & P. RAYNAUD, op. cit. T. III. Vol. I, No. 555, p. 343;

- M. MAZEAUD, op. cit., T. III. Vol. I, No. 30, p. 44.

المدنى الجديد، وذلك ليقر ما كان عليه التقنين المدنى المصرى القديم (م ٥٠٢/٦١٢) والذى يشترط هذا الشرط^(١).

ويستوى أن تكون أموال المدين التى يرشد إليها الكفيل عقاراً أو منقولاً^(٢). إذ العبرة بكفاية هذه الأموال للوفاء بدين الدائن. ولذلك يلزم أن ينظر إلى قيمتها الصافية، فإذا كانت هذه الأموال محملة بحقوق تجعل الصافى من قيمتها غير كاف لهذا الغرض ما أمكن الدفع بتجريدها^(٣).

ويجب أن تكون أموال المدين المطلوب تجريدها قابلة للحجز عليها. وهذا الشرط لم يرد فى نص المادة ٢/٧٨٩ وإنما يجب الأخذ به. لأن العبرة ليست فى وجود أموال للمدين وإنما بالقدر الذى يستطيع الدائن أن يحجز عليه ويستوفى منه حقه، وهذا ما يستفاد من سياق نص المادة ١/٧٨٩^(٤).

* ويجب أن تكون أموال المدين التى يرشد إليها الكفيل غير متنازع فيها (م ٢/٧٨٩ مدنى). ولم يكن هذا الحكم موجوداً فى التقنين المدنى القديم. وإن كان الفقه والقضاء قد ذهباً إلى وجوب الأخذ به فى ظل هذا التقنين^(٥). وذلك على نهج ما أخذ به المشرع الفرنسى فى المادة ٢/٢٠٢٣ من التقنين المدنى الفرنسى.

ولم يبين المشرع حقيقة المقصود بالأموال المتنازع فيها، فهل نأخذ بالحكم الوارد فى المادة ٢/٤٦٩ مدنى مصرى، والتى تنص على أن «يعتبر

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢١.

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١١٩.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢١، والمراجع الفرنسية السابقة المشار إليها فى الهامش رقم (٢).

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥١.

(٤) انظر فى ذلك: محمد جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦١، ص ١١٦.

(٥) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١١٧ والمراجع المشار إليها فى هامش ٤ و ٥.

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥٢.

الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى، أو قام في شأنه نزاع جدى، وهو حكم مماثل لما ورد في نص المادة ١٧٠٠ من التقنين المدنى الفرنسى، أم يؤخذ في هذا الصدد بمفهوم أوسع من ذلك مما يتفق مع الأساس الذى يقوم عليه الدفع بالتجريد؟

ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا إلى أنه لا يلزم فى تحديد الأموال المتنازع فيها الرجوع إلى المادة ١٧٠٠ مدنى فرنسى^(١). كما ذهب أيضاً الفقهاء فى مصر إلى أنه لا يلزم الرجوع إلى المادة ٢/٤٦٩ مدنى لتحديد المال المتنازع فيه. وعلى ذلك فلا يلزم لكى يكون المال متنازعا فيه أن تكون قد قامت بشأنه دعوى أو نزاع جدى، وإنما يكفى أن يستلزم التنفيذ عليه إجراءات طويلة معقدة^(٢). ويعتبر لذلك مالا متنازعا عليه الحصة الشائعة فى عقار ذلك لأنه لا يمكن التنفيذ عليها إلا بعد الفصل فى دعوى القسمة، وأيضاً إذا كان مال المدين مثقلاً بحقوق عينية، كرهن أو إمتياز أو اختصاص^(٣).

* يجب ألا تكون الأموال التى يرشد الكفيل الدائن إليها واقعة خارج الأراضى المصرية. وذلك لأن المشرع يريد أن يجنب الدائن مباشرة إجراءات طويلة ومعقدة للتنفيذ عليها. ولا يشترط القانون المصرى كما يشترط للقانون الفرنسى أن تكون هذه الأموال واقعة فى نطاق محكمة الاستئناف حيث يجب أن يتم الوفاء (م ٢٠٢٣ مدنى فرنسى).

(١) - A. WEILL, op. cit., No. 29, p. 29, p. 34, Note 1;

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I. No. 555, p. 344, Note 1;

- AUBRY et RAU, op. cit., No. 229, p. 336, Note 17;

- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30, p. 45.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٢ ص ١٥٢.

- السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٢.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٨ ص ١٢٣.

- محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ١١٨.

* وعلى ذلك فإن الكفيل ليس ملزماً بإرشاد الدائن إلى أموال المدين فحسب، بل ملزم أيضاً أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بالدائن كله قابلة للحجز عليها وغير متنازع عليها وغير واقعة خارج أراضى جمهورية مصر العربية. ويقع على الكفيل عبء إثبات ذلك. ولقاضى الموضوع سلطة تقدير ذلك، ولا يخضع فى تقديره لرقابة محكمة النقض، حيث أن الأمر لا يعدو أن يكون تقديراً لوقائع معينة.

(٢) آثار الدفع بالتجريد:

إذا ما توافرت شروط الدفع بالتجريد السابق بيانها، فما هى الآثار التى تترتب على هذا الدفع؟

قد جاء المشرع المصرى بنص صريح فى هذا الصدد، فقد نصت المادة ٢/٧٨٨ على أنه «لا يجوز له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله...». كما قد نصت المادة ٧٩٠ مدنى على أنه «فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين، يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذى يترتب على عدم إتخاذ الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب».

على ذلك فإن الأثر المباشر للدفع بالتجريد هو منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله أو وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بدأت. ويترتب على هذا الدفع أيضاً آثار غير مباشرة منها مسئولية الدائن عما يترتب على إعسار المدين إذا لم يتخذ إجراءات التنفيذ قبله فى الوقت المناسب. فإذا اتخذ إجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب وحصل على حقه كله أو بعضه، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل فى الحدود التى حصل عليها الدائن على حقه، على أن يرجع بالباقى على الكفيل إذا كان لم يحصل على حقه كاملاً. ونعرض لهذه الآثار على التوالى:

الأثر الأول، منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله^(١): أو وقف إجراءات التنفيذ إن كانت قد بدأت. سبق أن رأينا أنه إذا كان الدفع بالتجريد يتعلق أساساً بالمرحلة الثانية، وهي مرحلة التنفيذ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إيدائه في المرحلة الأولى، أي مرحلة المطالبة القضائية. وعلى ذلك فإذا تمسك الكفيل بهذا الدفع في مرحلة المطالبة القضائية، فإنه لا يترتب عليه وقف سير الدعوى المرفوعة على الكفيل، ولا يمنع الحكم عليه بالدين، كل ما في الأمر أنه إذا تبين للقاضي توافر شروط هذا الدفع، فإن حكمه على الكفيل لا يمكن تنفيذه ضده حتى يجرد المدين من أمواله، وإذا ما أقدم على إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين كانت هذه الإجراءات باطلة^(٢). في حالة ما إذا تمسك الكفيل بالدفع في مرحلة التنفيذ عن طريق الاستشكال في التنفيذ وكان دفعه مقبولاً، فإنه يترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وتسقط الإجراءات التي اتخذها الدائن قبل الدفع به. فيلغى مثلاً حجز ما للكفيل لدى الغير ويتعين رفعه، ويلغى التنبيه بنزع الملكية التي اتخذ ضد الكفيل ويلغى ما ترتب عليه من آثار، وتلغى إجراءات الحجز التنفيذي على منقولاته، ولا تقع المقاصة بين التزام الكفيل والالتزام الذي ترتب له بعد ذلك في ذمة الدائن^(٣).

لكن ما يترتب على الدفع بالتجريد من عدم إمكان التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله لا يحول دون إتخاذ الإجراءات التحفظية

(1) A. WEILL, op. cit., No. 29, p. 35; AUBRY et RAU, op. cit., No. 22, p. 339 et p. 340; G. MARTY; P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 555, p. 344; MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 30 p. 44.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٧، ص ١٥٨.

- سمير تناغور، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٦.

(3) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٩ ص ١٢٦ و ١٢٧ - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٢، ص ١٢٠.

فى مواجهة الكفيل. كأن يطلب وضع الأختام على تركته إذا مات، أو أن يطلب توقيع حجزاً تحفظياً على أموال الكفيل، أو أن يطلب تعيين قيم عليه إذا ما اعتراه جنون أو سفه أو غفلة^(١). ويعتبر من قبيل الإجراءات التحفظية حصول الدائن على حق اختصاص على عقار مملوك للكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل^(٢). كل ما هنالك أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على هذا العقار إلا بعد تجريد أموال المدين^(٣).

الأثر الثانى، يترتب على قبول الدفع بالتجريد مسئولية الدائن على إعمار المدين نتيجة عدم اتخاذه إجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدنى). وحيث أن الكفيل ملزم بأن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله حتى يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع، فإن الدائن يكون مسئولاً إذن قبل الكفيل عن إعمار المدين الذى يترتب على عدم إتخاذه الإجراءات اللازمة فى الوقت المناسب، فإذا دل الكفيل على منقولات للمدين، وتباًطاً الدائن فى اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها كان الدائن مسئولاً عما كان يحصل من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل، وبالمثل لو أن الكفيل دل على عقار للمدين فى يد الغير. وتباًطاً الدائن فى اتخاذ

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ٩٠ - السهوى، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ١٢٧ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ٩٠ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٢٠ و ١٢١ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٦ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٦٧ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص ٦٢ - محمد لببيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٩٧، ص ٢٥٨ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٢) محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ٦٥، ص ١٠٦ و ١٠٧ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٨٣، ص ٩٠ و ٩١ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ٩٠ و ٩١ - السهوى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٩ ص ١٢٧ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٧٧.

(٣) انظر عكس ذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، صفحة ١٥٨ هامش (٢).

الإجراءات لقطع التقادم المكسب مما سمح للغير بتملك هذا العقار بالتقادم، فإنه يكون مسئولاً قبل الكفيل عما كان يحصل عايه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار في الوقت المناسب. ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية^(١).

الأثر الثالث: براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يتحصل الدائن عليها من حقه نتيجة تنفيذه على أموال المدين التي أرشده إليها الكفيل، فإذا قام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل في الوقت المناسب وحصل على حقه كاملاً، برئت ذمة الكفيل، وانقضى التزامه. لكن إذا لم يحصل الدائن على حقه كاملاً عند تنفيذه على هذه الأموال، وذلك نتيجة لانخفاض قيمتها عند التنفيذ، أو ظهور دائنون عاديون للمدين يراحمون الدائن، أو أن تقدير الأموال كان مبالغاً فيه، فإنه يستطيع أن يرجع بالباقي من حقه على الكفيل. ولكن على الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً. وبعد أن يثبت ذلك بتقديمه محاضر الحجز أو أوراق التنفيذ^(٢).

ثالثاً: صورة خاصة للدفع بالتجريد، الدفع بتجريد المدين من الأموال المحملة بتأمين عيني لضمان نفس الدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل:

- هذه الصورة تفترض أن هناك تأميناً عينياً مقدماً من المدين، وقد خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين. ثم تعاصرت معه أو جاءت بعده كفالة ولم يكن الكفيل متضامناً.

(١) انظر: السهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤٩ ص ١٢٨.

- ومجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥، ص ٥٠٨.

(٢) السهوري، المرجع السابق، فقرة ٤٩، ص ١٢٨ و ١٢٩.

- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٢، ص ١٢١ و ١٢٢.

فى هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله هو. وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩١ مدنى بقولها أنه : «إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو إتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين» .

- وقد استحدث المشرع المصرى هذه الصورة التى لا يوجد مقابل لها لا فى التقنين المدنى القديم ولا فى القانون الفرنسى، وإنما استقى المشرع هذا النص من المادة ٤٩٥/٢ من التقنين المدنى السويسرى والمادة ٢/٧٧٢ من التقنين المدنى الألمانى^(١).

- وحكمة هذا النص واضحة، إذ أن المشرع قد راعى أن تدخل الكفيل لضمان الدين فى الوقت الذى يوجد فيه تأمين عينى مخصص لضمان ذات الدين، قد أخذ فى اعتباره ذلك واعتمد على هذا التأمين فى الوفاء بالدين المضمون. ولذلك فإنه يجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل به، على أن يكون له الحق فى التنفيذ على أموال الكفيل إذا لم يكف هذا المال المحمل بالتأمين للوفاء بحقه كاملاً.

- ووجه الخصوصية فى هذه الصورة هو أنه لا يشترط فيها أن يكون هذا التأمين كافياً للوفاء بدين الدائن كما هو الحال فى الصورة العامة للدفع بالتجريد. كما أن الدفع لا ينصرف إلى كل أموال المدين وإنما إلى المال أو الأموال المحملة بتأمين عينى.

- وحتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ينبغى أن تتوافر عدة

شروط:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٥ ص ٥١١.

- السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٥٠ ص ١٢٩ هامش (٢).

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٨، ص ١٦٠ و ١٦١.

١ - يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين . والتأمين العيني قد يكون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو حق إمتياز . وبناء على ذلك قد يكون التأمين العيني وارداً على عقار أو على منقول وذلك بحسب طبيعة هذا التأمين . وقد يكون مصدر هذا التأمين القانون أو الإتفاق ، وذلك طبقاً لنص المادة ٧٩١ مدنى . ومع ذلك فإن الفقه يذهب إلى أن الاختصاص يدخل فى نطاق هذا النص^(١) . ولكن لا يدخل ضمن هذا النص الحق فى الحبس حيث أنه لا يعتبر تأميناً عينياً . كما يستوى أن يكون هذا التأمين العيني ضامناً للدين وحده أو ضامناً له مع غيره من ديون . ويستوى أن يكون كافياً للوفاء بالدين أم غير كاف .

٢ - يجب أن يكون التأمين العيني سابقاً أو معاصراً للكفالة . وعلى ذلك إذا كان التأمين العيني قد تقرر بعد الكفالة فإن الكفيل لا يستطيع أن يدفع بضرورة التنفيذ على المال المحمل به قبل التنفيذ على أمواله . أما إذا كان التأمين العيني سابقاً أو معاصراً فإن الكفيل قد وضعه فى اعتباره عند تقدمه لضمان دين المدين وبالتالي فقد اعتمد عليه فى الوفاء بالدين المضمون .

٣ - هل يلزم أن يكون التأمين مقدماً من المدين ؟ .. نحن نرى مع غالبية الفقهاء أن المادة ٧٩١ مدنى تنصرف إلى الحالة التى يكون فيها التأمين العيني مقدماً من المدين^(٢) ، وذلك لأنه يعتبر صورة خاصة من

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٩٨ ص ١٦١ - السهورى ، المرجع السابق ، جزء ١٠ فقرة ٥٠ ص ١٣٠ - محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٣ ص ١٢٢ ± توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٨ - سمير تناغوى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢ ص ٧٩ - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص ١٦٦ - محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٠ ص ٢٦٠ ؛ وقارن : أحمد سلامة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٥ ص ٧٥ ، حيث يرى : أن الحجة الأساسية فى شمول حق الاختصاص هو نص المادة ٤٨٩ مرافعات وليس لأنه يخضع لنفس أحكام الرهن الرسمى .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٩٨ ص ١٦٢ - السهورى ، المرجع السابق ، جزء ١٠ ، فقرة ٥٠ ص ١٣٠ و ١٣١ - توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٨ و ٦٩ - محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٣ ، ص ١٢٢ .

بالتجريد^(١)، وهذا الدفع لا ينصرف إلا إلى أموال المدين، وعلى ذلك فإنه لا ينصرف إلى التأمين العيني المقدم من الغير، كالتأمين المقدم من الكفيل العيني. وذلك لأن التزام كل من الكفيل العيني والكفيل الشخصي التزام تابع. وأن الاختلاف بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي ليس في درجة المسؤولية وإنما في مدى هذه المسؤولية^(٢). كما أن نص المادة ٧٩١ مدني مأخوذ من المادة ٢/٧٧٢ من التقنين الألماني والمادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسري، وأنه في كل من التقنينين يجب أن يكون المال المحمل بالتأمين مملوكاً للمدين^(٣).

ولكن يجب أن يكون واضحاً في الأذهان أن استلزام المادة ٧٩١ من أن يكون التأمين العيني مقدماً من المدين لا يعني أنها تستلزم بقاء هذا المال المحمل بهذا التأمين في ذمة المدين إذ يمكن أن تنتقل ملكيته إلى الغير، ولكن في كل هذه الأحوال فإن التأمين العيني يكون سارياً في مواجهة هذا الغير^(٤).

إذن العبرة وبأن يكون التأمين العيني قد نشأ على مال مملوك للمدين ولو انتقلت ملكيته بعد ذلك إلى غيره^(٥).

(١) انظر عكس ذلك: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ٧٣.

(٢) انظر عكس ذلك: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٧٤ و ص ٧٥ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٠، ص ٢٦٠ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٦٧ و ١٦٨.

(٣) انظر عكس ذلك: أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ٧٥؛ وقارن سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٨١.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ١٦٣.

(٥) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ٣ ص ١٢٣.

وقارن سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٢ ص ٨١. والذي انتهى إلى نفس النتيجة ولكن بطريقة غير مباشرة، وذلك بقوله بأنه، ينبغي التفرقة بين فرضين: الأول، أن يكون الشخص الذي يملك المال المثقل بالتأمين العيني هو كفيل عيني لنفس الدين. وهذا الفرض لا مجال للتمسك بالتجريد بل يجوز فقط التمسك بالتقسيم إذا توافرت شروطه، والفرض =

٤ - يجب، ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين. هذا الشرط متطلب أيضاً بالنسبة للصورة العامة للدفع بالتجريد المنصوص عليها في المادة ٧٨٨/٢ وذلك لأن منطق التضامن يجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي وبالتالي يسمح للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل تنفيذه على أموال المدين (م ٧٩٣ مدنى)، وأيضاً قبل تنفيذه على المال المحمل بتأمين عيني معاصر أو سابق للكفالة. وعلى ذلك فإذا كان الكفيل متضامناً فإنه لا يستطيع أن يتمسك لا بالدفع بالتجريد في صورته العامة ولا بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة المنصوص عليها في المادة ٧٩١ مدنى.

٥ - يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع لأنه لا يتعلق بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الكفيل. وعلى ذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

فإذا توافرت كل هذه الشروط، وقبل الدفع من الكفيل، فإنه يترتب على هذا الدفع ما يترتب على الدفع بالتجريد في صورته العامة من آثار. فلا يجوز للتنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال المحملة بهذا التأمين. وإذا كانت قد بدأت إجراءات التنفيذ فإنها يجب أن توقفت ويسقط ما سبق اتخاذ من إجراءات. وإذا كانت نتيجة التنفيذ على المال المحمل بالتنفيذ العيني كافية للوفاء بالدين كاملاً، برئت ذمة الكفيل. فإن لم تكن كافية رجع الدائن بما تبقى له على أموال المدين ويستوفى كامل حقه.

= الثاني، يكون الشخص الذى يملك المال المنقل بالتأمين العيني، شخصاً من الغير وليس كفيلاً لنفس المدين، وهذا الفرض فإن للكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد كما يتمسك به لو كان هذا المال مملوكة للمدين.

المطلب الثالث

الدفع بالتقسيم

Le bénéfice de division

الدفع بالتقسيم يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم. وعلى ذلك فإن الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط. وقد أورد المشرع حكم هذا الفرض في المادة ٧٩٣، وهي تنص على أنه:

١ - «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة».

٢ - «أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم».

