

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

الوجيز

في التأمينات العينية والشخصية

د/محمد أحمد المعداوي عبد ربه

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق - جامعة بنها

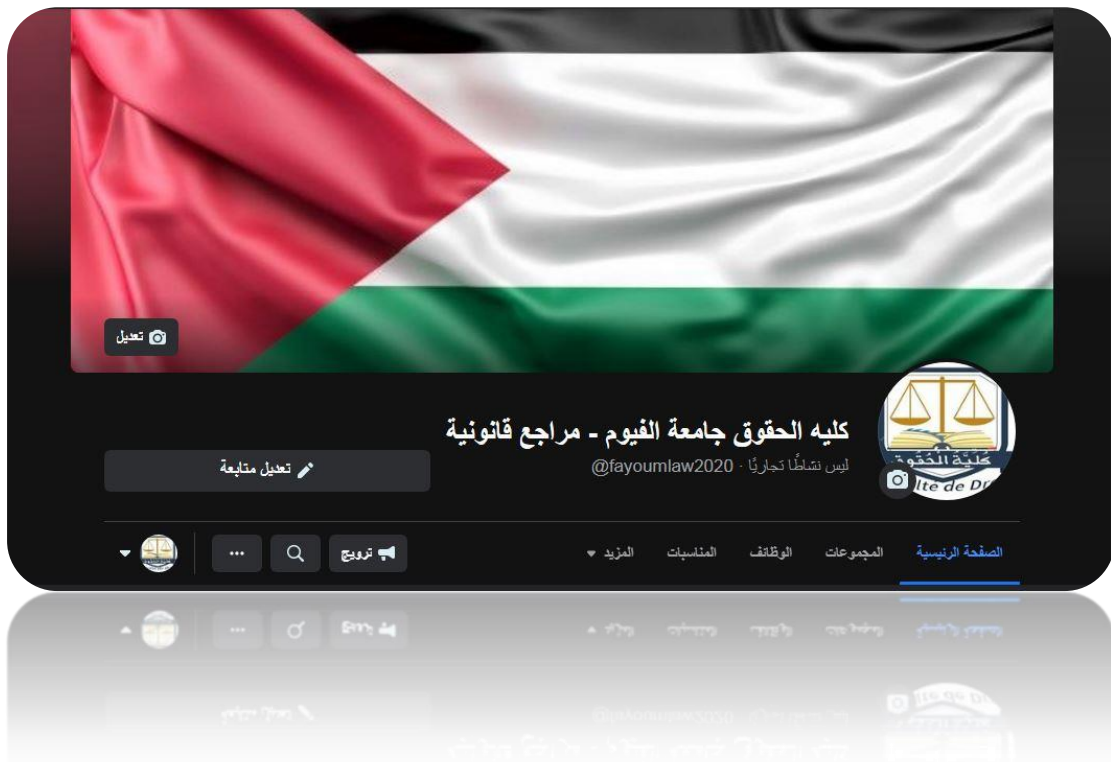
كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية



الصفحة الرسمية



Facebook: <https://www.facebook.com/fayoumlaw2020>





وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ
مَّقْبُوضَةٌ ۖ

الآية ٢٨٣ من سورة البقرة

وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا

الآية ٣٧ من سورة آل عمران

فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ
لَهُ نَاصِحُونَ

الآية ١٢ من سورة القصص

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمَ

..تمهيد..

مما لا شك فيه، أن التأمينات تقوم بدور هام في تشجيع الاستثمار والائتمان، وتحقيق التنمية والتقدم في شتى المجالات، فجميع مجالات الحياة قد وصلت لدرجات عالية من التقدم والتطور بفضل تلك القروض التي تقترضها من البنوك أو المؤسسات المالية، وهذه الأخيرة لا تقبل أن تقرضهم دون أن تحصل على تأمين بالمقابل ليضمن لها استيفاء حقها في الوقت المناسب، ونظراً للدور الذي تلعبه التأمينات في شتى المجالات عامة وفي المجال الاجتماعي والاقتصادي خاصة، بادرت جل التشريعات ولاسيما المشرع المصري إلى تنظيم أحكامها تنظيمًا دقيقاً.

يقصد بالتأمينات بمفهومها القانوني العام هي الوسائل أو الضمانات التي يمكن من خلالها أن يتفادى شخص خطراً معيناً سواء أكانت التأمينات التي يقوم الشخص بإرادته بإبرامها مثل التعاقد مع شركات التأمين أو التأمينات التي تكون نتيجة تنظيم قانوني معين مثل التأمينات الاجتماعية التي تهدف إلى توفير الحماية للأفراد من الأخطار الاجتماعية كالمرض والشيخوخة والبطالة والعجز، إلخ^(١).

(١) انظر: ا.د أحمد سلامة، التأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٥، ا.د حسام لطفى، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٥.

أما التأمينات بمفهومها القانوني الخاص فهي عبارة عن ضمانات تنفيذ الالتزام، فهذه الضمانات تقى الدائن من خطر تصرف المدين في أمواله المشمولة بالضمان بفضل ميزتي التتبع والنقد التي يتمتع بها الدائن في هذا النوع من التأمين.

مع الوضع في الاعتبار، أن العلاقة التي تقوم بين الدائن والمدين أساسها الثقة التي يضعها الدائن في مدينه، فالدائن الذي يقرض مدينه مبلغاً من المال أو يبيعه بضاعة بثمن مؤجل إنما يفعل ذلك على أساس الثقة بأن هذا المدين سوف يقوم بالوفاء بدین الدائن عند حلول آجله، بحيث إذا امتنع المدين عن الوفاء بالدين سواء بإرادته أو بدون^(١)، فإنه يحق للدائن استعمال هذه التأمينات من أجل ضمان تنفيذ الالتزام من جانب المدين.

وهكذا، يتبين أن أهمية التأمينات لا تنحصر فقط في ضمان حق الدائن في استيفاء دينه بل تتجاوز هذا الهدف إلى تعزيز الثقة بالمدين وما يترتب على ذلك من تشجيع الائتمان وتنشيط الاقتصاد القومي^(٢).

(١) مع الوضع في الاعتبار، أن تهرب المدينين من الوفاء سيؤدي مباشرة إلى اضطراب الأنشطة الاقتصادية وتصدع الثقة القائمة بين الدائن والمدين مما يدعم فكرة الحاجة إلى تقوية مركز الدائن الذي يمثل المحور المحرك للنشاط الاقتصادي أمام إفسار مدينه أي توقفه عن الدفع لعدم كفاية أمواله.

(٢) انظر: ا.د أحمد كمال أحمد صبرى، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب الجامعي، الإمارات، ٢٠١٧، ص ٢٠.

١- ماهية الضمان العام وفائدته:

يفترض أن يقوم المدين بوفاء حق الدائن اختياراً ، فإن امتنع عن ذلك أو تأخر كان للدائن أن يقتضي حقه جبراً عنه ، عن طريق التنفيذ الجبري على أموال المدين، فجميع أموال المدين ضامنة لحقوق دائنه.

وإستناداً لما سبق، تنص المادة ٢٣٤ من القانون المدنى المصرى على أنه "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون".

ومفاد هذا النص، أن الدائن يستطيع الحصول على حقه بالتنفيذ على جميع أموال المدين المكونة لذمته المالية؛ بحيث إذا لم يقوم بالوفاء بالتزاماته عند حلول أجلها، كان لدائنه بناء على فكرة الضمان أن ينفذ على هذه الأموال سواء الحاضرة أو المستقبلية منها.

٢- مخاطر الضمان العام:

يمكن أن يتهدد الدائن مخاطر من الضمان العام يمكن أن نذكرها على النحو التالى:

اولاً: أن الضمان لا ينصب على مال معين بالذات من أموال المدين بل يقع على جميع الأموال، بحيث يضار الدائن إذا هلك هذا المال أو نقصت قيمته.

ثانياً: عدم كفاية أموال المدين المكونة للضمان العام، للوفاء بجميع ديونه، والدائن هنا دائن عادى ليس له سوى حق الضمان العام، فيهدده خطر الاشتراك مع غير من الدائنين من خلال الخضوع لقسمة الغرماء.

٣- وسائل حماية الضمان العام:

من المتفق عليه، أن القانون يمنح الدائنين القيام ببعض الإجراءات التحفظية التي يستطيع من خلالها المحافظة على أموال الضمان العام. من بين هذه الوسائل الدعوى غير المباشرة وهي الدعوى التي يقوم برفعها الدائن على مدين مدينه للمطالبة بحقوق هذا الأخير إن هو تقاعس عن المطالبة بها.^(١)

وكذلك دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية) وهي الدعوى التي يرمي من خلالها الدائن إلى عدم نفاذ تصرفات المدين في حقه، إذا كان من شأن هذه الأعمال أن تنقص من الضمان العام للدائنين. وهناك أيضاً دعوى الصورية وهي الدعوى التي يقيمها الدائن للطعن في تصرفات مدينه التي قد تنطوي على خطر تهريب أمواله وذلك بإبرام عقود صورية.

٤- عدم كفاية وسائل المحافظة على الضمان العام^(٢):

لا مناص من القول، بأن الوسائل التي تقدم ذكرها - على الرغم من أهميتها - فإنها تبدو غير كافية لحماية الدائن من مخاطر الضمان العام ولا سيما

(١) وإذا كانت الدعوى غير المباشرة أعطاها القانون سلاحاً للدائن ضد إهمال المدين أو غشه، فهي سلاح غير كافٍ. إذ يجب على الدائن أن يستوفي شروطاً معينة لاستعمال هذه الدعوى، وما ينتج من الدعوى بعد ذلك يتساوى فيه جميع الدائنين ولا يستأثر به الدائن الذي باشر الدعوى، وقد لا يحصل هذا إلا على جزء من حقه.

(٢) فإذا كانت جميع أموال المدين تمثل ضماناً عاماً للدائن، وكان هذا منطقياً من الناحية القانونية، فإنه لا يكفي من الناحية الفعلية؛ لأن أموال المدين قد لا تقضي ديونه، فيضطر الدائن إلى الاقتصار على استيفاء جزء من حقه بل قد يضيع عليه حقه إذا تخلف لسبب أو لآخر عن التنفيذ على أموال مدينه.