والمشرع المصري قد سلك مسلكاً مخالفاً للقانون الفرنسي (٢٠٢٥ - ٢٠٢٦ مدنى فرنسى)، حيث أن للتقسيم بين الكفلاء يقع بقوة القانون، وأن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء، بل يتحمل وحده نتيجة إعساره. وقد كان هذا هو نفس الحكم في القانون المدنى القديم وذلك على غرار الشريعة الإسلامية الغراء^(١). ولكن ما هى شروط الدفع بالتقسيم وما هى آثاره؟

(١) راجع المادة ٨٥٨ مرشد الحيران التى تقضى بأن: «إذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معاً فى عقد واحد فلا يطالب كل منهم إلا بحصته من الدين المكفول....» وراجع كذلك المادة ٦٤٧ من المجلة. وانظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٠، ص ١٣٧ هامش (٢).

أولاً : شروط الدفع بالتقسيم :

يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط :

١ - أن يتعدد الكفلاء، وعلى ذلك فإذا كان للمدين كفيل واحد فإن الدين لا ينقسم بينه وبين المدين .

٢ - أن يتعدد الكفلاء لدين واحد. وعلى هذا لا يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تقسيم الدين بينه وبين المصدق أى كفيل الكفيل، لأنهما لا يكفلان نفس الالتزام. إذ الكفيل يضمن الالتزام الأصلي، ويضمن المصدق التزام الكفيل .

٣ - أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين . فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم وقدم كل منهم كفيلاً، كل كفيل من هؤلاء قد كفل ديناً واحداً ولكن لم يكفل نفس المدين . وعلى ذلك فلا يجوز لأحد هؤلاء الكفلاء أن يطلب التقسيم . بل يبقى كل منهم مسئولاً عن الدين بأكمله . أما إذا كفل هؤلاء الكفلاء المدينين المتضامنين جميعاً، فإنهم يكونوا بذلك قد كفلوا ديناً واحداً ونفس المدينين، ولذلك يتقسم الدين عليهم^(١) . فى حالة ما إذا كان المدينون غير متضامنين فإن الدين ينقسم ابتداءً على المدينين، وينقسم بالتالى على الكفلاء وذلك طبقاً للقواعد العامة .

٤ - أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد . فإذا تعدد الكفلاء وكانوا قد التزموا بعقد واحد، فإن هذا يدل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، وبالتالي انصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه . ولذلك فإن المشرع قرر تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون . أما فى حالة ما إذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل، فإنه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء وبالتالي فلا ينقسم الدين بينهم إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم، فلا يسأل إلا عن النصيب الذى ارتضى كفالاته (م ٧٩٢/٢) . أما إذا لم يحتفظ أحدهم

(١) السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٤١ ص ٩٥ .

لنفسه بحق التقسيم فإن كل كفيل يصبح مسئولاً عن كل الدين، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضام^(١).

٥ - ألا يكون الكفلاء المتعددين متضامنين فيما بينهم لأنهم إذا كانوا متضامنين فإن منطق التضامن يقضى بأن للدائن حق في أن يطالب أياً منهم بكل الدين. وإذا كان أحد الكفلاء متضامناً مع المدين فإنه يكون بذلك قد وضع نفسه في نفس مركز المدين الأصلي، وبالتالي فلا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين الكفلاء الآخرين ويسأل عن الدين كله، ويثبت للكفلاء الآخرين الحق في التقسيم إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم^(٢).

ثانياً: آثار الدفع بالتقسيم:

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها، فإنه لا يحق للدائن أن يطالب أى من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين، ويقسم الدين فيما بين الكفلاء بالتساوى ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك. ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعددين وغير المتضامنين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء. ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أى حالة تكون عليها الدعوى، بل يجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون حاجة أن يتمسك به الكفيل. ويترتب على ذلك أنه إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذى يتحمل حصة المعسر منهم وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في فرنسا^(٣).

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٦. وانظر مؤلفنا في التضام ومبدأ عدم افراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٨٢، ص ١٣٩ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٩٧، ص ١١١ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ٩٥ - سمير نناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٨٤؛ وانظر عكس ذلك: - محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١١٤ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣١ ص ٦١ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(١) - A. WEILL, op. cit., No. 31, p. 36 et 37.

- AUBRY et RAU, op. cit., No. 230, p. 349.

- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 42, p. 50 et 51.

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 556, p. 345.

المطلب الرابع

التزامات الدائن عند استيفائه الدين

إذا رجع الدائن على الكفيل، بعد مراعاة الإجراءات والشروط السابق بيانها، وفى هذا الأخير بالدين له، فإنه يترتب على ذلك أن الدائن يلتزم فى مواجهة الكفيل بتسليم المستندات اللازمة لمباشرة حقه فى الرجوع وكذلك يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

أولاً : التزام الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع؛

فقد نصت المادة ١/٧٨٧ على أنه «يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين بالمستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع». وتظهر أهمية ذلك فى أن الكفيل الذى وفى الدين يجوز له أن يرجع على المدين ليطالبه بما وفاه عنه، وعلى الكفلاء الآخرين ليطالبهم بنصيبهم فى الدين فى حالة ما إذا كانوا متضامنين وقام هو بالوفاء بكل الدين.

ولذلك يجب على الدائن أن يسلم الكفيل سند الدين، فإذا ما امتنع الدائن عن تسليم الكفيل هذه المستندات جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء له ولا يعتبر بذلك مخالفاً بالتزامه، ويستطيع الكفيل أن يودع مبلغ الدين خزانة المحكمة حتى تبرأ ذمته.

ثانياً : التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل؛

وتنص المادة ٢/٧٨٧ على أنه «إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل». وتنص الفقرة الثالثة على أنه «إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين».

وتظهر أهمية ذلك عندما يحل الكفيل محل الدائن في الدين الذي وفاه له، حيث أن هذا الحل يعطى الكفيل نفس حق الدائن بما يكلفه من ضمانات. فلذلك يجب على الدائن أن يتخلى للكفيل عن المنقول المرهون أو المحبوس، حتى يوفر له نفس الضمان في استيفاء حقه. بل أكثر من ذلك إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى فإنه يجب على الدائن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، كالتأشير بذلك على هامش القيد، مع تسليم عقد الرهن أو صيورة الحكم الذى قرر حق الاختصاص، ويتحمل الكفيل هذه المصروفات على أن يرجع بها على المدين.

وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء للدائن إذا لم يقم بهذا الالتزام، ولا يعتبر الكفيل مخلاً بالتزامه، وذلك حتى يضغط على الدائن ليحصل منه على هذه الضمانات حتى يستفيد منها عند الرجوع على المدين وذلك بحلوله محل الدائن في حقه بما يكفله من ضمانات وما يلحقه من توابع وبما له من صفات كما سنرى فيما بعد عند الكلام عن دعوى الحل.

المبحث الثاني

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين^(١)

دعاوى رجوع الكفيل على المدين - الدعوى الشخصية، ودعوى الحل؛ إن التزام الكفيل بمقتضى عقد الكفالة هو ضمان تنفيذ التزام المدين، والوفاء به إن لم يف به المدين نفسه. فالتزام الكفيل بالضمان عادة يكون بدون مقابل، فهو يلتزم بالتزام لا مصلحة له فيه. ولذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن، كان فى حكم من وفى دين غيره. ولهذا كان طبيعياً أن يعطى القانون الكفيل حق الرجوع على المدين.

(١) انظر دراسة تفصيلية لهذه العلاقة فى الفقه والقضاء الفرنسى.

PH. Simler, op. cit., No 517 et S. p. 423 et S.

والرجوع على المدين يفترض أن الكفيل قد وفى بالدين . ولذلك وتمشياً مع هذا المنطق فإن القانون المدنى لا يعطى الكفيل حق الرجوع على المدين إلا إذا قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن . وذلك بخلاف القانون المدنى القديم الذى كان يجيز للكفيل أن يرجع على المدين فى بعض الأحيان دون أن يكون قد وفى بالدين . وذلك فى حالة ما إذا حل أجل الدين المكفول حتى ولو منح الدائن أجلاً جديداً، وذلك حتى يؤمن الكفيل ضد خطر إعسار المدين المحتمل، وفى حالة إفلاس المدين، وذلك لحماية الكفيل من تراخى الدائن فى الدخول فى التفليسة وبالتالي ضياع حقه ثم يحمل الكفيل تبعه ذلك . والقانون المدنى الحالى قد قرر من الوسائل ما يكفل لحماية الكفيل من إهمال أو تقصير الدائن . فالدائن هو الذى يتحمل كل تقصير يصدر منه ويضر بالكفيل . ولذلك فقد خول القانون المدنى الكفيل أن ينذر الدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال سنة أشهر من هذا الإنذار وإلا برئت ذمة الكفيل ما لم يقدم له المدين ضماناً كافياً (م ٢/٧٨٥ مدنى) وكذلك إذا أفلس المدين ولم يدخل الدائن فى التفليسة برئت ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن (م ١/٧٨٦ مدنى) .

وعلى ذلك فإن الكفيل لا يحق له الرجوع على الدائن إلا إذا كان قد وفى فعلاً الدين للدائن، وذلك على خلاف القانون المدنى القديم والقانون الفرنسى . والكفيل فى وفائه بدين المدين يكون قد وفى دين غيره، وإن كان قد وفى التزامه الذى التزم به بمقتضى عقد الكفالة، ولئن وفى دين غيره طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على المدين الأسمى . ويكون هذا الرجوع بأحد دعويين، إما الدعوى الشخصية (م ٣٢٤ مدنى) أو بدعوى الحلول (م ٣٣٢ مدنى) . وقد جاء المشرع بتطبيقات خاصة لهذه القواعد العامة فى صدد عقد الكفالة . فأجازت المادة ٨٠٠ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه بمقتضى دعوى شخصية . كما أجازت المادة ٧٩٩ مدنى للكفيل أن يرجع على المدين بعد استيفاء الدائن لكل حقه من هذا الكفيل بدعوى الحلول . ولكى يلجأ الكفيل إلى أى من هاتين الدعويتين يجب أن تتوافر شروط معينة .

ولكن كل ما تقدم يفترض العلاقة البسيطة أى العلاقة بين كفيل ومدين ودائن . ولكن قد يتعدد المدينون وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين . ولذلك يجب أن ندرس فى مطلب أول رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية، ثم فى مطلب ثان رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، ثم بعد ذلك نعرض فى مطلب ثالث لحالة رجوع الكفيل وتعدد المدينين .

المطلب الأول

الدعوى الشخصية^(١)

تنص المادة ٧٩٨ من التقنين المدنى على أنه:

١ - «يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفائه الدين، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بإنقضائه» .

٢ - «فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بإنقضائه» .

وكما تنص المادة ٨٠٠ من التقنين المدنى على أنه :

١ - «للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع الى المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه» .

٢ - «ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأسمى بالإجراءات التى اتخذت ضده» .

٣ - «ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع» .

(١) انظر : Ph. Simler, op. cit., No. 526 p. 427 et s. :

ومن هذه النصوص نستطيع أن نحدد خطتنا لدراسة الدعوى الشخصية على النحو التالي، نعرض للكفلاء الذين لهم الحق في مباشرتها، ثم للأساس القانوني لهذه الدعوى، وبعد ذلك نعرض لشروطها ولموضوعها.

أولاً : الكفلاء الذين يحقق لهم الرجوع بالدعوى الشخصية:

- طبقاً لنص المادة ٨٠٠ فقرة أولى أن الكفيل الذى يستطيع أن يرجع على المدين بما وفاه هو الكفيل الذى تقدم ليضمن المدين سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمه. وعلى ذلك فإن الكفيل الذى تقدم للكفالة بعلم المدين له الحق فى الرجوع بالدعوى الشخصية، وسواء أكانت الكفالة بناء على طلب المدين، أو أن المدين لم يطلب منه أن يتقدم لكفالاته ولكنه علم بحصول الكفالة ولم يعارضه فيها. ويكون أيضاً للكفيل الذى تقدم بغير علم المدين حق الرجوع على هذا الأخير بالدعوى الشخصية. ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن، والكفيل المأجور وغير المأجور، والكفيل الشخصى والكفيل العينى.

- قد يتبادر إلى الذهن بأن الكفالة التى تتم رغم معارضة المدين تدخل فى نطاق هذا النص، حيث أن المعارضة تفترض العلم أولاً بالشئ ثم معارضته بعد ذلك. ومع ذلك فإن هناك شبه إجماع فى الفقه على أن هذه الحالة لا تدخل فى نطاق هذا النص، وذلك لأن النص عنك كما تكلم عن علم المدين بالكفالة افترض أنها عقدت برضائه. ولو قصد المشرع منح هذه الدعوى للكفيل الذى يتقدم للضمان رغم إرادة المدين لنص على ذلك صراحة كما فعل فى الحالات الأخرى^(١). وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا الفرض، فإنه لم يبق للكفيل إلا بالرجوع على المدين بدعوى الحلول، أو

(١) عبد الفتاح عبدا لباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ١٧١ - السهري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٠ ص ١٥٩ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص ١٢٠ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٩٧ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٢٩ - و ص ١٣٠.

الرجوع الذى تقرره القواعد العامة للموفى بالالتزام رغم إرادة المدين (م ٣٢٤ مدنى).

ولا يدخل أيضاً فى نطاق هذا النص الكفالة التى تعقد لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين. بمعنى أن الكفيل فى هذه الحالة لا يحق له الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين وإن كان له أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة. وتكون الكفالة فى صالح الدائن دون المدين إذا عقدت بعد وجود الالتزام فى ذمة المدين، وذلك لتأمين الدائن فقط ضد خطر إعسار المدين ودون فائدة لهذا الأخير^(١).

وعلى ذلك فإنه يحق للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية المنصرص عليها فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى بصفة عامة ما لم تكن الكفالة قد تمت رغم معارضة المدين لها، وما لم تكن الكفالة قد أبرمت فى صالح الدائن وحده. إذ فى هاتين الحالتين يرجع الكفيل على المدين طبقاً للقواعد العامة، أى دعوى الإثراء بلا سبب.

ثانياً: الأساس القانوني لهذه الدعوى:

يذهب الفقه فى فرنسا إلى تأسيس هذه الدعوى إما على دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، وفى الحالات التى تكون فيها الكفالة قد عقدت برضاء المدين الصريح أو الضمنى فإن الدعوى الشخصية تكون على أساس وجود هذا الوكالة فى الوفاء بالدين. وفى الحالات التى يكون فيها الكفالة قد عقدت بغير علم المدين وقام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين، فإن عند رجوعه على المدين تكون دعواه فى الرجوع أساسها الفضالة^(٢)، وقد أيد جانب من

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ من ١٧٣ - السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٦٠ من ١٦٠ و ١٦١.

(2) - AUBRY et RAU, op. cit., No. 234 p. 354;

- G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 559, p. 546.

- MAZEAUD, op. cit., T. III, Vol. I, No. 34, p. 46;

- A. WEILL, op. cit., No. 35, p. 39, p. 39 et p. 40.

الفقه المصرى هذا الرأى^(١).

أما غالبية الفقهاء فى مصر فيذهبون إلى أن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين طبقاً للمادة ٨٠٠ ليست دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، بل هى دعوى أخرى مستقلة ومتميزة عن كل من هاتين الدعويتين وهى تسمى دعوى الكفالة^(٢).

بينما لا يرى البعض أهمية عملية كبيرة فى القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون^(٣)، ويذهب البعض الآخر إلى أن إنتقاد غالبية الفقهاء فى مصر للفقه التقليدى لا محل له، لأن الفقه التقليدى لا يقصد بتأسيس دعوى الكفيل على فكرة الوكالة أو فكرة الفضالة سوى تشبيه الكفيل بالوكيل أو بالفضلى، وتقريب كفالته، بعلم المدين بالوكالة، وكفالته، دون علمه، بالفضالة، لا اعتبار دعوى الكفيل ناشئة فعلاً، عن عقد الوكالة أو واقعة الفضالة. ولا تطبق قواعد الوكالة أو الفضالة على علاقة الكفيل بالمدين^(٤).

ونحن نرى أنه من الأفضل اعتبار الدعوى الشخصية، المنصوص عليها فى المادة ٨٠٠ مدنى، والتى يرجع بها الكفيل على المدين دعوى مستقلة من حيث أحكامها ونطاق تطبيقها - وتسمى بدعوى الكفالة مثلها فى ذلك مثل دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، وأن التشابه بين هذه الدعاوى لا يؤدى بالضرورة إلى الخلط بينها.

(١) انظر : محمد كامل مرسى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، فقرة ١٠٤ ص ١٤٠.

(٢) انظر فى نقد تفصيلى للفقه التقليدى:

عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص ١٦٨ إلى ١٧٠ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١١٦ - محمد على إمام، المرجع السابق، ص ١٣٥ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٩ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ١١٣ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ٨١ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٣٠٧ ص ٢٦٥.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦١ ص ١٦٥ و ١٦٧.

(٤) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٢٨.

ثالثاً : شروط الدعوى الشخصية:

إذا كان للكفيل الذى تمت كفالته دون معارضة المدين ولمصلحة هذا الأخير حق الرجوع على هذا المدين بدعوى شخصية، أو بدعوى الكفالة، فإنه يجب أن تتوافر عدة شروط حتى يستطيع الرجوع بهذه الدعوى وهذه الشروط نعرض لها فيما يلى:

١ - يجب أن يكون أجل الدين قد حل. فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالدين قبل حلول الأجل، فإنه لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا عند حلول الأجل. والأجل الذى يعتد به هنا هو الأجل الأصلي للمدين المكفول. وعلى ذلك إذا حل هذا الأجل ولكن الدائن قد منح المدين أجلاً جديداً، فإن هذا الأجل الأخير لا يحتج به فى مواجهة الكفيل ويستطيع أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلي، ويستطيع آنذاك أن يرجع على المدين بما وفاه حتى ولو قبل إنقضاء الأجل الجديد، ولكن على العكس من ذلك فإذا كان المدين قد نزل عن الأجل الأصلي، فإن الكفيل يستطيع أن يفيد من هذا النزول، ويقوم بالوفاء بالدين فوراً، وأن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه للدائن^(١).

٢ - يجب أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن حتى يمكنه أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين. ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالإلتزام فقط وإنما ينصرف أيضاً إلى أسباب الإنقضاء الأخرى، كالمقاصة والوفاء بمقابل، أو التجديد بتغيير المدين، أو الإنابة الكاملة، أو إتحاد الذمة، بشرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين، وإلا لما أمكن للكفيل الرجوع عليه، كما لو أن الكفيل قد وفى الدين بمقابل واستحق هذا المقابل، وأيضاً إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم التزام الكفيل لا يكون

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ١٧٧ - السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٦٩ هامش (٤) - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ١١٤ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٧٢.

قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء، وعلى ذلك فلا يستطيع الرجوع على المدين^(١).

ولا يشترط لرجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين أن يكون قد قام بالوفاء بالدين كله، أو أن يكون الدائن قد استوفى دينه بتمامه عن طريق آخر وذلك بخلاف الحال فى دعوى الحلول. وإنما إذا وفى الكفيل بجزء من الدين المكفول فإنه لا يحق له الرجوع على المدين إلا بهذا الجزء بشرط أن يكون قد رضى بهذا الوفاء الجزئى لإبراء ذمة الكفيل فى مواجهته، إذا كانت الكفالة غير محددة، ابتداءً لأنه لم يكن قد كفل إلا هذا الجزء. فإذا حدث وأن تراحم الكفيل عند رجوعه على المدين بهذا الجزء مع الدائن عند رجوعه بباقى الدين ولم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما فإنهما يتقاسما هذه الأموال قسمة الغرماء. وليس هناك محل للقول بعدم إمكان ذلك بحجة أن الضمان والتعرض لا يجتمعان، ومن يجب عليه الضمان لا يجوز له أن يطالب الاستحقاق، سواء فى الحقوق العينية، أو الحقوق الشخصية^(٢). لأن فى هذا الفرض ليس هناك أى ضمان أو تعرض حيث أن قبول الدائن للوفاء الجزئى، والذي لا يجبر عليه، قد أبرأ ذمة الكفيل من الضمان، وبالتالي مزاحمته للدائن لا تشكل أى تعرض. وذلك خلافاً للرجوع بدعوى الحلول (انظر المادة ٧٩٩ مدنى).

٣ - يجب على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء. وقد جاء هذا الشرط فى المادة ١/٧٩٨ مدنى. فيشترط لكى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين أن يخطره قبل قيامه بالوفاء للدائن بعزمه على القيام به، سواء أراد الكفيل أن يقوم بالوفاء من تلقاء نفسه أو نتيجة مطالبة الدائن له. والحكمة من ذلك أنه قد يكون المدين قام بالوفاء بالدين من قبل، أو أنه يقوم بالوفاء بالدين مرة أخرى بعد وفاء الكفيل الذى

(١) السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٧٤.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١١٤.

لا يعلم به، أو أن يكون لديه دفع متعلقة بشخصه أو متعلقة بالدين كان يستطيع أن يحصل نتيجة إيدائها على الحكم بإبطال الدين أو تقرير انقضائه ففي كل هذه الأحوال المدين لا يفيد من الوفاء الحاصل من الكفيل نتيجة تقصير هذا الأخير فلا يحق له بالتالي الرجوع على المدين^(١). وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص، فيصح أن يكون رسمياً على يد محضر، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، ويصح أن يكون شفويّاً على أن يثبت الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار^(٢).

وعلى ذلك فإن عدم الإخطار الذي يحرم الكفيل من الرجوع على المدين هو الذي يترتب عليه ضرر لمدين. فإذا لم يحصل أى ضرر للمدين فإن للكفيل حق الرجوع ولو لم يخطره.

وإذا كان يقع على الكفيل التزام بإخطار المدين قبل الوفاء، فإن القيام بهذا الإخطار يولد التزاماً على عاتق المدين بالرد عليه في الوقت المناسب (م ٢/٧٩٨ مدني)، فيجب على المدين إذا ما أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء، أن يعترض على ذلك، إن كان لديه سبب من أسباب الاعتراض، كأن يكون وفي الدين، أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلان الدين أو إنقضائه، ويجب أن يصل اعتراض المدين هذا إلى الكفيل في وقت مناسب يفدره القاضى^(٣). فإذا قصر المدين في ذلك ولم يعارض الكفيل في الوفاء في وقت مناسب أو معقول، حق للكفيل الرجوع على المدين ولو كان هذا الأخير قد وفى الإلتزام من قبل، أو أنه كان لديه سبب يقضى ببطلانه أو إنقضائه لأن كل ذلك راجع إلى تقصيره في الرد على الكفيل فلا يلومن إلا نفسه^(٤). ولا يوجد شكل خاص لهذا الاعتراض، كما هو الحال بالنسبة للإخطار^(٥).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٧٤ و ١٧٥.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٦٩ و ١٧٠ وخاصة (هامش ١).

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٧٦ - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٧١ و ١٧٣.

(٤) سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥١ ص ١١٦.

(٥) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٧٢.

فإذا توافرت هذه الشروط، فما الذى يرجع به الكفيل على المدين؟ هذا هو ما يسمى بموضوع الدعوى الشخصية.

رابعاً : موضوع الدعوى الشخصية:

وتحدد الفقرة الثانية والثالثة من المادة ٨٠٠ من التقنين المدنى موضوع الدعوى الشخصية بنصها على أنه : « - ٢ - ويرجع (الكفيل) بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت إخباره المدين الأصى بالإجراءات التى اتخذت ضده .
٣- ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع» .

ونخلص من هذه المادة بأن ما يرجع به الكفيل على المدين يشمل عدة عناصر يمكن بيانها على النحو التالى:

١ - أن ما يرجع به الكفيل على المدين هو كل المبالغ التى دفعها لإبراء ذمة مدينه . ويدخل فى هذه المبالغ أصل الدين وفوائده والمصروفات التى أنفقها الدائن لمطالبة المدين وقام الكفيل بدفعها .

٢ - الفوائد: وهى الفوائد القانونية عن كل المبالغ التى دفعها الكفيل من يوم الدفع (م ٨٠٠/٣)، أى دفع الكفيل الدين للدائن . ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدنى) . ولكن المشرع قد أعطى الكفيل ما أعطاه للوكيل (م ٧١٠ مدنى) وللفضولى (م ١٩٥ مدنى) من حيث إحتساب الفوائد القانونية من وقت الدفع لا من وقت المطالبة القضائية .

٣ - ويرجع الكفيل كذلك بالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بالتزامه من وقت إخباره للمدين بالإجراءات التى اتخذها الدائن ضده . من أمثلة ذلك المصروفات التى أنفقها الكفيل فى إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدتها، ومصروفات العرض الحقيقى والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل إلى ذلك، والمصروفات التى يرجع عليه بها الدائن مثل المصروفات التى أنفقها

هذا الأخير، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء، وكل المصروفات التي تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه^(١). والكفيل لا يرجع على المدين من هذه المصروفات إلا بالذى أنفقه من وقت إخباره للمدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده. والحكمة من ذلك أنه إذا أخطر الكفيل المدين بالإجراءات التي اتخذت ضده قد يكون لديه دفعات تحول دون مطالبة الدائن له وبالتالي للكفيل، وقد يقوم بالوفاء وبالتالي يتجنب المصروفات التي قد يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر. وعلى ذلك فإن كل المصاريف السابقة على إخطار المدين بالإجراءات التي اتخذت ضد الكفيل يتحملها الكفيل ولا يستطيع أن يرجع بها على المدين، أما ما يتلو الإخطار من مصروفات فإن الكفيل يستطيع أن يرجع بها على المدين. ويستثنى من ذلك مصروفات المطالبة الأولى، أي مصاريف رفع الدعوى أو التنبيه بالوفاء على الكفيل، حيث أن الكفيل لا يعلم بها إلا بعد حصولها وبالتالي لا يمكن الإخطار بها قبل ذلك. ولذلك يستطيع الكفيل بالرجوع بها على المدين ولو لم يخطره بها^(٢).

٤ - بالنسبة لما قد يستحق للكفيل من تعويضات، نتيجة للضرر الذي يصيبه من جراء الوفاء بالتزامه، فإنه من حيث المبدأ لا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بهذا التعويض بخلاف الحال بالنسبة للوكيل (م ٧١١ مدني)، أو الفضولي (م ١٩٥ مدني)، لأن هذه النصوص تعتبر استثناء على القواعد العامة^(٣)، ولم يأت المشرع بنص صريح يجيز ذلك بصدد الكفالة. وقد كانت المادة ١٥٣ مكرر فقرة ٤ من المشروع التمهيدي تجيز ذلك، وقد حذفت بعد ذلك من المشروع، وهذا يدل على أن المشرع أراد أن يترك الحكم في هذه الحالة للقواعد العامة. وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه لا يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالتعويضات إذا جاوز الضرر الذي أصابه من

(١) السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٦٣ ص ١٧٥.

(٢) انظر الحكم المماثل لذلك بصدد الكفالة غير المحددة: في المادة ٧٨١ مدني، وانظر أيضاً:

السنهوري، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٣ ص ١٧٥.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ - محمود جمال الدين زكي،

المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٣٤.

جاء الوفاء للدائن مقدار الفوائد القانونية المستحقة له . ولكن إذا كان الضرر الذى لحق الكفيل نتيجة سوء نية المدين وأثبت الكفيل ذلك، فإنه يستطيع أن يطالب المدين بتعويض تكميلي طبقاً للقواعد العامة (م ٢٣١ مدنى)^(١) .

- رجوع الكفيل في حالة الكفالة التي عقدت لمصلحة الدائن وحده أو بالرغم من اعتراض المدين،

في هاتين الحالتين لا يرجع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة وإنما يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب .

- ويشترط للرجوع بهذه الدعوى ما يلى :

١ - أن يكون الكفيل قد وفى بالدين .

٢ - أن تعود على المدين منفعة من هذا الوفاء .

٣ - أن يحل أجل الدين .

- يتحدد مدى رجوع الكفيل على المدين بهذه الدعوى طبقاً للقواعد العامة .

* لا يرجع الكفيل على المدين في هاتين الحالتين إلا بأقل القيمتين:

١ - قيمة ما وفاه هو للدائن .

٢ - قيمة الفائدة التي عادت من هذا الوفاء على المدين .

فإذا كانت قيمة الفائدة التي عادت على المدين من هذا الوفاء أقل مما وفاه الكفيل لوجود دفع أو أسباب كان يستطيع بها المدين أن يدفع بها مطالبة الدائن إياه وأن يسقط عن نفسه بعض الدين (م ٣٢٤ مدنى) فإن

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ١١٨ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٧٥ . وقارن : السنهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٣ ص ١٧٦ و ١٧٧ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٨٢ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٨٥ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٠١ ص ٢٦٨ .

الكفيل لا يرجع إلا بقدر ما أفاده المدين بسبب الوفاء أى بالقدر الذى برئت به ذمته نتيجة للوفاء وحده .

* بخصوص الفوائد، لا يرجع الكفيل على المدين بهذه الدعوى إلا بالفوائد المستحقة عن المبالغ التى دفعها إلى الدائن من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة وخلافاً لما تخوله إياه دعوى الكفالة لوجود نص خاص بها .

* أما بخصوص التعويض عن الأضرار التى تجاوز قيمة الفوائد القانونية فإنه يجوز له المطالبة بتعويض تكميلى عن هذه الأضرار إذا أثبت أن المدين قد تسبب فيها بسوء نية طبقاً للقواعد العامة (م ٢٣١ مدنى) وفى ذلك لا تختلف هذه الدعوى عن دعوى الكفالة فى هذا الصدد لعدم وجود نص خاص بدعوى الكفالة وخضوعها أيضاً للقواعد العامة .

المطلب الثانى

دعوى الحلول^(١)

للكفيل الذى قام بالوفاء بالدين بجانب الدعوى الشخصية دعوى الحلول التى تمكنه من «أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين» . وهذه الدعوى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الوفاء مع الحلول والمنصوص عليها فى المادة ١/٣٢٦ . وهذه المادة تقر أنه «إذا قام بالرفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه
والكفيل ملزم بالوفاء بالدين عن المدين، وبالتالي فهو يدخل فى نطاق هذا النص . ومع ذلك فقد أورد المشرع تطبيقاً خاصاً لهذا النص فى نطاق الكفالة

(١) انظر فى القانون الفرنسى :

Ph. Simler. op. cit., No 551. p. 446 et s.

فى المادة ٧٩٩ مدنى، والتى تنص على أنه « إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين، ولكن إذا لم يف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين،^(١) .

ونخلص مما سبق أنه لدراسة دعوى الحلول يجب أن نعرض للكفلاء الذين يحق لهم مباشرة هذه الدعوى، ثم شروطها، وبعد ذلك أن نتعرف على موضوعها، ونختتم دراسة هذا المطلب بمقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية:

أولاً : الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة الدعوى:

يستطيع أى كفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، ويستوى أن تكون الكفالة حاصلة بعلم المدين أم بغير علمه أو حتى رغم معارضته، وذلك لأن الحلول أثر للوفاء، ولا أهمية لنوع الرابطة التى تربط الكفيل بالمدين^(٢) . ويستوى أن تكون الكفالة عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين وحده^(٣) . ولا يهم أن يكون الكفيل مأجوراً أو غير مأجور، متضامناً أو غير متضامناً^(٤) .

ثانياً : شروط دعوى الحلول:

وإذا كان الحلول هو أثر للوفاء، فيشترط إذن أن يكون للكفيل قد قام فعلاً بالوفاء، ويجب أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل .

١ - يشترط لكى يحل الكفيل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين أن يكون وفى الدين فعلاً . ولكن مما تبغى الإشارة إليه هو أن كيفية الوفاء لاتهم،

(١) انظر السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٦٦ ص ١٨٢ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص ١٨٣ .

(٣) السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠ فقرة ٦٦ ص ١٨١ .

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١٠ ص ١٨٣ - السنهاورى، المرجع

السابق، فقرة ٦٦ ص ١٨١ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٤ ص

١٠٤ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٢٠ ص ١٢٣ .

فقد يقضى الكفيل الدين بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل، أو بتجديد الدين بتغيير الدين، أو قضى الدين بطريق المقاصة، وفي كل هذه الأحوال يحل الكفيل محل الدائن بمجرد إنقضاء الدين^(١). ويترتب على ذلك أنه إذا لم يف الكفيل الدين أو يقضيه بسبب يقوم مقام الوفاء، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين ولا يحل الكفيل محل الدائن^(٢).

والكفيل لا يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين إلا بالقدر الذى دفعه. فإذا وفى الكفيل جزءاً من الدين، سواء كان ذلك الجزء هو كل ما ضمنه أم بعض الدين الذى ضمنه كله، فإن حلوله محل الدائن في حقوقه لا يكون إلا بنسبة ما دفع. ولكن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول إلا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملاً، سواء أكان ذلك من الكفيل وحده أو من الكفيل ومن غيره. وذلك لأن من قواعد الوفاء مع الحلول ألا يضار الدائن بحلول الموفى محله (م ١/٣٣٠ مدنى)^(٣). وهذا أيضاً ما قرره المادة ٧٩٩ بنصها على أنه «إذا لم يوف (الكفيل) إلا بعض الدين، فلا يرجع بما رفه إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه من المدين». والحكمة من ذلك، أنه إذا سمحنا للكفيل بالرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن حقه كاملاً، فإن هذا الأخير قد يضار بهذا الرجوع وذلك نتيجة لما قد ينشأ من مزاحمة الكفيل له في رجوعه بالباقي من دينه قبل المدين.

ولكن الحكم الذى تقرره هذه المواد مقرر لمصلحة الدائن، ولا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز الإتفاق على خلافه بأن يسمح للكفيل بالرجوع بدعوى الحلول حتى ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه كاملاً^(٤).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١١، ص ٨٣ - السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٨٤.

(٢) السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٨٤.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١١ ص ١٨٣.

(٤) انظر م : ٣٣٠ مدنى - وانظر أيضاً : عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١١١ ، ص ١٨٤ و ١٨٥ هامش (٢) - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٧٧ و ٧٨ - وانظر فى تفصيل ذلك : السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٩٠ و ١٩١.

٢ - يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله . وعلى ذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن قبل حلول الأجل الأصلي فإنه لا يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول على المدين إلا عند حلول هذا الأجل . وقد يتعرض الكفيل فى هذه الحالة إلى فقد حقه فى الرجوع بهذه الدعوى ، إذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلاً ، أو كانت لدى المدين دفع تبرئ ذمته من الدين^(١) .

ثالثاً : موضوع دعوى الحلول :

وكما يستفاد من اسمها ، فإن الكفيل يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٧٩٩ مدنى بقولها أنه : «إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ...» . وبالرجوع إلى القواعد العامة فى الوفاء مع الحلول نجد أن المادة ٣٢٩ مدنى قد نصت على أن : «من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن» .

ونخلص من هذه النصوص أن موضوع دعوى الحلول يكون على النحو التالى :

١ - أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع . فإذا كان حق الدائن تجارياً فإن الكفيل يحل محله فى هذا الحق بهذه الصفة . وعلى ذلك فإن الكفيل يستفيد من هذه الصفة فى الرجوع على المدين ، وهذه الفائدة تظهر بوضوح فيما يتعلق بالأحكام الخاصة التى تتعلق بالاختصاص والإثبات والفوائد . وإذا كان حق الدائن يسقط بنوع معين من التقادم ، سرى هذا التقادم فى مواجهة الكفيل ، ويحتسب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء ٥ ص ٥٤٤ و ٥٤٥ - وانظر أيضاً : السهررى ، المرجع السابق ، فقرة ٦٧ ص ١٨٤ .

بالإضافة إلى ذلك المدة التي سبق سريانها في مواجهة الدائن. وإذا كان حق الدائن بسند تنفيذي، كأن يكون ثابتاً بحكم أو بعقد رسمي، فإنه يحق للكفيل أن يستعمل هذا السند التنفيذي ضد المدين، ويستطيع الكفيل أيضاً أن يحل محل الدائن في الإجراءات القضائية التي يباشرها الدائن في مواجهة المدين بالحالة التي وجدها عليها دون حاجة إلى تجديدها^(١). ومن ناحية توابع الحق فإنه إذا كان هناك شرط جزائي استغاد الكفيل كما كان يستفيد منه الدائن^(٢). وإذا كان الدين منتجاً لفوائد معينة ويسعر معين في الكفيل يستفيد من هذه الفوائد بالسعر المتفق عليه. وإذا لم يكن أصل الدين منتجاً لفوائد فلا يحق للكفيل أن يطالب بها إلا من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (م ٢٢٦ مدني).

٢ - وأن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات. وعلى هذا فإن جميع التأمينات التي كانت تضمن للدائن الوفاء بدينه تنتقل إلى الكفيل لتضمن له رجوعه بما دفع على المدين. والعبرة هنا بالتأمينات الموجودة وقت قيام الكفيل بالوفاء، وبالحالة التي كانت عليها وقت هذا الوفاء. فالرهن ينتقل بمرتبته، ولا يحتاج الكفيل إلى إتفاق خاص مع الدائن لإحلاله محله في هذه التأمينات. ولا يجوز للدائن أن ينزل عن الرهن أو عن مرتبته إضراراً بحق الكفيل الذي حل محله في هذا الرهن^(٣). ويستوى أن يكون مصدر هذه التأمينات الإتفاق أو القضاء أو القانون. فعلى ذلك فإن الكفيل يحل محل الدائن في الرهن الرسمي والحيازي وحق الاختصاص وحقوق الإمتياز. ويستوى أن تكون هذه التأمينات عينية أو شخصية. وسوف نرى كيف يرجع الكفيل على الكفلاء الآخرين وكذلك كيف يرجع على المدينين في حالة تعددهم مع تضامنهم.

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٨٧.

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٨٧.

(٣) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ١٨٧.

٣ - أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه، بما يرد على هذا الحق من دفع. وعلى ذلك فإن المدين يستطيع أن يحتج في مواجهة الكفيل بكل الدفع التي كانت له قبل المدين. فإذا كان دين الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الإنقضاء فإن المدين يستطيع أن يدفع بذلك في مواجهة الكفيل. وإذا كان حق الدائن مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن.

مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول؛

يتضح مما سبق أن أمام الكفيل، إذا ما قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن، طريقتين للرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ودعوى الحلول. وقد تبين لنا من خلال العرض السابق لكل من الدعويتين الفارق بينهما، ولكن يحسن بنا أن نجمل هذه الفوارق فيما يلي:

(أ) فيما يتعلق بالكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع بكل من الدعويتين؛

نجد أنه بالنسبة لدعوى الحلول يستطيع كل الكفلاء الرجوع على المدين بهذه الدعوى، لأن الحلول أثر للوفاء، ويستوى أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين أو بغير علمه أو برغم معارضته، ويستوى أن تكون الكفالة تمت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن وحده. أما بالنسبة للدعوى الشخصية فإن الكفلاء الذين لهم الحق بالرجوع على المدين لهذه الدعوى يشترط بشأنهم أن تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين ودون معارضة منه، أو بغير علمه. وأن تكون الكفالة قد تمت لصالح المدين أو لصالح المدين والدائن معاً. وعلى ذلك فإن الكفيل الذي يكون كفالته قد تمت رغم معارضته المدين، أو تمت لصالح الدائن وحده ودون أن يراعى فيها صالح المدين لا يستطيع الرجوع بالدعوى الشخصية وإنما يستطيع الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب على النحو السابق بيانه.

(ب) فيما يتعلق بشروط كل من الدعويتين؛

فإن هناك شروط يجب توافرها في كل من الدعويتين. ومن هذه الشروط

ضرورة وفاء الكفيل بالدين المكفول للدائن وأن يكون هذا الوفاء قد تم عند حلول الأجل الأصلي. ولكن وجه الاختلاف هو أنه بالنسبة للدعوى الشخصية لا يشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه كاملاً. وعلى ذلك فإن الكفيل يستطيع الرجوع بهذه الدعوى ولو كان الوفاء جزئياً، وله في هذه الحالة أن يزاحم الدائن عند رجوعه على المدين بباقي الدين، ويتساوى معه في استيفاء حقه من المدين، ما لم يكن هناك سبب خاص لإمتياز الدائن.

أما بالنسبة لدعوى الحلول فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا إذا استوفى الدائن حقه كاملاً. كما لا يشترط بالنسبة لدعوى الحلول إخطار الكفيل للمدين بعزمه على الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء. ولكن يستطيع المدين دائماً أن يدفع في مواجهة الكفيل بكل الدفع المتعلقة بوجود أو صحة أو إنقضاء الدين والتي كانت ثابتة له في مواجهة الدائن. ولكن لا يجوز للمدين ذلك إذا كان رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية وكان الكفيل قد أخطره بعزمه على الوفاء ولم يبد اعتراضاً على ذلك في وقت معقول.

(ج) بالنسبة لموضوع كل من الدعويين:

بالنسبة لدعوى الحلول فإن الكفيل يحل محل الدائن فيما له من حقوق قبل المدين. وأن الكفيل يحل محله في حقه بما لهذا الحق من صفات وما يلحقه من توابع وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفع. فقد يستفيد من هذه الصفات كأن يكون الدين تجارياً أو ثابتاً في سند رسمي. وقد يضار من ذلك إذا كان هذا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم، أو تكون المدة التي سرت في مواجهة الدائن مدة طويلة بحيث لم يبق للكفيل إلا مدة قصيرة وينقضى بعدها الدين.

أما بالنسبة للدعوى الشخصية فإن مدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت الوفاء بالدين للدائن، لأن من هذا التاريخ فقط ينشأ حق الكفيل.

وبالنسبة للفوائد فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع بها على المدين بدعوى الحلول، إلا إذا كان الدين منتجاً لها، فإن لم يكن فإنه ليس له حق إلا فى الفوائد القانونية محسوبة من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (م ٢٢٦ مدنى).

أما بالنسبة للدعوى الشخصية فإن الكفيل يستحق الفوائد القانونية على كل ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع وذلك خلافاً للقواعد العامة.

أما بالنسبة للتأمينات، فإن الكفيل يستفيد منها فى حالة رجوعه بدعوى الحلول، لأنه يحل محل الدائن فى حقه ومما يكلفه من تأمينات، أما إذا رجع بالدعوى الشخصية فإن الكفيل لا يستفيد من هذه التأمينات لأنه يرجع بدعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن.

وبالنسبة للدعوى الشخصية فإن الكفيل يرجع على المدين بكل ما أداه لإخلاء ذمته، وبالمصروفات التى أنفقها فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه من المصروفات للدائن، وبالتعويض فى حالة ما إذا أصابه من ضرر من الوفاء نتيجة لسوء نية المدين.

المطلب الثالث

رجوع الكفيل وتعدد المدينين

كانت دراستنا السابقة مبنية على فرض بسيط، وهو أنه لا يوجد إلا مديناً واحداً، أن الرجوع لا يكون إلا فى مواجهة شخص واحد، ولكن قد يحدث أن يتعدد المدينون فى نفس الدين، وقد يكفلهم الكفيل جميعاً أو قد يكفل بعضهم. وفى كلتا الحالتين قد يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين. ونعرض لهذه الفروض فيما يلى:

أولاً: تعدد المدينين مع عدم تضامنتهم:

إذا كان المدينون غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمنهم جميعاً ثم وفى بالدين، فإنه عند رجوعه عليهم، فإنه يرجع على كل مدين بقدر نصيبه فى الدين. وسواء كان هذا الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

أما إذا كان المدينون غير متضامنين، وقد كفل الكفيل بعضهم فقط، فإنه لا يرجع إلا على من كفله منهم وفي حدود نصيبه في الدين. ولا يجوز له الرجوع على غير هذا المدين ما لم يكن قد دفع ما يزيد عن نصيب المدينين الذين كفلهم وترتب على ذلك براءة ذمة مدينين آخرين لم يكفلهم، فإنه يكون له حق الرجوع على هؤلاء المدينين بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة (م ٣٢٤ مدنى).

ثانياً: تعدد المدينين وتضامنهم:

وهذا هو الفرض الذى تعرضت له المادة ٨٠١ مدنى بنصها على أنه: «إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين، فللكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين، (م ٢٠٣٠ مدنى فرنسى).

وعلى ذلك فإذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد وضمنهم الكفيل جميعاً، وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن، فإنه يرجع على أى من المدينين المتضامنين، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية، إذا توافرت شروطها، فإنه يرجع بما وفاه للدائن، أى بكل الدين على أى من المدينين المتضامنين، وذلك طبقاً لقواعد التضامن فيما بين المدينين. ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية ومصرفات وتعويض وإذا رجع الكفيل بدعوى الحلول فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذى وفاه حقه، وبما لهذا الحق من أوصاف. فإذا كان الدائن يستطيع أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين فإنه يحق ذلك أيضاً للكفيل لأنه يحل محل الدائن في حقه قبل المدينين المتضامنين.

— أما إذا كان المدينون متضامنين ولكن الكفيل تقدم ليضمن بعضهم وقام الكفيل بالوفاء بالدين المكفول للدائن، فإنه لا يستطيع أن يرجع إلا على المدينين الذين كفلهم، ويمكنه أن يرجع على أى مدين منهم بكل الدين الذى

وفاء. سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. ولكن لنا أن نتساءل هل يجوز للكفيل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم؟ وإذا كان يجوز له ذلك، فبأى دعوى وفى أى حدود يمكن أن يرجع عليهم؟

طبقاً للقواعد العامة يستطيع الكفيل، بعد قيامه بالوفاء بالدين. أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بدعوى مدينه الذى ضمنه أى بالدعوى غير المباشرة، وهو يرجع عليهم فى هذه الحالة بحصة المدين الذى يرجع عليه ونصيب هذا الأخير فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، وذلك طبقاً لقواعد التضامن وله أيضاً أن يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب. ولكنه لم يرجع فى هذه الدعوى إلا بقدر إثراء هذا المدين الذى لم يستفد إلا بقدر حصته فى الدين ونصيبه فى حصة من يعسر من المدينين المتضامنين. ويستطيع المدين المتضامن الذى يرجع عليه أن يحتج فى مواجهته بالدفع التى كان يمكن أن يحتج بها على المدين المتضامن الذى ضمنه الكفيل، كما لو برئت ذمة المدين المتضامن الذى يرجع عليه الكفيل^(١).

ولكن لا يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين المتضامن الذى لم يكفله بدعوى الكفالة، أى بالدعوى الشخصية، لأن هذه الدعوى خاصة بالعلاقة فيما بين الكفيل والمدين الذى كفله.

ولكن هل يجوز لهذا الكفيل أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الحلول محل الدائن. وما مدى هذا الرجوع؟

من المستقر عليه اليوم فقهاً وقضاء أن للكفيل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين والذين لم يكفلهم بدعوى الحلول محل الدائن. وذلك لأن الكفيل عندما قام بالوفاء بالدين قد حل محل الدائن طبقاً لنص المادتين ٣٢٦ و ٧٩٩ مدنى، وهو يرجع بنفس حق الدائن وبما يلحقه من ضمانات، ومن بين هذه الضمانات التضامن بين المدينين - ولذلك يجوز له أن يستفيد

(١) السهنورى، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٩٦.

من ذلك ويرجع على أى من المدينين المتضامنين ليطالبه بالدين كله ولو لم يكن كفل هذا المدين^(١).

وعلى ذلك فإن الكفيل يستطيع أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله ويطالبه بدعوى الحلول بالدين كله وليس بقدر نصيبه فقط^(٢).

المبحث الثالث

العلاقة فيما بين الكفيل وغيره من الكفلاء

إذا ما قام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين فإنه يكون له حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وقد يكون له أيضاً الرجوع على غيره من الكفلاء وذلك فى حالة تعددهم. وتختلف أحكام هذا الرجوع عن رجوع الكفيل على المدين، وخاصة من ناحية الدعوى التى يرجع بها على غيره من الكفلاء، فإنه لا يحق للكفيل أن يرجع على غيره من الكفلاء بالدعوى الشخصية. لأن هذه الدعوى مقررة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين فقط. ولكن يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة. كما أن مدى الرجوع لهذا الكفيل على غيره من الكفلاء، يختلف فيما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين أم غير متضامنين.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٢٣ ص ١٩٧ وما بعدها - السنهرى، المرجع السابق، فقرة ٧٣ ص ١٩٨ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص ١١٢ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٢٨ ص ١٤٣ و ١٤٤ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص ١٢٥ و ١٢٦ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٣ و ٨٤ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ٨٧ - محمود جمال الدين ركي، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ص ١٣٩.

(٢) انظر عكس ذلك :

- محمد كامل مرسى، المرجع السابق، فقرة ١١٦ ص ١٦٧.

- محمد على إمام، المرجع السابق، فقرة ٨٨.

أولاً : تعدد الكفلاء وعدم تضامنتهم:

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد، أو يعقود متتالية واحتفظ كل منهم بحق التقسيم، فالأصل أن الدين ينقسم بينهم. ولا يلتزم كل منهم إلا بنصيبه من الدين، وأن إعسار أحدهم لا يتحملة غيره من الكفلاء، وإنما الدائن هو الذى يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم. وفي هذه الحالة قد اتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعديدين بقوة القانون^(١).

وإذا وفى أحد هؤلاء الكفلاء بنصيبه، فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشئ. ولكن إذا ما وفى الدين كله رغم عدم التزامه بذلك، فإنه لا يكون له الحق فى الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب وذلك طبقاً للقواعد العامة. ويتحدد مدى هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين، لأن هذا هو القدر الذى أثرى به، ولا يستطيع الكفيل الموفى أن يطالب الآخرين بنصيبهم فى حصة المعسر منهم إن وجد، ولكن الذى يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل الموفى.

وفي هذه الحالة لا يكون للكفيل الحق فى الرجوع إلا بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة، وبالتالي لا يكون له الحق فى الدعوى الشخصية لأنها مقررّة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين. كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزم بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع أن يحل محل الدائن فى الرجوع عليهم (م ٣٢٦ مدنى).

ثانياً: تعدد الكفلاء مع التزام كل منهم بالدين كله:

وهذه الحالة تشمل فرضين، الأول أن يتعدد الكفلاء لدين واحد ويعقد واحد ويكونوا متضامنين، والثانى أن يكون هناك كفلاء قد التزموا بعقود متوالية ولم يحتفظ أى منهم لنفسه بحق التقسيم. فيكون كل واحد منهم مسئولاً عن الدين كله (م ٧٩٢ مدنى) أى يكون الكفلاء مسئولين بالتضام.

(١) السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٦ ص ٢٠١.

وعلى ذلك، فإنه فى الفرض الأول وطبقاً للقواعد العامة، يكون للكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء، إذا وفى الدين كله أن يرجع على أى منهم بدعوى الإثراء بلا سبب. ولما كانت هذه الدعوى لا تعطى هذا الكفيل حقاً فى الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بقدر ما أثرى به، والكفيل لا يثرى إلا بقدر ما برئت ذمته فى مواجهة الدائن نتيجة لهذا الوفاء. ولما كانت ذمة أى كفيل متضامن لا تبرأ، فى علاقته مع غيره من الكفلاء المتضامنين، إلا بقدر نصيبه وحصته فى نصيب المعسر من الكفلاء المتضامنين، فعلى ذلك يكون للكفيل الذى أوفى الدين كله أن يرجع على أى منهم بهذا القدر بشرط أن يكون قد ترتب على هذا الوفاء براءة ذمة الكفيل الذى يرجع عليه. فإذا كان التزام هذا الكفيل قد انقضى من قبل لأى سبب من أسباب الإنقضاء كالتفادى أو الإبراء من الكفالة، فإنه لا يكون للكفيل الذى وفى بالدين كله الرجوع على هذا الكفيل بأى شئ.

ويكون أيضاً للكفيل المتضامن الذى وفى بالدين كله أن يرجع على أى من الكفلاء المتضامنين بمقتضى دعوى الحلول. وحيث أن الكفيل المتضامن والذى وفى الدين كله يحل محل الدائن فى الرجوع على غيره من الكفلاء المتضامنين، وبالتالي يحق له، طبقاً لمنطق هذه الدعوى، أن يرجع على أى منهم بالدين كله. ولكن التسليم بهذا المنطق سوف يؤدى إلى الوقوع فى حلقة مفرغة، لأن إذا ما رجع هذا الكفيل بالدين كله على أحد الكفلاء المتضامنين، فإن لهذا الأخير أن يرجع أيضاً على أى من الكفلاء المتضامنين ليطالبه بالدين كله. وهكذا يستمر الأمر دون أن يقف عند حد. ولكن إذا نظرنا إلى حقيقة الوضع سوف نجد أن الكفلاء المتضامنين متساوين فى المسؤولية فى مواجهة الدائن، لكن فى العلاقة فيما بينهم فإن الذى يوفى بالدين كله ليس له أن يرجع على غيره من الكفلاء المتضامنين معه إلا نصيبه فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم كما يقضى بذلك منطق تضامن وهذا ما نص عليه المشرع فى المادة ٢٩٧ مدنى والخاصة بمدى التضامن المتضامنين بقوله أنه:

١ - «إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن».

٢ - «وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين المتضامنين حصصاً متساوية بين الجميع ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

وقد بينت المادة ٢٩٨ مدنى مسئولية المدينين المتضامنين عن حصة المدين المعسر منهم بقولها: «إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين، وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته».

وقد جاء المشرع بحكم مماثل كذلك بصدد تعدد الكفلاء المتضامنين بنفس الدين والمتضامنين فيما بينهم فى المادة ٧٩٦ مدنى وذلك بنصه على أنه: «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم وفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم». وتنطبق نفس هذه الأحكام على الفرض الثانى، والذى يتعلق بالتزام الكفلاء بعقود متوالية مع عدم احتفاظ أى منهم لنفسه بحق التقسيم وذلك لاتحاد العلة فى الحالتين. وعلى ذلك فإنه يكون للكفيل المتضام الذى وفى بالدين كله أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الإثراء بلا سبب، وذلك بقدر ما أثرى، وهو القدر الذى برئت به ذمته فى مواجهة الدائن. وهذا القدر يكون حصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم. ويكون له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول وذلك بنفس القدر شأنه فى ذلك شأن الكفيل المتضامن^(١).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٢٨ ص ٢٠٤.

- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٨٧.

- وقارن: السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٧٧ ص ٢٠٢ و ٢٠٣ - ومحمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٧٠ ص ٢١٤٠ حيث يعتقدان أن هذه الحالة ليست إلا تطبيقاً لفكرة المسئولية على سبيل التضامن. وانظر الفارق بين التضامن والتضامن: السنهاورى، نفس المرجع السابق، وبصفة خاصة ص ٢٠٣. ومؤلفنا فى التضامن ومبدأ عدم إفتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٧.

الفصل الرابع إنقضاء الكفالة

قد سبق أن رأينا أن الكفالة عقد تابع للإلتزام الأصلي، إذ هي تقوم على ضمان الوفاء به. وعلى ذلك فهي تتبع هذا الإلتزام في الوجود والإنقضاء والصحة والبطلان. ولذلك تنقضى بإنقضاء الإلتزام الأصلي. كما أن هناك أسباب أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ودون أن يترتب على ذلك إنقضاء الإلتزام الأصلي. وندرس فيما يلي أسباب إنقضاء الكفالة.

المبحث الأول

إنقضاء الكفالة بالتبعية لإنقضاء الإلتزام الأصلي

وهذا المبحث ليس إلا تطبيقاً للمبادئ العامة، حيث أن الإلتزام المكفول ينقضى بسبب من أسباب الإنقضاء العامة الواردة في التقنين المدني. وحيث أنه إذا انقضى الإلتزام الأصلي المكفول الذي يركز عليه التزام الكفيل فيجب أن ينقضى هذا الأخير بالتبعية، لأن الفرع يتبع الأصل، وأن التابع يتبع المتبوع. وهذا نتيجة حتمية لطبيعة التزام الكفيل حيث أن محل هذا الإلتزام هو ضمان الوفاء بالإلتزام الأصلي، فإذا انقضى هذا الأخير، أصبح التزام الكفيل بغير محل، ومن ثم ينقضى بدوره^(١).

وقد أكد المشرع هذا المعنى في نص المادة ١/٧٨٢ بقوله: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين». وسوف نعرض لأسباب إنقضاء الإلتزام المكفول بنفس الطريقة التي عرض لها المشرع في التقنين المدني بصدد إنقضاء الإلتزام. فندرس في مطلب أول إنقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء، وفي مطلب ثان إنقضاء الإلتزام الأصلي بما يعادل الوفاء، وهنا نعرض للوفاء بمقابل، والتجديد والإنابة، والمقاصة ثم

(١) عبد الفتاح عبد الباقي. المرجع السابق، فقرة ١٣٤ ص ٢١٣.

أخيراً اتحاد الذمة، وفي المطلب الثالث ندرس فيه إنقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء، وندرس هنا الإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقاعد.

المطلب الأول

إنقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

أول ما يمكن أن نتوقعه هنا هو أن يقوم المدين الأصلي بالوفاء بالدين، فيقضى التزامه الأصلي وينقضى تبعاً لذلك التزام الكفيل. وإذا حدث أن أوفى المدين بجزء من الدين فإن براءة ذمة الكفيل لا يكون إلا في هذه الحدود، أى بمقدار ما وفاه المدين. لكن يجب في جميع الأحوال أن يكون وفاء انمدين للدين الأصلي صحيحاً، بأن يكون الموفى مالكاً للشيء الذى وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف. على أنه إذا كان الوفاء بالشيء المستحق قد تم ممن ليس أهلاً للتصرف فيه، فإن الالتزام مع ذلك ينقضى بهذا الوفاء إذا لم يلحق هذا الوفاء ضرراً بالموفى (م ٣٢٥ مدنى).

وعلى ذلك فإذا كان الوفاء باطلاً، كأن صدر من شخص غير ذى أهلية للتصرف فى الشيء الموفى به أو لحق الموفى ضرر من جراء وفائه فى حالة ما إذا كان ليس أهلاً للتصرف فى الشيء المستحق، فإنه لا يترتب على ذلك إنقضاء الالتزام الأصلي وبالتالي يبقى هذا الالتزام مضموناً بتأميناته ومنها بطبيعة الحالة الكفالة.

وطبقاً للقواعد العامة فإن العرض الحقيقى يقوم بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء بشرط أن يتلوه إيداع الدين أو أى إجراء يماثله، وأن يقبل الدائن ذلك أو يصدر حكم نهائى بصحته (م ٣٣٩ مدنى).

فإذا ما توافرت هذه الشروط فإنه يترتب على العرض الحقيقى براءة ذمة المدين وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل بالتبعية لذلك. ومع ذلك قد أجاز المشرع للمدين أن يرجع فى هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته. فإذا حدث ذلك فإنه لا تبرأ ذمة المدين وبالتالي تبقى الكفالة قائمة لضمان هذا الدين كما كانت من قبل (م ١/٣٤٠ مدنى). ولكن

من المتصور أن يرجع المدين في العرض الحقيقي بعد قبول الدائن له أو بعد صدور حكم بصحته، ففي هذه الحالة فإن الأمر يتوقف على قبول الدائن لهذا الرجوع. فإذا ما قبل ذلك، فإن هذا الدائن لا يحق له أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبراً بالتألي ذمة الضامنين، ومن بين هؤلاء بطبيعة الحال الكفيل، فتبراً ذمته (م ٣٤٠/٢ مدني)^(١).

على أنه قد يحدث أن يكون هناك وفاء بالدين المكفول ومع ذلك لا ينقضي هذا الدين، ويبقى التزام الكفيل قائماً منتجاً لآثاره، وذلك في حالة ما إذا وفي الغير بهذا الدين للدائن وكان لهذا الغير حق الحلول محل الدائن، إتفاقاً أو قانوناً، وذلك طبقاً لقواعد الحلول التي تقضى بأن من حل قانوناً أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفعات... (م ٣٢٩ مدني). وينطبق نفس هذا الحكم في حالة حوالة الحق، لأنه لا يترتب على هذه الحوالة إنقضاء الحق، ولكن انتقاله من الدائن الأصلي إلى الدائن الجديد، هو المحال إليه، ومن ثم يبقى الكفيل ضامناً للوفاء به في مواجهة هذا الأخير (م ٣٠٧ مدني). ولكن في حالة حوالة الدين بالرغم من عدم إنقضاء الدين بهذه الحوالة، فإن الكفالة لا تبقى قائمة، لأنه ترتب عليها تغيير شخص المدين، ما لم يرتضى الكفيل ذلك (م ٣٢٨). حيث أن الكفالة قوامها الثقة الموجودة بين الكفيل والمدين الأصلي، فإذا ما تغير هذا المدين يجب أن يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل ما لم يرض بالحوالة.

وإذا تعددت الديون التي للدائن في ذمة المدين، وكانت من جنس واحد، النقود مثلاً، وقد كان الكفيل قد قام على ضمان بعضها، وكان وفاء المدين غير كاف للوفاء بها، فإن القاعدة العامة تقضى بأن المدين هو الذي يعين الدين الذي يريد الوفاء به، سواء أكان الدين المكفول أو غيره (م ٣٤٤ مدني). فإذا لم يعين المدين الدين، فإن الخصم يكون من حساب الدين الذي حل، سواء أكان هو الدين المكفول أم غيره. فإذا تعددت الديون الحالة، وكان

(١) انظر مؤلفنا في أحكام الالتزام السابق الإشارة إليه ص ٣٧٥.

الدين المكفول منها، فإن الخصم يكون من حساب الدين الأشد كلفة على المدين (م ٣٤٥ مدنى)، أى الدين المكفول، حيث أن هذا الدين هو أكثر هذه الديون كلفة على المدين^(١).

وإذا كانت الكفالة محددة، بأن قام الكفيل بضمان جزء فقط من دين المدين، وقام المدين بوفاء جزء من الدين وقبل الدائن ذلك، فإنه يجب فى تقديرنا أن يستنزل هذا الجزء المدفوع من جانب المدين من الجزء المضمون بالكفالة، على أساس أن هذا الدين أكثر كلفة على المدين، كما أنه إذا كان هناك شك فى بيان كيفية استنزال المدفوع فيجب أن نفسر هذا الشك لمصلحة الكفيل^(٢).

المطلب الثانى

إنقضاء الالتزام الأصلى بما يعادل الوفاء

وهنا نجد أن التقنين المدنى قد عرض لأربع أسباب لإنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء : الوفاء بمقابل، التجديد والإنابة، والمقاصة، واتحاد الذمة.

أولاً : الوفاء بمقابل:

الوفاء بمقابل يفترض أن المدين قد قدم للدائن عوضاً عن محل الدين الأصلى، وأن هذا الدائن قد قبل هذا العرض كمقابل للشئ المستحق، فإن ذلك يقوم مقام الوفاء وينقضى به الدين (م ٣٥٠ مدنى).

وإذا كان المدين قد قام بنقل ملكية شئ إلى الدائن كمقابل للدين الذى يلتزم به فى مواجهته، فإن ذلك يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين الأصلى، وتبرأ بالتالى ذمة الكفيل وينقضى التزامه بطريق تبعى. وتسرى

(١) انظر المذكرة الإيضاحية، جزء ٢ ص ٥٨٨. وعبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق،

فقرة ١٣٥ ص ٢١٥ و ٢١٦. - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ١٠٢.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك:

- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٥ ص ٢١٦.

- وانظر أيضاً : سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤١ ص ١٠٢.

فى هذه الحالة أحكام البيع، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع أو إنقضاء التأمينات (م ٣٥١ مدنى).

وعلى ذلك فإن الوفاء بمقابل يعتبر تجديداً ووفاء فى نفس الوقت، وفى الوقت الذى قبل فيه الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشئ المستحق يكون قد قام بتجديد الدين القديم بتغيير محله، ويترتب على ذلك إنقضائه وإنقضاء تأميناته تبعاً لذلك، ومن بينها بطبيعة الحال الكفالة، وينشأ دين جديد ينقضى فى نفس الوقت بنقل ملكية الشئ الذى أعطى فى مقابل الدين. وتسرى فى هذه الحالة أحكام البيع السابق الإشارة إليها وتسرى عليه أيضاً أحكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين (م ٣٥٠ مدنى).

إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال بسبب عيب فى الرضا أو نقص فى الأهلية وحكم بإبطاله، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن ويبقى الدين قائماً، وتبقى أيضاً الكفالة ضامنة له. لكن فى حالة استحقاق المقابل، فإن الدائن سوف يرجع على المدين بضمان الاستحقاق، ولكنه لا يستطيع أن يرجع على الكفيل بشئ، حيث أن ذمته قد برئت نهائياً بالوفاء بمقابل الذى تم صحيحاً، هذا ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطى هذا المقابل للدائن^(١)، فإنه فى هذه الحالة لا يستطيع أن يجمع بين براءة ذمته واسترداده المقابل فى نفس الوقت - هذا المقابل الذى كان سبباً فى براءة ذمته.

والغالب أن المدين هو الذى يقدم شيئاً مملوكاً له فى مقابل الدين. أما إذا كان الذى قدم المقابل هو الكفيل، واستحق المقابل، لم تبرأ ذمة هذا الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق. وذلك طبقاً للقواعد العامة.

(١) السنهاورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٦ ص ٢١٨ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٦ ص ٢١٨ وما بعدها.

أما فى حالة ما إذا قدم المدين أو الغير (غير الكفيل) المقابل للدائن، فإنه فى هذه الحالة ينقضى الدين الأصلى وأيضاً تنقضى الكفالة، ولو استحق المقابل المدفوع من المدين أو من الغير، فإن الكفالة لا تعود لأن الرضاء بمقابل يبرى ذمة الكفيل نهائياً وأن للدائن أن يرجع على المدين أو على الغير بضمان الاستحقاق وهذا ما قصدته المادة ٧٨٣ مدنى بنصها أنه «إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء»^(١).

ثانياً: التجديد والإنبابة:

يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى وتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد (م ١/٣٥٦ مدنى). ويترتب على إنقضاء الالتزام القديم بالتحديد إنقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء به، فهذه التأمينات لا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا بنص فى القانون أو إذا تبين من الإتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (م ٢/٣٥٦ مدنى). ومع ذلك فإنه «لا تنتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة، عينية كانت أو شخصية، ولا التضامن، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء أو المدينون المتضامنون (م ٣٥٨ مدنى).

ويتبين لنا مما سبق أن تجديد الالتزام الأصلى المكفول يؤدى إلى إنقضائه ونشوء التزام جديد مكانه وينقضى تبعاً لذلك الكفالة التى كانت ضامنة له ما لم يرض الكفيل بضمان الالتزام الجديد^(٢). وينقضى الدين المكفول بالتجديد، إذا جدد المدين الأصلى دينه بتغيير الدائن أو بتغيير المدين، أو بتغيير الدين فى محله أو مصدره (م ٣٥٢).

ولكى يترتب التجديد آثاره، من بينها إنقضاء الكفالة، فإنه يجب أن يستجمع عناصر صحته. فيجب أن يكون كل من الالتزام القديم والالتزام

(١) انظر فى تفصيل ذلك: السهورى، المرجع السابق، جزء ١٠، فقرة ٨٦ ص ٢١٩ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٣٦ ص ٢١٨ وما بعدها.

(2) MAZEAUD, op. cit., No. 22, p. 28.

الجديد قد خلا من أسباب البطلان (م ١/٣٥٣ مدنى)، كما أنه يجب أن تكون نية التجديد واضحة، بأن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف حيث أن التجديد لا يفترض (م ١/٣٥٤). وعلى ذلك لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يرجد إتفاق يقضى بغيره (م ٢/٣٥٤ مدنى).

والإنابة التى يترتب عليها إنقضاء الالتزام المكفول هى الإنابة الكاملة. والتى يتفق فيها على أن ينقضى التزام المدين (وهو المنيب) ليحل محله التزام جديد (وهو المناب) فى مواجهة الدائن (وهو المناب لديه)، ففى هذه الحالة تكون الإنابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحاً ولا يكون معسراً وقت الإنابة (م ١/٣٦٠). وكما سبق أن رأينا أنه يترتب على ذلك إنقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام، ومن بينها الكفالة، فتبرأ ذمة الكفيل فى مواجهة الدائن، ما لم يرد كفالة المدين الجديد. والأصل فى الإنابة أنها لا تتضمن تجديداً للالتزام وبالتالي لا يترتب عليها إنقضائه، وتبقى بذلك التأمينات قائمة على ضمانه، ومن بينها الكفالة، وهذه تسمى بالإنابة الناقصة، حيث يقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب، ويصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد. وفى الإنابة الناقصة لا يستطيع المناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأى دفع يحق له أن يتمسك به فى مواجهة المنيب. وقد نصت المادة ٣٦١ على ذلك بقولها: «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك».

ثالثاً: المقاصة:

إذا أصبح المدين المكفول، دائناً للدائن، وتوافرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة ٣٦٢ مدنى، انقضى الالتزام المكفول بقدر الالتزام الذى ترتب فى ذمة الدائن، وانقضى التزام الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضى من الالتزام المكفول. ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها (م ١/٣٦٥) وعلى ذلك إذا تمسك بها المدين صاحب المصلحة فى ذلك فإنها ترتب أثرها منذ الوقت الذى يصبح فيه الالتزامان صالحين للمقاصة (م ٢/٣٦٥ مدنى). والكفيل أيضاً يعتبر صاحب مصلحة فى إنقضاء الدين الأصلى بالمقاصة حيث أنه يترتب على ذلك إنقضاء التزامه وبراءة ذمته فى مواجهة الدائن فإنه يستطيع أن يتمسك بإنقضاء الدين الأصلى بالمقاصة، حتى ولو كان متضامناً، حتى ولو لم يتمسك بها المدين، أو تنازل عنها. وذلك لأن المادة ١/٣٦٥ تجيز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالمقاصة. والكفيل ذو مصلحة واضحة فى ذلك. كما أن الحق فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين. وبطبيعة الحال من بين هذه الأوجه المقاصة.

رابعاً: اتحاد الذمة:

ينقضى الالتزام إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة للدين الواحد، وبالقدر الذى اتحدت فيه الذمة. كأن يرث المدين الدائن، أو أن يوصى الدائن لمدينه بالدين، فإن فى هذه الأحوال ينقضى الدين لاتحاد الذمة (م ١/٣٧٠ مدنى). ويترتب على إنقضاء الالتزام الأصلى المكفول باتحاد الذمة إنقضاء التزام الكفيل بالتبعية.

ولكن مما يجدر ذكره هنا أن اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سبباً من أسباب إنقضاء الالتزام بقدر ما هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين. وعلى ذلك إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة، فإن المانع يزول ويعود الدين إلى الوجود، وتعود بالتالى التأمينات التى تضمنه، فإذا كان من بينها

كفالة، فإن التزام الكفيل يعود أيضاً إلى الوجود، ويقوم على ضمان هذا الالتزام كما كان من قبل ومن قبيل ذلك أن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن، أو أن الوصية كانت باطلة.

المطلب الثالث

إنقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء

ينقضى الالتزام بدون وفاء في ثلاثة حالات: الإبراء، استحالة التنفيذ، والتقدم.

أولاً: الإبراء:

إذا أبرأ الدائن المدين من الدين، انقضى الالتزام (م ٣٧١) وينقضى بالتبعية كذلك التزام الكفيل. ويشترط ليرتب الإبراء آثاره أن يكون صحيحاً. فيجب أن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختاراً، كما أن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة من جانب الدائن، وعلى ذلك فإنه لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين ويرتد برده (م ٣٧٣). كما أنه يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع (م ١/٣٧٢). ولكن لا يشترط فيه شكل خاص حتى ولو كان الالتزام موضوع الإبراء يشترط فيه توافر شكل معين بنص في القانون أو باتفاق الأطراف (م ٢/٣٧٢ مدين).

وعلى ذلك فإنه إذا أبطل الإبراء، اعتبر كأن لم يكن، وعاد الدين إلى الوجود، وعادت معه كل التأمينات الضامنة له. فإذا كان من بين هذه التأمينات كفالة، عاد التزام الكفيل أيضاً إلى الوجود.

ولا يعتبر من قبيل الإبراء، الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه، وذلك لعدم توافر نية التبرع للمدين، وإنما قصد الدائن من وراء ذلك إبقاء خطر إفلاس المدين والحصول على أى جزء من دينه. ويترتب عن ذلك أن الكفيل يبقى ملتزماً بالوفاء بكل الدين

المكفول حتى ولو بالنسبة إلى الجزء الذى قد تم التصالح بشأنه (م ٧٦١ من القانون التجارى الجديد) . ولكن بالنسبة للكفيل: إذا وفى للدائن الجزء الذى تصالح عليه هذا الأخير على تركه للمفلس لا يجوز له الرجوع به على المدين، إذ لا يكون له قبله، بالنسبة لهذا الجزء إلا حق طبيعى^(١) .

ثانياً : استحالة التنفيذ:

ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه (م ٣٧٣ مدنى) . وعلى ذلك فإذا انقضى الالتزام المكفول لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبى، فإن الكفالة تنقضى بالتبعية لذلك، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة للمدين الأصلي.

وإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ من جانب المدين، فإنه يترتب على ذلك مسئولية المدين عن عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض، وبذلك لا تبرأ ذمة المدين، وبالتالي لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض^(٢) .

ثالثاً : التقادم:

إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضى بالتبعية لذلك، ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به . ويكون إنقضاء التزام الكفيل بالتبعية للالتزام الأصلي وليس إنقضاء بصفة أصلية، حيث أن مدة التقادم الخاصة لم تكتمل بعد . وللكفيل أن يتمسك بتقادم الالتزام الأصلي، ولو لم يتمسك به المدين (م ١/٣٨٧ مدنى) . بل ولو تنازل عن التمسك بهذا الحق^(٣) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص ٢٢٥ - السنهاورى، المرجع

السابق، فقرة ٩٠ ص ٢٢٨ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٧ .

(٢) السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٩١ ص ٢٣٠ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤١ ص ٢٢٦ - السنهاورى، المرجع

السابق، فقرة ٩٢ ص ٢٣٢ .

المبحث الثاني

إنقضاء الكفالة بصفة أصلية

إذا كان التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، وبالتالي فإنه يبقى ببقائه صحيحاً منتجاً لآثاره، وينقضى لانقضائه، إلا أن هذا الالتزام له مقوماته الخاصة وبالتالي شرائط صحة ووجود. ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل يمكن أن يكون باطلاً أو صحيحاً، ويمكن أن ينقضى بأسباب الإنقضاء العامة مثله مثل أى التزام. بجانب ذلك فإن الطبيعة الخاصة للالتزام الكفيل تقتضى نوعاً من الحماية قد قررها المشرع واختص بها هذا الالتزام. ولذلك نعرض فى مطلب أول لإنقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الإنقضاء العامة، ثم فى مطلب ثان نعرض لأوجه الإنقضاء الخاصة بالكفالة.

المطلب الأول

إنقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الإنقضاء العامة

حيث أن التزام الكفيل له ما لغيره من خصائص، فإنه لذلك يمكن أن ينقضى بجميع الأسباب التى ينقضى بها الالتزامات عموماً. وقد أكد هذا الحكم القانون الفرنسى فى مادته ٣٠٣٤ بقوله : «الالتزام الناتج عن الكفالة، ينقضى بنفس الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات الأخرى». أما المشرع المصرى لم ير مبرراً لوضع مثل هذا النص، حيث أن حكمه ليس إلا ترديداً وتأكيداً للمبادئ العامة. وتطبيقه لا يثير أدنى خلاف لا فى الفقه ولا فى القضاء.

وعلى ذلك فإن الكفالة تنقضى أولاً بالوفاء الحاصل من الكفيل، ويترتب على هذا الوفاء إنقضاء التزام الكفيل، وفى نفس الوقت إنقضاء الدين المكفول. كما أنه يكون إنقضاء التزام الكفيل بما يعادل الوفاء، وذلك إذا قدم الكفيل شيئاً آخر مقابل للدين الأصلى وقبل الدائن ذلك. فهذا الوفاء بمقابل يؤدى أيضاً إلى إنقضاء التزام الكفيل وفى نفس الوقت الالتزام المكفول. لكن

إذا لم يوف الكفيل إلا بعض الدين، فلا تبرأ ذمته ولا ذمة مدينه إلا بالقدر الذى وفاه .

كما أن التزام الكفيل ينقضى إذا ما تم تجديد هذا الالتزام بتغيير الكفيل، كأن يحل كفيل آخر محله، أو أن يحل محل التزام الكفيل ضمان آخر، كالرهن، أو أن يستبدل التزام الكفيل بالتزام أصلى أى أن يلتزم الكفيل على نفس درجة التزام المدين . وكل هذا يتم بالإتفاق بين الدائن والكفيل .

وتنقضى الكفالة كذلك بالمقاصة، إذا ما أصبح الكفيل دائناً للدائن، ولكن المقاصة لا تقع إلا إذا كان الدائن قد أتم الإجراءات وتخطى العقوبات التى وضعها أمثامه المشرع فى مطالبة الكفيل أو التنفيذ على أمواله . وذلك لأن التزام الكفيل فى هذه الحالة لا يكون مستحق الأداء أو صالحاً للمطالبة به قضاء، كما تشترط ذلك المادة ٣٦٢/١ مدنى . ومع ذلك فإن الكفيل يستطيع، دون الدائن، أن يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة، لأنه يملك التنازل عن حقه فى التمسك بالدفع التى قررها المشرع لحمايته، وبالتالي يعتبر التزامه صالحاً للمقاصة . أما بالنسبة للمدين فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذه المقاصة . حيث أن ليس له أى مصلحة فى ذلك . لكن إذا ما وقعت المقاصة بين الدائن والكفيل، فإن الكفيل يكون له نفس الحقوق التى للدائن فى مواجهته، وسيرجع على المدين بالدين الذى وفاه، فيستوى لدى المدين أن يدفع الدين للدائن أو للكفيل، وبذلك لا يكون له أدنى مصلحة للتمسك بها . وقد كان القانون المدنى القديم ينص على ذلك صراحة فى المادة ٢٦٤/٢٠٠ . ولكن إذا كان قانوننا الحالى لم يتضمن مثل هذا النص، فإن هذا ليس معناه أنه أراد العمل على خلاف حكمه، وإنما أراد أن يترك الأمر للقواعد العامة، وهى تؤدى بنا إلى نفس الحكم^(١) .

وتنقضى الكفالة باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن، كما إذا ورث أحدهما الآخر . ويترتب على ذلك إنقضاء التزام الكفيل فقط دون الالتزام المكفول .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ١٢٨ و ١٢٩ .

ولذلك يستطيع من بقى منهما حياً وورث الآخر أن يطالب المدين. فإذا كان الدائن هو الذى ورث الكفيل فإنه يستطيع أن يطالب المدين بالدين ولكن دون أن يكون هناك كفالة ضامنة له. وإذا كان الكفيل هو الذى ورث الدائن، فإنه يستطيع أن يطالب المدين بالدين الأصلي كما كان يرجع الدائن قبل موته، ولكن الكفيل فى هذه الحالة انقضى التزامه لأنه ورث الدائن فأصبح دائناً لنفسه.

لكن من المتصور أن يرث الكفيل المدين، أو أن يرث المدين الكفيل، وفى هذه الحالة تتحد صفة الكفيل والمدين فى شخص واحد. ولا يتعلق الأمر هنا باتحاد ذمة بالمعنى القانونى، لأن هذا الاتحاد يفترض أنه يكون قد تم بين ذمة المدين وذمة الدائن. أما فى الفرض الذى نحن بصدده فإن هناك اتحاد فى صفة مدين أصلى ومدين تبعى فى شخص واحد. ولذلك فلا تنتضى الكفالة، ولكن صفة المدين الأصلى هى التى تجب صفة الكفيل، أو صفة المدين التبعى، فى علاقته مع الدائن، لكن دون أن تمتزج فيها أو تختلط بها، وبالتالي يفقد حقوقه ككفيل فى مواجهة الدائن، فلا يستطيع أن يدفع بالتقسيم أو بالتجريد، أو بإضاعة التأمينات. وحيث أن صفة الكفيل لا تنزل، ولكنها تتوارى وراء صفة المدين الأصلى، فإنه يترتب على ذلك أن جميع التأمينات التى كانت تضمن التزام الكفيل تبقى ضامنة للالتزام الأصلى، كالتزام المصدق، أى كفيل الكفيل، والرهون التى كان الكفيل قد رتبها^(١). وعلى ذلك فإن الدائن يستطيع أن يرجع على كفيل الكفيل، فإذا وفى الأخير الدين كان له أن يرجع على المدين أو على الكفيل، من بقى منهما حياً وورث الآخر^(٢).

وتنتضى الكفالة أيضاً بالإبراء، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك فى بقاء الالتزام الأصلى. ولكن العكس

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ٢٢٩.

(٢) السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٩٦ ص ٢٣٦.

غير صحيح بمعنى أنه إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي فإن الكفالة تنقضى
حتماً بالتبعية لإنقضاء الالتزام الأصلي. ولا يستطيع الدائن أن يستبقى الكفالة
بعد إبرائه للمدين الأصلي من الالتزام المكفول.

لكن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء.
وتجوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته إذا كانوا غير متضامنين أو
مطالبة أي منهم بالدين بعد خصم حصة الكفيل الذي أبرئ إذا كان الكفلاء
متضامنين^(١).

وقد يبدو لأول وهلة أنه لا يمكن أن تنقضى الكفالة بالتقادم أو بمضي
المدة بصفة أصلية. حيث أن الغالب أن يسرى التقادم بالنسبة إلى الدين
الأصلي في الوقت الذي يسرى فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل. ولذلك ينقضى
الدينان بالتقادم في آن واحد. ومع ذلك فإن طبقاً للقواعد العامة في التقنين
المدنى المصرى، وذلك بخلاف التقنين المدنى الفرنسى (م ٢٢٥٠)، أنه من
المتصور أن ينقضى التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك
على بقاء الالتزام المكفول، وهذا يحدث إذا ما انقطع التقادم بالنسبة للمدين
الأصلي دون أن ينقطع بالنسبة للكفيل، ففى هذه الحالة فإن التزام الكفيل
الذى استمر سريان التقادم بالنسبة إليه، ينقضى بتمام مدة التقادم، فى الوقت
الذى يبقى فيه الالتزام الأصلى قائماً لأن التقادم بالنسبة إليه قد انقطع.

ومما يؤكد وجهة النظر هذه أن التقنين المدنى الفرنسى نص صراحة
فى المادة ٢٢٥٠، على أن قطع التقادم بالنسبة للمدين الأصلى، يقطع التقادم
بالنسبة للكفيل. بينما لم يرد مثل هذا النص فى القانون المدنى القديم ولا فى
التقنين المدنى الحالى. مما يدل على أن المشرع ترك الأمر للقواعد العامة.
وحيث أن التزام الكفيل، رغم تبعيته للالتزام الأصلى، له مقوماته الذاتية،
ولذلك يمكن أن ينقضى مستقلاً عن الالتزام الأصلى بكل سبب يمس فى
ذاته. وقد جاء أيضاً فى التقنين المدنى فى المادة ٢٩٢ بأنه:

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٩٧ ص ٢٣٧.

١ - «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين» .

٢ - «إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين» .

هذا يدل على أن سياسة المشرع فى صدد تعدد المدينين واتخاذ إجراءات شأنها أن تقطع التقادم بالنسبة لبعضهم، ألا تسرى فى مواجهة البعض الآخر. فإن تطبيق نفس الحكم فى الكفالة يكون من باب أولى، وبذلك يمكن القول فإن قطع التقادم أو وقف سريان مدته فى مواجهة المدين لا يقطعه أو يوقف سريانه مدته فى مواجهة الكفيل، ولو كان متضامناً، ويترتب على ذلك أن التزام الكفيل قد ينقضى بالتقادم مع بقاء الالتزام الأسمى قائماً^(١).

ولكن إذا تقادم الدين المكفول الأسمى دون أن يتقادم الكفيل، كأن تتخذ إجراءات من شأنها قطع التقادم فى مواجهة الكفيل فقط، فإنها لا تسرى فى مواجهة المدين، حتى ولو اشترط التضامن بينهما، فإن التزام الكفيل ينقضى على ذلك، لا بصفة أصلية، ولكن بصفة تبعية لإنقضاء الالتزام الأسمى بالتقادم. وحيث أن التزام الكفيل لا يمكن أن يقوم دون أن يركز إلى التزام أسمى يقوم على ضمان الوفاء به^(٢).

المطلب الثانى

أوجه الإنقضاء الخاصة بالكفالة

قد سبق أن رأينا أن طبيعة التزام الكفيل فرصت على المشرع أن يقرر له نوعاً من الحماية الخاصة به. فإذا كان المشرع قد حرم الكفيل - فى القانون الحالى - من الرجوع على المدين إلا إذا قام بالوفاء بالدين فعلاً، فلا أقل من أن يحميه من تقصير أو إهمال الدائن. وقد قرر المشرع جزاءً مناسباً لتقصير

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ٢٣٠ - السنهاورى، المرجع السابق، فقرة ٩٨ ص ٢٣٨.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٤ ص ٢٣٠.

المدين أو إهماله . وهو براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من نتيجة هذا الإهمال أو هذا التقصير . وقد قرر المشرع ثلاث أسباب خاصة تنقضى بها الكفالة دون أن ينقضى الالتزام الأصلي .

١ - براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات (م ٧٨٤ مدنى) .

٢ - براءة ذمة الكفيل لتأخير الدائن فى اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م ٧٨٥ مدنى) .

٣ - براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن فى تغطية المدين (م ٧٨٦ مدنى) .
ونبحث هذه الأسباب على التوالى:

أولاً : براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات:

فإذا كان هناك تأمينات أخرى تضمن الدين بجانب الكفالة ، وقام الدائن بخطئه بإضاعة هذه التأمينات أو بعضها ، ترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة هذا الخطأ . وقد نصت المادة ٧٨٤ مدنى على ذلك بقولها:

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 مقرر بحكم القانون » .

ولدراسة هذا الوجه من الأوجه الخاصة لإنقضاء الكفالة ، فإننا نعرض أولاً للكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم ، ثم الأساس القانونى لهذا السبب من أسباب الإنقضاء الخاصة ، ثالثاً ندرس الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل ، وفى النهاية ندرس أثر إضاعة التأمينات .

(أ) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم »

من البديهي أن هذا الحق قاصر على الكفيل فقط ، بحيث أن المدين

المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بإضاعة التأمينات طبقاً لحكم المادة ٧٨٤ مدنى. لأنه يلتزم التزاماً أصلياً بالدين كله. وحيث أنه فى التضامن تتعدد الروابط بتعدد المدينين، وبذلك تكون الرابطة بالدائن مستقلة عن الرابطة التى تربط المدينين المتضامنين بنفس الدائن. وكذلك لا يجوز لحائز العقار أن يتمسك بإضاعة التأمينات لأنه ليس كفيلًا، ولأنه لا يصح - كقاعدة عامة - أن تكون له من الحقوق أكثر ممن تلقى الحق عنه، وهو المدين^(١).

نخلص مما سبق أن الكفيل وحده هو الذى يستطيع أن يتمسك بحكم المادة ٧٨٤ مدنى. ويكون لأى كفيل هذا الحق، سواء كان كفيلًا عادياً أو كفيلًا متضامناً، وسواء كان كفيلًا شخصياً أو كفيلًا عينياً^(٢).

كما يستطيع أن يتمسك بهذا الحق الكفيل الذى نزل عن الدفع بالتجريد^(٣).

(ب) الأساس القانوني لإنقضاء الكفالة بإضاعة التأمينات:

حيث أن الكفيل يغرم بالوفاء بالتزام غيره، فإنه يستطيع، كما سبق أن رأينا، أن يحل محل الدائن فى حقوقه قبل المدين. وفى هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يستفيد بما لهذا الدين من ضمانات مقررّة للدائن، لأنه يحل محله فى هذا الحق، بما له من خصائص، وبما يلحقه من توابغ وما يضمنه من

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص ٢٢٣، وبصفة خاصة هامش ١ و ٢ - السلهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٤٢ و ٢٤٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص ٢٣٤ - السلهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٤٣ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠١ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٢ - سمير تناغور، المرجع السابق، فقرة ٣٦ ص ٩٠ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٦٠ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٥٨ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٤٨ ص ٢٣٤ - السلهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٤٢.

تأمينات . فإذا ما تسبب الدائن يخطئه أو بتقصيره في إضاعة التأمينات الضامنة للدين والتي كان من الممكن أن يستفيد منها الكفيل عند رجوعه على المدين بحلوله محل الدائن في حقه ، وبالتالي قد تسبب ذلك في ضرر للكفيل ، فإن أنسب جزاء للدائن - وفي نفس الوقت خير تعويض لهذا الضرر الذي لحق بالكفيل - هو تقرير براءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن يخطئه من تأمينات .

(ج) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل:

وحتى تبرأ ذمة الكفيل نتيجة لإضاعة التأمينات، يجب أن تتوافر عدة شروط . أولها: أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأميناً خاصاً، وثاني هذه الشروط : أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ أو تقصير من جانب الدائن، وثالثها: أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل . ونعرض لهذه الشروط على النحو التالي:

(١) يجب أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً،

قد نصت المادة ٢/٧٨٤ مدنى على ذلك صراحة بقولها بأنه:

..... ٢ - يقصد بالضمانات في هذا المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين..... . وعلى ذلك فإنه يجب أن يستبعد من نطاق تطبيق هذا النص، ما قد يترتب على عمل الدائن من إضعاف للضمان العام . فالأصل أنه لا يترتب على تباطؤ الدائن في اتخاذ الإجراءات براءة ذمة الكفيل حتى ولو أعسر المدين، حتى ولو كان ذلك نتيجة لعدم قيامه بها أصلاً . وقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة ١/٧٨٥ بقوله: «لا تبرأ ذمة الكفيل إذا منح الدائن المدين أجلاً جديداً ما لم يترتب على منح هذا الأجل إضاعة تأمين خاص، كسقوط الحق في الحبس نتيجة لمنح البائع أجلاً جديداً للمشتري للوفاء بالثمن . ولذلك تبرأ ذمة الكفيل نتيجة لسقوط الحق في الحبس الذي أضاعه الدائن بمنحه الأجل الجديد . وكذلك لا يترتب على عدم استعمال الدائن لحقه في الدعوى البرليصية للوصول إلى إبطال تصرف

المدين إضراراً به، براءة ذمة الكفيل لأنه ليس هنا أى إضاعة لتأمين خاص، ولكن هذا لا يمنع من أن الكفيل يستطيع مساءلة الدائن إذا صدرت منه هذه الأفعال عن خطأ وتسببت فى ضرر للكفيل وذلك طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية^(١).

ويستوى لتطبيق المادة ٢/٧٨٤ مدنى أن تكون التأمينات الخاصة، تأمينات عينية أم تأمينات شخصية، ويستوى أن يكون مصدر هذه التأمينات الاتفاق أم القانون أم القضاء. ولا يهم أيضاً أن يكون التأمين الذى ضاع ب خطأ الدائن موجوداً وقت إنعقاد الكفالة أو تقرر بعد ذلك. ولا فرق فى ذلك بين تأمين من المدين أو من الغير، كالكفيل العينى مثلاً.

ولكن يشترط لتطبيق هذه المادة أن يكون هناك تأمين خاص فعلاً وترتب على خطأ الدائن ضياعه. فلا يكفى أن يكون الدائن قد أهمل فى اكتساب تأمين خاص كان من الممكن الحصول عليه. ومثال ذلك عدم قيام المؤجر بالزام المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة تكفى للوفاء بدين الأجر لمدة سنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وذلك حتى يكون للمؤجر امتياز على هذه المنقولات (٢/٨٩٠ مدنى) فإن ذلك لا يعتبر من قبيل إضاعة التأمين الخاص الذى يدخل فى نطاق تطبيق هذه الحالة.

(٢) يجب أن تكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من جانب الدائن،

لكى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة إضاعة التأمينات فإنه يجب أن يحدث ذلك نتيجة خطأ أو تقصير من جانب الدائن. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/٧٨٤ بقولها: «تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات». وعلى ذلك فإنه إذا كانت إضاعة التأمينات ناشئة عن قوة قاهرة، أو عن فعل الغير، أو عن فعل المدين، أو عن فعل الكفيل نفسه، فإنه لا محل لقيام مسؤولية الدائن أصلاً، حيث أنه ليس هناك خطأ ينسب إليه. ويستوى لتطبيق المادة ٧٨٤ مدنى أن يكون خطأ الدائن فعل

(١) انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ ص ١٣٧.

إيجابى، بأن يبرىء أحد الكفلاء، أو يتنازل عن الرهن أو عن أولويته فى مرتبة الرهن، أو فعل سلبى، كما إذا أهمل فى قيد الرهن أو تجديده، أو أهمل فى استئناف حكم صادر بإلغاء الرهن أو لم يوقع المؤجر الحجز التحفظى على حاصلات العين المؤجرة وترتب على ذلك عدم إفادته من حق الإمتياز الذى يقرره عليها القانون لمصلحته^(١). ويستوى أن يكون الخطأ الذى أضرع التأمين الخاص خطأ شخصياً للدائن أو خطأ واقعاً من شخص مسئول عنه قانوناً، كوكيله أو تابعه^(٢).

وقد ثار خلاف فى حالة ما إذا كانت إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ مشترك من الدائن والكفيل. فيذهب غالبية الفقهاء إلى وجوب توزيع المسؤولية بينهما على قدر الخطأ الواقع من كل منهما، وبراءة ذمة الكفيل بقدر التقصير الواقع من الدائن^(٣).

بينما يرى بعض الفقهاء أن الخطأ المشترك بين الكفيل والدائن لا يترتب عليه براءة ذمة الكفيل ولو جزئياً، بل يظل ملزماً بكل الدين، لأنه لا يصح للكفيل أن يتأذى من خطأ قد ساهم فى وقوعه، أو على الأقل كان يمكنه اجتنابه^(٤).

ونحن لا يسعنا إلا أن نؤيد غالبية الفقهاء فيما ذهبوا إليه، حيث أن الأمر يتعلق بتحديد مسؤولية كل من الكفيل والدائن، فإنه يجب فى ذلك إعمال قواعد المسؤولية فى حالة الخطأ المشترك، التى تقضى بتوزيع الضرر بحسب

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٠ ص ١٤١ وهامش ٤ ص ٢٤٢ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٢.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٨ ص ٢٤.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٧ - سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٧٠ ص ٧٤ - أحمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٣٣ ص ٦٠ و ٦١ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ٥٩ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ١٤٦ و ١٤٧.

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥١ ص ٢٤٥ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٤٥ - سمير تناغر، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٩٤.

نسبة الخطأ، ما لم يستغرق أحد الخطأين الآخر، كما أن المادة ١/٧٨٤ مدنى صريحة تماماً فى ذلك حيث أنها تنص على أن ١٠- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضرعه الدائن بخطئه من الضمانات...، فقد حدد النص أن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا بالقدر الذى ضاع من التأمينات نتيجة خطأ الدائن، فإذا ما ترتب على خطأ الدائن ضياع جزئى لتأمين خاص فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بهذا القدر، ويجب تطبيق نفس الحكم فى حالة الخطأ المشترك مع الكفيل، فبقدر ما ترتب على خطأ الدائن يجب أن تبرأ به فقط ذمة الكفيل، ولا يستطيع أن تحمل الدائن أو الكفيل النتيجة الكاملة لهذا الخطأ المشترك، حيث أن ذلك يتنافى مع المبادئ العامة ومع العدالة، ويخل بالحماية التى قررها المشرع فى كل أحكام الكفالة، والتى تدعم جانب الكفيل.

(٣) يجب أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل،

وذلك لأن براءة الكفيل بقدر ما أضرعه الدائن بخطئه من تأمين خاص يعتبر نوعاً من أنواع التعويض مقرر لمصلحة الكفيل. فيجب لكى يكون هناك تعويض، أن يكون هناك ضرر من جراء الخطأ الذى ترتب عليه إضاعة التأمين الخاص. وعلى ذلك فإذا لم يكن هناك ضرر قد أصاب الكفيل من جراء إضاعة التأمين، فإن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته. فإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء ليحل محله كفيل آخر يماثله فى اليسار، فإن ذلك لا يعد إضاعة لتأمين خاص، وكذلك لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما نزل الدائن عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث أنه لا يفيد أصلاً فى استيفاء حقه، لأنه لا يصيب الكفيل أى ضرر من جراء ذلك.

ويجب على الكفيل أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من فعل الدائن، ويثبت أيضاً أن هذا الضرر الذى لحقه ضرراً محققاً وليس مجرد ضرر محتمل^(١).

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٨.

لا يشترط أن يترتب على ضياع التأمين الخاص بخطأ الدائن إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته. لكن مجرد إضاعة تأمين خاص ذي قيمة دون أن يستبدل به تأميناً آخر لا يقل عنه في قيمته، يبرئ ذمة الكفيل، دون اعتبار لما إذا كانت هناك تأمينات أخرى يستطيع الكفيل بواسطتها استيفاء ما «يدفعه عن المدين أم لا. لأن إضاعة التأمين الخاص يقلل على أى حال من فرصة الكفيل في استيفاء حقه. ولا يستطيع أن يدفع الدائن بيسار المدين أو بوجود تأمينات أخرى حتى يظل التزام الكفيل قائماً، لأنه لو صح ذلك فلماذا يخشى الدائن براءة ذمة الكفيل^(١).

(د) إضاعة التأمينات بخطأ الدائن؛

يترتب على توافر الشروط السابقة أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمين خاص^(٢). ويقع عبء الإثبات، طبقاً للقواعد العامة، على الكفيل، بأن يثبت أن إضاعة التأمين بخطأ الدائن قد تسبب له في ضرر، وإذا ادعى الدائن خلاف ذلك وقع عليه عبء الإثبات، كأن يثبت مثلاً أن التأمين الذى أضاعه عديم القيمة، كأن يكون رهناً مقررأ على مال مثقل برهون أخرى متقدمة عليه في المرتبة ومستغرقة لقيمته، أو أن الكفيل لم ينله ضرر، لأنه قد استبدل بالتأمين الذى أضاعه تأميناً آخر لا يقل عنه في قيمته^(٣).

ويجب على الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات، حيث أنه لا يقع بقوة القانون، لأن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام. وعلى ذلك يجوز للكفيل أن يتنازل عن حقه في التمسك بالحكم المقرر في المادة ٧٨٤ مدنى.

(١) فارن: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٧٨ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٧ ص ٥٩.

(٢) محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٥ - السنهورى، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٨.

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٣ ص ٢٤٧.

ويتمسك الكفيل عادة ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات عن طريق دفع يديه إذا طالبه الدائن بالوفاء. وهذا يعتبر دفعاً موضوعياً يمكن للكفيل أن يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لأن هذا الدفع لا يعتبر من النظام العام^(١).

وإذا كانت الصورة الغالبة هي أن الكفيل يدفع ببراءة ذمته لإضاعة التأمينات إذا ما طالبه الدائن بالوفاء، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الكفيل من القاضى، بدعوى يرفعها ضد الدائن، الحكم بتقرير براءة ذمته من الدين لإضاعة التأمينات^(٢).

ثانياً : براءة ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها :

وهذا أيضاً وسيلة من وسائل حماية الكفيل من تقصير الدائن أو إهماله. وقد جاء هذا الحكم في نص المادة ٧٨٥ حيث أنها تقرر أنه:

١ - « لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات 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، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً.

وهذا النص يتعرض للحالة التي يتباطأ فيها الدائن في اتخاذ إجراءات المطالبة بالدين بالرغم من حلول الأجل أو تأخره في اتخاذها. فقد قرر المشرع أن للكفيل حق في أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الإجراءات. فإن لم

(١) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٩ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٦ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٢٥٣ ص ٢٤٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٣ ص ٢٤٧ - السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٢٤٨ و ٢٤٩ - محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص ١٠٦ و ١٠٧ - سمير تناغو، المرجع السابق، فقرة ٣٨ ص ٩٦.

يتخذها في خلال ستة شهور من تاريخ هذا الإنذار، ولم يقدم المدين تأميناً كافياً للكفيل، تبرأ ذمة الكفيل من الكفالة. ولم يرد نص مماثل لذلك في التقنين المدني السابق ولا في القانون الفرنسي. وقد استمد المشرع هذا النص من مشروع القانون الفرنسي الإيطالي (م ٧٣٩) والقانون السويسري (م ٥٠٢)، والقانون البولوني (م ٦٣٧). ولبيان حكم هذا النص يجب أن نعرض أولاً : متى يجوز للكفيل إنذار الدائن، وثانياً : أثر هذا الإنذار.

(أ) متى يجوز للكفيل إنذار الدائن،

لم تبين المادة السالفة الذكر الوقت الذي يجوز فيه للكفيل إنذار الدائن بوجوب اتخاذ الإجراءات ضد المدين. ومع ذلك فطبقاً للقواعد العامة، لا يستطيع الدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين إلا بعد حلول أجل الدين المكفول. وعلى ذلك فإذا لم يتخذها الدائن في هذا الوقت. أو تأخر في اتخاذها بعد هذا الوقت، فإنه يحق للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ هذه الإجراءات في مواجهة المدين.

والعبرة بالأجل الأصلي للالتزام المكفول، أي الأجل المحدد لهذا الالتزام عند تقديم الكفيل لضمان الوفاء به، فإذا حل هذا الأجل، ومنح الدائن المدين أجل جديداً، فإن ذلك لا يسرى في مواجهة الكفيل، ولا يحول دون ثبوت حقه في إنذار الدائن باتخاذ الإجراءات، ما لم يكن قد ارتضى هذا الأجل الجديد، فعندئذ عليه أن ينتظر حتى يحل هذا الأجل الذي قبله. والحكمة من ذلك أنه لو جعلنا الأجل الجديد ملزم للكفيل بحيث لا يستطيع أن يقوم بإنذار الدائن إلا بعد حلوله، لترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يضرر بالكفيل، فكلما اقترب الأجل الأصلي منح الدائن المدين أجلاً جديداً، ويظل الكفيل هكذا معلقاً وملتزمًا بالكفالة لأجل غير مسمى، ما لم يسقط التزامه بالتقادم، ولفوتنا الغرض الذي قصده المشرع من حكم المادة ٧٨٥/٢.

(ب) أثر إنذار الكفيل للدائن،

فإذا إنذار الكفيل الدائن عند عدم إتخاذ الإجراءات عند حلول أجل الدين

المكفول أو تأخر في ذلك، فإنه يترتب على ذلك أن الدائن يصبح ملزماً باتخاذ هذه الإجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإنذار للدائن، فإن لم يفعل برئت ذمة الكفيل.

فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين، وسار في اتخاذها بعناية الرجل المعتاد، كان هذا كافياً، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليطالبه بالدين، أو مباشرة إجراءات التنفيذ إذا كان معه سنداً صالحاً للتنفيذ^(١).

وعلى ذلك فإذا لم يتخذ الدائن هذه الإجراءات في خلال المدة المحددة، فإنه يترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل، وتنقضي بذلك الكفالة بصفة أصلية دون أن يؤثر ذلك على وجود أو قيام الدين المكفول.

ويستطيع المدين أن يحول دون حدوث هذا الأثر، بأن يقدم للكفيل قبل إنقضاء الستة أشهر السابق ذكرها، ضماناً لاستيفاء ما قد يضطر إلى دفعه للدائن. وتقدير كفاية التأمين المقدم من المدين للكفيل من عدمه متروك لتقدير قاضي الموضوع، إذا ما لوزع في ذلك.

ويجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته نتيجة لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين خلال الستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له. حيث أنها لا تتم بقوة القانون، لأن حكم هذه المادة لا يتعلق بالنظام العام. ويكون تمسك الكفيل بحكم المادة ٧٨٥ مدني في صورة دفع أو في صورة دعوى يرفعها على الدائن كما هو الحال بالنسبة لإضاعة التأمينات.

ثالثاً : عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين،

وقد جاءت بهذا الحكم المادة ٧٨٦ مدني، حيث أنها تقرر أنه: «إذا أفلس المدين، وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ٢٥٠ - السنهاوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ٢٥٤.

الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن» .

والحكمة من أفراد نص خاص لهذه الحالة، هو أن عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين لا يعتبر في حكم إضاعته لتأمين خاص حتى ينطبق عليه المادة ٧٨٤ مدنى، كما أن الكفيل لا يستطيع أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات في خلال المدة المنصوص عليها في المادة ٧٨٥ مدنى، حيث أنه عند إفلاس المدين يمتنع على الدائن اتخاذ إجراءات فردية في مواجهته، لأن الإفلاس عبارة عن تصفية جماعية لأموال المدين المفلس. كما أن القواعد العامة في التقنين الحالى، وخلافاً للقانون المدنى السابق، لا تجيز للكفيل أن يتقدم في تفليسة المدين مادام أنه لم يوفى الدين المكفول. ولكن الدائن هو الذى يستطيع ذلك. ولذلك قد تدخل المشرع ليقرر أنه إذا لم يتدخل الدائن في التفليسة بالدين المكفول، فإنه يعتبر مقصراً وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره، وبالتالي يجب ألا نحمل الكفيل بهذا الخطأ، فلذلك تبرأ ذمة هذا الأخير بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن.

ويبين من ذلك أنه إذا لم يتقدم الدائن في تفليسة المدين، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة لأن الضرر الذى يلحق الكفيل يتحدد بذلك^(١).

ويجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الحق، إذ أنه لا تبرأ ذمته بقوة القانون. وتمسك الكفيل يكون في صورة دفع أو دعوى يرفعها ضد الدائن كما هو الحال بالنسبة للصورتين السابقتين.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ١٥٧ ص ٢٥١.

الفهرس

الصفحة

الموضوع

٥	مقدمة
٥	(١) ارتباط فكرة ضمان التنفيذ بتطور فكرة الالتزام ذاتها
١٠	(٢) الضمان العام وقصوره في حماية حق الدائن
١٠	(أولاً) خصائص ونطاق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه
١٠	(أ) جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه
	(ب) جميع الدائنين متساوون في الضمان العام إلا من كان له منهم
١٥	حق التقدم طبقاً للقانون
٢١	(ثانياً) الطبيعة القانونية لحق الضمان العام
٢١	(أ) حق الضمان العام وحق الدائنية
٢٢	(ب) الضمان العام والضمان الخاص
٢٥	(٣) الضمان الخاص بالمعنى الدقيق ودوره الائتماني والتأميني
٢٧	(أ) نوعاً هذا الضمان: التأمينات الشخصية والعينية
٢٩	(ب) أهمية الضمان الخاص
٣٠	(٤) خطة البحث

الكتاب الأول

التأمينات العينية

٣١	تمهيد
----	-------

الباب الأول

الرهن الرسمي

٣٥	تمهيد
٣٥	تعريف الرهن الرسمي
٣٦	خصائص الرهن الرسمي
٣٦	١- الرهن حق عيني
٣٧	٢- الرهن حق عيني تبعي

٣٧	٣- الرهن حق عيني تبعي لا يرد الا على العقار.....
٣٨	٤- الرهن حق عيني تبعي عقارى غير قابل للتجربة.....
٣٩	خطة البحث.....
٤١	الفصل الأول: إنشاء الرهن.....
٤١	تقديم وتقسيم.....
٤١	المبحث الأول: الشروط الموضوعية لانعقاد وصحة الرهن.....
٤١	المطلب الأول: الشروط العامة.....
٤١	أولاً: الرضا.....
٤١	(١) التعبير عن الارادة.....
٤٣	(٢) شروط صحة الارادة.....
٤٤	ثانياً: الأهلية.....
٤٤	(١) أهلية الراهن.....
٤٦	(٢) أهلية الدائن المرتهن.....
٤٦	المطلب الثاني: الشروط الخاصة.....
٤٦	أولاً: الدين المضمون.....
٤٧	(١) مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون.....
٤٨	(٢) الالتزامات التي يجوز ضمانها بالرهن.....
٤٨	(أ) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام القابل للإبطال.....
٤٩	(ب) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام الطبيعى.....
	(ج) حكم الرهن المقرر لضمان الالتزام الشرطى أو الاحتمالى أو.....
٥٠	المستقبل.....
٥١	ثانياً: الشيء المرهون.....
٥١	(أ) الشروط الواجب توافرها فى الشيء المرهون ذاته.....
٥٢	(١) يجب أن يكون الشيء المرهون عقارا.....
٥٣	(٢) يجب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى.....

٥٤	(٣) يجب أن يكون العقار موجوداً وقت الرهن
٥٥	(ب) شرط ملكية الراهن للعقار المرهون
٥٦	(١) رهن ملك الغير
٦٣	(٢) رهن المباني المقامة على أرض الغير
٦٤	(٣) رهن المالك تحت الشرط
٦٥	(٤) رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي
٦٨	(٥) الرهن الصادر من المالك الظاهر
٦٨	(أ) الرهن الصادر من مالك بسند صوري
٦٩	(ب) الرهن الصادر من الوارث الظاهر
٧٠	(٦) رهن العقار المملوك على الشيوع
٧٠	الفرض الأول: الرهن الصادر من جميع الشركاء
٧١	الفرض الثاني: الرهن الصادر من أحد الشركاء
٧١	(١) رهن الشريك لحصة شائعة
٧٤	(٢) رهن الشريك لجزء مفرز من العقار الشائع
٧٤	أ- قبل القسمة ب- بعد القسمة
٧٥	(٣) رهن الشريك لكل العقار الشائع
٧٥	(ج) مشتملات الرهن
٧٦	(١) العقارات بالتخصيص
٧٦	(٢) حقوق الارتفاق
٧٧	(٣) التحسينات والانشاءات
٧٧	(٤) الثمار والغراس
٨٠	المبحث الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن
٨٠	المطلب الأول: الرسمية شرط لانعقاد الرهن
٨٠	أولاً: مدي الرسمية وأثرها
٨١	(١) المقصود بالرسمية والجهة المختصة بإجرائها

٨٢	(٢) الحكمة من اشتراط الرسمية
٨٣	(٣) هل يلزم التعبير عن الرضا فى شكل رسمى
٨٤	(٤) أثر اشتراط الرسمية فى عقد الرهن
٨٤	(أ) اشتراط الرسمية فى التوكيل بالرهن
٨٥	(ب) اشتراط الرسمية فى الوعد بالرهن
٨٧	ثانياً: جزاء تخلف الرسمية:
٨٧	المطلب الثانى: مبدأ تخصيص الرهن
٨٧	أولاً: المقصود بمبدأ تخصيص الرهن والحكمة منه
٨٨	(أ) ظهور مبدأ تخصيص الرهن ومزاياه
٨٩	(ب) معنى وجهاً مبدأ تخصيص الرهن
٨٩	(١) تخصيص العقار المرهون
٩٠	(٢) تخصيص الدين المضمون بالرهن
٩١	ثانياً: جزاء عدم تخصيص الرهن
٩٣	الفصل الثانى: آثار الرهن الرسمى
٩٣	المبحث الأول: آثار الرهن فيما بين المتعاقدين
٩٣	المطلب الأول: آثار الرهن بالنسبة للراهن
٩٣	أولاً: التزامات الراهن:
٩٤	(١) التزام الراهن بضمان سلامة الرهن وجزاء الاخلال به
	(٢) التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف وتعلق حق الدائن بما يحل
٩٥	محل العقار المرهون
٩٨	ثانياً: مدى سلطات الراهن:
٩٨	المبدأ العام : احتفاظ الراهن بسلطاته كمالك مع بعض القيود
٩٨	(١) مدى سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون
١٠١	(٢) مدى سلطة الراهن فى الاستعمال والاستغلال
١٠٢	(أ) مدى نفاذ الايجار فى حق الدائن المرتهن

	(ب) مدى حق المدين الراهن في قبض أجرة العقار المرهون وحوالتها
١٠٤	مقدمة
١٠٦	المطلب الثاني: آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتتهن
	(١) التنفيذ على العقار المرهون وعلى أموال المدين الأخرى بمقتضى
١٠٦	الضمان العام
١٠٨	(٢) مركز الكفيل العيني
١٠٩	(٣) اتباع القواعد المقررة للتنفيذ في قانون المرافعات
١١٠	(أ) بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء
	(ب) بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات أو شرط الطريق
١١١	الممهد
١١٣	المبحث الثاني: آثار الرهن فيما بين المرتتهن والغير
١١٣	الرهن الذى يتم قيده يعطى الدائن المرتتهن ميزتا التقدم والتتبع
١١٣	المطلب الأول: ميزة التقدم أو الأفضلية
١١٣	أولاً- نطاق الأفضلية: الحقوق التى يستوفىها الدائن بالتقدم على غيره
	ثانياً- وعاء الأفضلية: الأموال التى يستوفى الدائن المرتتهن حقوقه
١١٥	منها بالتقدم
١١٦	ثالثاً- مرتبة الدائن المرتتهن عند التزام
١١٦	(١) المبدأ العام: العبرة بالأسبقية فى القيد
١١٨	(٢) الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ
١٢٠	(٣) نزول الدائن المرتتهن عن مرتبة لدائن آخر
١٢٢	المطلب الثاني: ميزة التتبع
١٢٢	أولاً: نشأة الحق فى التتبع
١٢٢	(١) المقصود بالتتبع
١٢٣	(٢) حلول أجل الالتزام المضمون
١٢٣	(٣) من يعتبر حائزاً للعقار

الصفحة	الموضوع
١٢٧	ثانياً، كيفية مباشرة حق التتبع:-----
١٢٧	(١) اجراءات التتبع-----
١٢٨	(أ) التنبيه على المدين-----
١٢٨	(ب) انذار الحائز بالدفع أو التخلية-----
١٣٠	(ج) تسجيل التنبيه والانذار-----
١٣١	(د) اتخاذ اجراءات البيع ضد الحائز-----
١٣١	(٢) أثر مباشرة اجراءات التتبع فى مواجهة الحائز-----
١٣٣	ثالثاً، موقف الحائز من مباشرة حق التتبع-----
١٣٤	أ- دفع الحائز-----
١٣٤	الدفع المتعلقة بالرهن-----
١٣٤	الدفع المتعلقة بالدين المضمون-----
١٣٥	ب- مكناات أو خيارات الحائز-----
١٣٦	١- قضاء الديون-----
١٣٦	(١) متى يكون للحائز مصلحة فى قضاء الديون-----
١٣٧	(٢) متى يجبر الحائز على قضاء الديون-----
١٣٨	(٣) مايجب على الحائز دفعه لقضاء الدين اختياراً-----
١٣٨	(أ) الوقت الذى يجوز للحائز فيه قضاء الديون اختياراً-----
	(ب) أثر قضاء الديون اختياراً - رجوع الحائز على المدين وعلى-----
	المالك السابق للعقار المرهون وحلوله محل الدائن المرتهن فيما له
١٣٩	من حقوق-----
١٤٠	رجوع الحائز على المدين بالدعوى الشخصية-----
١٤٠	رجوع الحائز بدعوى الحلول محل الدائن-----
١٤٢	رجوع الحائز على المالك السابق-----
١٤٢	٢- تطهير العقار-----
١٤٢	(أ) تعريف وتقدير نظام التطهير-----

١٤٢	(١) المقصود بالتطهير
١٤٣	(٢) مزايا وعيوب التطهير
١٤٤	(٣) مقارنة بين تطهير العقار وقضاء الديون
١٤٤	(ب) أحكام التطهير
١٤٥	(أولاً): من له الحق في التطهير
١٤٨	(ثانياً) إجراءات التطهير - عرض التطهير وآثاره
١٤٨	(١) الوقت الذي يجوز فيه طلب التطهير
١٤٨	(٢) كيف يتم التطهير
١٤٨	(أ) العرض
١٤٩	(ب) البيانات الواجب أن يشتمل عليها الاعلان وجزاء تخلفها
١٥٣	(ج) أثر العرض
١٥٦	(ثالثاً) آثار التطهير ومصروفاته
١٥٧	٣- تخلية العقار المرهون
١٥٧	(أ) المقصود بالتخلية وأهميتها
١٥٨	(ب) أحكام التخلية
١٥٨	(أولاً) من يجوز له التخلية
١٥٩	(ثانياً) إجراءات التخلية
١٥٩	(١) الوقت الذي يجوز فيه التخلية
١٦٠	(٢) كيف تتم التخلية
١٦٠	(ثالثاً) أثر التخلية
١٦١	٤- تحمل إجراءات نزع الملكية
١٦٢	(أ) رسو المزاد على الحائز
١٦٣	(ب) رسو المزاد على غير الحائز
١٦٥	(أولاً) مدى التطهير، أى الحقوق التى يطهر منها العقار
١٦٦	(ثانياً) شروط تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية المقيدة

- ١٦٧ ----- (ج) علاقات الحائز بعد رسو المزاد مع غيره
- ١٦٧ ----- (١) علاقة الحائز بالدائنين المرتهنيين
- ١٦٩ ----- (٢) علاقة الحائز بالمالك السابق
- ١٧٠ ----- (٣) علاقة الحائز بالمدين
- ١٧٠ ----- (٤) علاقة الحائز بغيره من الحائزين
- ١٧١ ----- (٥) العلاقة بين الحائز والكفيل
- ١٧٣ ----- الفصل الثالث: انقضاء الرهن الرسمي
- ١٧٣ ----- أولاً- انقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون
- ١٧٤ ----- ثانياً - انقضاء الرهن بصفة أصلية
- ١٧٤ ----- (١) النزول عن الرهن
- ١٧٤ ----- (٢) انقضاء الرهن باتحاد الذمة
- ١٧٥ ----- (٣) ملك العقار أو زوال الحق المرهون
- ١٧٦ ----- (٤) تطهير العقار
- ١٧٦ ----- (٥) انقضاء الرهن بالبيع الجبري
- ١٧٦ ----- (٦) هل ينقضي الرهن بالتقادم؟

الباب الثاني

حق الاختصاص

- ١٧٩ ----- تعريف
- ١٧٩ ----- تقدير نظام الاختصاص
- ١٨٠ ----- خطة البحث
- ١٨١ ----- الفصل الأول: انشاء حق الاختصاص
- ١٨١ ----- المبحث الأول: شروط الحصول على حق الاختصاص
- ١٨١ ----- أولاً- الشروط الخاصة بالحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه
- ١٨١ ----- (١) يجب أن يكون حكماً قضائية
- ١٨٣ ----- (٢) يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ

	(٣) يجب أن يكون الحكم صادرا فى موضوع الدعوى ملزما
١٨٣	للمدين بأداء شىء معين
١٨٤	ثانيا - الأموال التى يتقرر عليها حق الاختصاص
١٨٦	ثالثا- يجب أن يكون الدائن المحكوم له حسن النية
١٨٧	رابعا- الوقت الذى يجوز فيه أخذ الاختصاص
١٨٨	المبحث الثانى: اجراءات تقرير حق الاختصاص
١٨٨	أولا- الاجراءات الواجبة الاتباع والجهة المختصة
١٨٩	(١) تقديم طلب الاختصاص وبياناته
١٨٩	(٢) القاضى المختص وسلطانه
١٩٠	(٣) اعلان الأمر للمدين والتأشيرية على صورة الحكم
١٩١	ثانيا - التظلم من الأمر الصادر بالاختصاص
١٩٣	الفصل الثانى: آثار حق الاختصاص، وانقاصه وانقضائه:
١٩٣	أولا - آثار الاختصاص الذى تم قيده هى آثار الرهن الرسمى
١٩٤	ثانيا - انقاص حق اختصاص
١٩٥	ثالثا - انقضاء حق الاختصاص

الباب الثالث

الرهن الحيازى

١٩٧	تمهيد:
١٩٧	تعريف الرهن الحيازى
١٩٨	خطة البحث
١٩٩	الفصل الأول: انشاء الرهن الحيازى
١٩٩	تقديم وتقسيم
١٩٩	المبحث الأول: الشروط العامة
١٩٩	المطلب الأول: الرضا
١٩٩	أولا - التعبير عن الارادة

الصفحة	الموضوع
٢٠٠	ثانيا - شروط صحة الارادة -----
٢٠٠	المطلب الثاني : الأهلية -----
٢٠٠	أولا - أهلية الراهن -----
٢٠١	ثانيا- أهلية الدائن المرتهن -----
٢٠٢	المبحث الثاني : الشروط الخاصة -----
٢٠٢	المطلب الأول : الالتزام المضمون -----
٢٠٢	احالة على الرهن الرسمي -----
٢٠٢	المطلب الثاني : المال المرهون -----
٢٠٢	(١) الرهن الحيازي يرد على عقار كما يرد على منقول -----
٢٠٣	(٢) مايشترط في الشيء المرهون -----
٢٠٣	(أ) يجب أن يكون الشيء المرهون معينا -----
	(ب) يجب أن يكون الشيء المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه -----
٢٠٤	بالمزاد العلني -----
٢٠٤	(ج) يجب أن يكون الشيء المرهون موجودا وقت الرهن -----
٢٠٥	(د) يجب أن يكون الشيء المرهون مملوكا للراهن -----
٢٠٥	(١) رهن ملك الغير -----
٢٠٧	(٢) رهن المالك تحت شرط -----
٢٠٧	(٣) رهن المبانى المقامة على أرض الغير -----
٢٠٨	(٤) رهن المالك الذى زالت ملكيته بأثر رجعى -----
٢٠٨	(٥) رهن المالك الظاهر -----
٢٠٨	(٦) رهن المالك على الشيوع -----
٢١١	الفصل الثاني : سريان الرهن في مواجهة الغير -----
٢١١	تقديم وتقسيم -----
٢١٢	المبحث الأول : الشرط المشترك - الحيازة -----
٢١٢	(أولا) - الحكمة من شرط انتقال الحيازة -----

٢١٣	(ثانيا) لمن تنتقل الحيازة
٢١٣	(ثالثا) الشروط الواجب توافرها في الحيازة
	(رابعا) نفاذ الرهن العقاري بالرغم من تأجير العقار المرهون
٢١٥	للراهن
٢١٦	المبحث الثاني : الشروط الخاصة بأنواع الرهون المتعددة
٢١٦	تمهيد
٢١٦	(أولا) اشتراط القيد لسريان رهن العقار في حق الغير
	(ثانيا) اشتراط محرر ذى تاريخ ثابت متضمن تخصيص الدين
٢١٧	والمرهون لنفاذ رهن المنقول المادى في حق الغير
٢١٨	(ثالثا) نفاذ رهن الدين في مواجهة الغير
٢٢١	الفصل الثالث - آثار الرهن الحيازي
٢٢١	المبحث الثاني : آثار الرهن الحيازي بين المتعاقدين
٢٢١	المطلب الأول : التزامات الراهن وحقوقه
٢٢١	أولا - التزامات الراهن
٢٢١	(١) التزام الراهن باعطاء الرهن
٢٢٢	(٢) التزام الراهن بتسليم المال المرهون
٢٢٤	(٣) الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه
٢٢٥	(٤) الالتزام بضمان هلاك الشيء المرهون أو تلفه
٢٢٦	ثانيا - حقوق الراهن على الشيء
٢٢٦	(١) ملكية الراهن للمال المرهون
٢٢٧	(٢) حيازة المال المرهون
٢٢٧	المطلب الثاني : التزامات المرتهن وحقوقه
٢٢٧	أولا - التزامات المرتهن
٢٢٨	(أ) الالتزام بحفظ الشيء وصيانته
٢٣٠	(ب) الالتزام بإدارة الشيء واستثماره

٢٣٠	(١) الالتزام المرتهن بإدارة الشيء المرهون
٢٣٢	(٢) التزام المرتهن باستثماره الشيء المرهون
٢٣٣	المقاصة بين غلة المرهون والفوائد
٢٣٥	الاستثمار والخصم في حالة رهن الديون
٢٣٦	صفة الدائن المرتهن في استثمار المرهون
٢٣٨	(ج) الالتزام برد الشيء المرهون
٢٣٩	ثانيا - حقوق المرتهن
٢٣٩	(١) التنفيذ على أموال الراهن والشيء المرهون
٢٤٠	(٢) حكم خاص برهن المنقول
٢٤١	(٣) حصول الدائن المرتهن على حقه من الدين المرهون
٢٤٢	المبحث الثاني : آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير
٢٤٢	أولا - حق الحبس
٢٤٥	ثانيا - حق التقدم
٢٤٥	(١) المبالغ التي يضمنها الرهن الحيازي
٢٤٦	(٢) مرتبة الدائن المرتهن رهن حيازة عند التزام
٢٤٦	ثالثا - حق التتبع
٢٤٧	الفصل الرابع - انقضاء الرهن الحيازي
٢٤٧	أولا - انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية
٢٤٧	ثانيا - انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية
٢٤٨	(١) النزول عن الرهن
٢٤٩	(٢) اتحاد الذمة
	(٣) انقضاء الرهن الحيازي لهلاك الشيء أو انقضاء الحق
٢٤٩	المرهون
٢٤٩	(٤) التطهير
٢٥٠	(٥) أثر البيع الجبرى

الباب الرابع

حقوق الامتياز

٢٥١	الفصل الأول، الأحكام العامة
٢٥١	أولا - تعريف الامتياز
٢٥٢	ثانيا - تقسيم حقوق الامتياز
٢٥٣	(١) حقوق الامتياز العامة
٢٥٣	(٢) حقوق الامتياز الخاصة
٢٥٤	ثالثا - آثار حقوق الامتياز
٢٥٤	(١) شهر حقوق الامتياز
٢٥٥	(٢) حق التقدم
٢٥٦	(٣) حق التتبع
٢٥٧	رابعا - انقضاء حق الامتياز
٢٥٩	الفصل الثاني، أنواع الحقوق الممتازة
٢٥٩	المبحث الأول - حقوق الامتياز العامة والخاصة على منقول
٢٥٩	أولا - امتياز المصروفات القضائية
٢٦٠	ثانيا - امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة
٢٦١	ثالثا - امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه
٢٦٢	رابعا - امتياز الاجر وثمان المأكل والملبس والنفقة
	خامسا - امتياز نفقات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات
٢٦٤	الزراعة
٢٦٥	سادسا - امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق
٢٦٥	١ - امتياز مؤجر العقار
٢٦٧	٢ - امتياز صاحب الفندق
٢٦٨	سابعا - امتياز بائع المنقول وامتياز المتقاسم فيه

الصفحة	الموضوع
٢٦٨	١ - امتياز بائع المنقول
٢٦٩	٢ - امتياز المتقاسم في المنقول
٢٦٩	المبحث الثاني - حقوق الامتياز العقارية الخاصة
٢٧٠	أولاً - امتياز بائع العقار
٢٧٠	ثانياً - امتياز المقاول والمهندس المعماري
٢٧١	ثالثاً - امتياز في العقار
٢٧٥	الكتاب الثاني
	التأمينات الشخصية
٢٧٥	تمهيد : أنواع التأمينات الشخصية وتحديد نطاق الدراسة
٢٧٦	خطة البحث
٢٧٧	باب واحد
	الكفالة
٢٧٩	فصل تمهيدي، نظرة أولية علي الكفالة
٢٧٩	المبحث الأول : التطور التاريخي للكفالة
٢٨٢	المبحث الثاني : تعريف الكفالة وخصائصها
٢٨٢	أولاً : تعريف الكفالة
٢٨٤	ثانياً : خصائص الكفالة
٢٨٤	١ - الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي
٢٨٤	٢ - عقد الكفالة عقد رضائي
٢٨٧	٣ - الكفالة عقد تابع
٢٩٠	٤ - عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد
٢٩٥	٥ - الكفالة عقد من عقود التبرع
	المبحث الثالث : تمييز الكفالة عن غيرها من العقود والأنظمة التي
٢٩٩	تشابهها
	المبحث الرابع : مصادر التزام المدين بتقديم كفيل والشروط
٣٠١	الواجب توافرها في الكفيل

الصفحة	الموضوع
٣٠١	أولاً : الكفالة الإتفاقية والقانونية والفضائية
٣٠٤	ثانياً : الشروط الواجب توافرها فى الكفيل
٣٠٧	المبحث الخامس: الكفالة والتأمينات العينية
٣٠٨	أولاً : الكفالة العينية - التعريف بها وأحكامها
	ثانياً : صور أخرى للتزواج بين الكفالة الشخصية والتأمينات
٣١١	العينية
٣١٢	خطة البحث
٣١٣	الفصل الأول: أركان عقد الكفالة وشروط صحته
٣١٣	تمهيد
٣١٣	(١) الكفالة عملية ثلاثية
٣١٤	(٢) طرفا عقد الكفالة: الدائن والكفيل دون المدين
٣١٤	المبحث الأول: الرضا
٣١٤	المطلب الأول: التعبير عن الإرادة
	(١) لا يشترط رضا المدين ولا علمه بل يجوز أن تتم الكفالة رغم
٣١٥	معارضته
٣١٦	(٢) هل يشترط أن يكون رضا الكفيل صريحاً؟
٣١٧	(٣) التوكيل بالكفالة
٣١٧	المطلب الثاني: شروط صحة الإرادة
٣١٨	(١) الأهلية
٣١٩	(٢) عيوب الرضا فى الكفالة
٣٢٢	المبحث الثاني: المحل
٣٢٢	المطلب الأول: الالتزام المكفول
٣٢٣	أولاً : مصدر الالتزام المكفول ومحلّه
٣٢٤	ثانياً : وجود الالتزام المكفول وصحته
٣٢٤	(١) وجود الالتزام الأصلى

الصفحة	الموضوع
٣٢٥	(أ) كفالة الالتزام المستقبلي
٣٢٧	(ب) كفالة الالتزام الشرطي
٣٢٨	(ج) كفالة الالتزام الطبيعي
٣٢٩	(٢) صحة الالتزام الأصلي
٣٢٩	(أ) حكم كفالة الالتزام الباطل
٣٣٠	(ب) حكم كفالة الالتزام القابل للإبطال
٣٣٢	(ج) الحكم الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية
٣٣٦	(١) تعيين الالتزام الأصلي أو قابليته للتعيين
٣٣٦	(أ) كفالة الالتزام غير المعين محله
٣٣٦	(ب) كفالة جزء من الالتزام الأصلي
٣٣٦	المطلب الثاني: نطاق التزام الكفيل
٣٣٧	أولاً: عقد الكفالة هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل
٣٣٧	(١) من حيث الموضوع : الكفالة المطلقة والكفالة المحددة
٣٣٩	(٢) من حيث الأشخاص: الكفالة لا تتعدى الشخص المكفول
٣٣٩	(٣) من حيث المدة: الكفالة لا تتجاوز الوقت المحدد لها
٣٣٩	(٤) من حيث الأوصاف: يمكن أن يلحق التزام الكفيل بجميع الأوصاف التي يخلعها عليه هذا العقد
٣٤٠	ثانياً: الالتزام الأصلي هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل
٣٤٠	(١) لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون منه
٣٤١	(٢) الكفيل يستفيد من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي دون أن يضار منه
٣٤٣	المبحث الثالث: السبب
٣٤٧	الفصل الثاني: إثبات الكفالة وتفسيرها
٣٤٧	تمهيد

الصفحة	الموضوع
٣٤٧	أولاً : الكتابة كشرط لإثبات الكفالة
٣٤٩	ثانياً : التفسير الضيق لعقد الكفالة
٣٥٣	الفصل الثالث: آثار الكفالة
٣٥٣	تمهيد
٣٥٣	المبحث الأول: العلاقة فيما بين الكفيل والدائن
٣٥٤	المطلب الأول: متى يحق للدائن الرجوع على الكفيل
٣٥٤	أولاً : حلول الأجل بالنسبة للكفيل
٣٥٥	ثانياً : الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً
٣٥٩	المطلب الثاني: الدفع بالتجريد
٣٥٩	تمهيد
٣٦٠	أولاً : نبذة تاريخية عن الدفع بالتجريد وأهميته
٣٦١	ثانياً : النظام القانوني للدفع
٣٦١	(١) نطاق الدفع بالتجريد من حيث الأشخاص
٣٦٢	(٢) شروط الدفع بالتجريد
٣٦٢	(أ) يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد
	(ب) يجب على الكفيل أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفي
٣٦٦	بالدين كله
٣٧٠	(٣) آثار الدفع بالتجريد
٣٧١	الأثر الأول: منع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين
	الأثر الثاني: يترتب على قبول الدفع بالتجريد مسئولية الدائن عن
	إعسار المدين نتيجة عدم إتخاذ إجراءات التنفيذ في
٣٧٢	الوقت المناسب
	الأثر الثالث: براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يتحصل عليها
	الدائن من حقه نتيجة تنفيذه على أموال الدين التي
٣٧٣	أرشده إليها الكفيل

	ثالثاً : صورة خاصة للدفع بالتجريد: الدفع بتجريد المدين من الأموال المحملة بتأمين عيني لضمان نفس الدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل	٣٧٣
	عرض لهذه الصورة	٣٧٣
	شروط التمسك بهذا الدفع	٣٧٤
	المطلب الثالث: الدفع بالتقسيم	٣٧٨
	صورة هذا الدفع	٣٧٨
	أولاً : شروط الدفع بالتقسيم	٣٧٩
	ثانياً : آثار الدفع بالتقسيم	٣٨٠
	المطلب الرابع: التزامات الدائن عند استيفائه الدين	٣٨١
	وضع المسألة	٣٨١
	أولاً : التزام الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع	٣٨١
	ثانياً : التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل	٣٨١
	المبحث الثاني: العلاقة فيما بين الكفيل والمدين	٣٨٢
	دعاوى رجوع الكفيل على المدين - الدعوى الشخصية، ودعوى الحلول	٣٨٢
	المطلب الأول: الدعوى الشخصية	٣٨٤
	نصوص قانونية	٣٨٤
	أولاً : الكفلاء الذين يحق لهم الرجوع بالدعوى الشخصية	٣٨٥
	ثانياً : الأساس القانوني لهذه الدعوى	٣٨٦
	ثالثاً : شروط الدعوى الشخصية	٣٨٨
	رابعاً : موضوع الدعوى الشخصية	٣٩١
	المطلب الثاني: دعوى الحلول	٣٩٤
	النصوص القانونية	٣٩٤

الصفحة	الموضوع
٣٩٥	أولاً : الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة الدعوى
٣٩٥	ثانياً : شروط دعوى الحلول
٣٩٧	ثالثاً : موضوع دعوى الحلول
٣٩٦	مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول
	(أ) فيما يتعلق بالكفلاء الذين لهم الحق فى الرجوع بكل من
٣٩٩	الدعويين
٣٩٩	(ب) فيما يتعلق بشروط كل من الدعويين
٤٠٠	(ج) بالنسبة لموضوع كل من الدعويين
٤٠١	المطلب الثالث : رجوع الكفيل وتعدد المدينين
٤٠١	وضع المسألة
٤٠١	أولاً : تعدد المدينين مع عدم تضامنهم
٤٠٢	ثانياً : تعدد المدينين وتضامنهم
٤٠٤	المبحث الثالث : العلاقة فيما بين الكفيل وغيره من الكفلاء
٤٠٤	تمهيد
٤٠٥	أولاً : تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم
٤٠٥	ثانياً : تعدد الكفلاء مع التزام كل منهم بالدين كله
٤٠٩	الفصل الرابع : إنقضاء الكفالة
٤٠٩	تمهيد
٤٠٩	المبحث الأول : إنقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الالتزام الأصلي
٤٠٩	تمهيد
٤١٠	المطلب الأول : إنقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء
٤١١	حدوده وشروطه
٤١٢	المطلب الثاني : إنقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء
٤١٢	تقديم
٤١٢	أولاً : الوفاء بمقابل

الصفحة	الموضوع
٤١٤	ثانياً : التجديد والإنابة
٤١٦	ثالثاً : المقاصة
٤١٦	رابعاً : اتحاد الذمة
٤١٧	المطلب الثالث: إنقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء
٤١٧	أولاً : الإبراء
٤١٨	ثانياً : استحالة التنفيذ
٤١٨	ثالثاً : التقادم
٤١٩	المبحث الثاني: إنقضاء الكفالة بصفة أصلية
٤١٩	تمهيد
	المطلب الأول: إنقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب
٤١٩	الإنقضاء العامة
٤٢٠	المبدأ
٤٢٠	الوفاء
٤٢١	التجديد
٤٢١	المقاصة
٤٢٢	اتحاد الذمة
٤٢٢	الإبراء
٤٢٣	التقادم
٤٢٣	المطلب الثاني: أوجه الإنقضاء الخاصة بالكفالة
٤٢٣	تمهيد
	أولاً : براءة ذمة الكفيل بعد ما أضعاه الدائن بخطئه من
٤٢٤	الضمانات
٤٢٤	(أ) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم
٤٢٥	(ب) الأساس القانوني لإنقضاء الكفالة بإضاعة التأمينات
٤٢٦	(ج) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل

- ٤٢٦ (١) يجب أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً
- (٢) يجب أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة
- ٤٢٧ خطأ من جانب الدائن
- (٣) يجب أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص
- ٤٢٩ بخطاء الدائن ضرر للكفيل
- ٤٣٠ (د) أثر إضاعة التأمينات بخطاء الدائن
- ثانياً : براءة ذمة الكفيل لعدم إتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة
- ٤٣١ المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة إتخاذها
- ٤٣٢ (أ) متى يجوز للكفيل إنذار الدائن
- ٤٣٢ (ب) أثر إنذار الكفيل للدائن
- ٤٣٣ ثالثاً : عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

القوانين العينية والشخصية

الوقت الوسيط - حق الإحصاء - الوقت الجائر - حق الأجير
الكفالة



2007

دار الجامعة الجديدة
٢٨ شارع سواري - الأزرق - ت ٩٩ - ٤٤٣٨