فى حالة عدم توافر شروط الدعوى السالف ذكرها، كما أنها قد لا تقبل فى منع المدين من التصرف فى أمواله من أجل الإضرار بحقوق الدائن. ولا يفوتنا أن ننوه بأنه يعيب هذه الوسائل أنه يجب أن يكون الدائن متيقظاً لكل تصرفات مدينه التى من شأنها أن تؤثر على العناصر الإيجابية للذمة المالية للمدين.

واستناداً على ما سبق، فإنه يتبين لنا عدم فاعلية وسائل المحافظة على الضمان العام بالنظر لما قد يتهدهه الدائن من خطر إعسار مدينه، حيث ظهرت الحاجة إلى ضرورة وجود تأمينات أكثر فاعليه مثل التأمينات الخاصة التى تهدف إلى توفير حماية للدائن من خطر إعسار المدين أو غشه أو إهماله^(١).

خلاصة القول، أنه حتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه، يحسن به أن يحصل على تأمينات خاصة لحقه (sûretés)، فيأمن بها إعسار المدين، ويدراً عنه بها غشه أو إهماله، إذ أن هذه التأمينات الخاصة تكون عادة كافية للوفاء بحق الدائن كاملاً في ميعاد الاستحقاق.

٥- ظهور التأمينات الخاصة:

تهدف هذه التأمينات إلى توفير الطمأنينة للدائن إلى أنه سيكون فى مركز قانونى ممتاز يجعله فى مأمن من إعسار المدين أو مزاحمة الدائنين له عند استحقاق الوفاء بحلول أجله.

وتتقسم التأمينات الخاصة إلى نوعين هما: تأمينات شخصية Sûretés

Personnelle وتأمينات عينية Sûretés Réelles.

(١) انظر: أ.د أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ٢٢.

ويقصد بالتأمينات العينية هي تخصيص مال معين من جانب المدين للوفاء بحق الدائن عند حلول آجله، بحيث إذا تصرف المدين في هذا المال، فإن هذا المال يظل منقولاً بالتأمين حتى ولو انتقلت ملكيته إلى الغير؛ لأن الدائن يتمتع بميزة تتبع المال تحت يد المالك الجديد التي تخوله إمكانية التنفيذ على هذا المال لاستيفاء دينه من ثمنه، كما أن الدائن يتقدم عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

بينما يقصد بالتأمينات الشخصية التي تعتبر الكفالة هي الصورة المثلى لها هي ضم ذمة شخص يسمى الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بتنفيذ الالتزام أو هي إيجاد شخص آخر غير المدين يستطيع الدائن أن يطالبه بذات الدين، بحيث إذا لم يستطيع الدائن أن يحصل على حقه كاملاً من المدين كان له أن يرجع على الكفيل لكي يطالبه بالوفاء بالدين^(١).

ومثالها حيث يضم الكفيل الشخصى - وهو أصلاً ليس مديناً - ذمته المالية إلى الذمة المالية للمدين الأصلي، بحيث يلتزم الكفيل بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين الأصلي.

وقد كانت التأمينات الشخصية اسبق في الظهور من التأمينات العينية بالنظر إلى أن هذه الأخيرة تقوم على أساس العقار الذى كان يصعب الحصول عليه وتملكه فى المجتمعات البدائية بينما كان من السهل أن يبحث شخص عن شخص آخر داخل قبيلته أو أسرته لكي يضمن له الوفاء بالدين الذى يقع على عاتقه يساعدهم على ذلك قيام روابط الأسرة و التضامن فيما بين أفرادها فكان

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدى، التأمينات الشخصية والعينية، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.

النظام الاجتماعي للقبيلة السبيل المهيئ لهيمنة التأمينات الشخصية لما توفر من تضامن وتكافل.

كما أنه لا بد من التأكيد على أن التأمينات العينية أفضل من الشخصية لأن في الأولى يكون حق الدائن مضموناً بالأموال التي خصصت للوفاء بدينه، وهناك أنواع عديدة من التأمينات العينية التي تختلف بحسب مصدرها، فقد يكون مصدرها الاتفاق - كالرهن الرسمي والحيازى - وقد يكون مصدرها القانون كحق الامتياز أو مصدرها القضاء كحق الاختصاص.

وقد وردت التأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية في الكتاب الرابع من القسم الثاني من التقنين المدنى؛ حيث تناول المشرع في الباب الأول الرهن الرسمي من المواد من ١٠٣٠ حتى ١٠٨٠، بينما تناول المشرع في الباب الثاني حق الاختصاص من المواد ١٠٨٥ حتى ١٠٩٥، كما تناول المشرع في الباب الثالث الرهن الحيازى من المواد ١٠٩٦ حتى ١١٢٩، وأخيراً تناول المشرع في الباب الرابع حقوق الامتياز في المواد من ١١٣٠ حتى ١١٤٩.

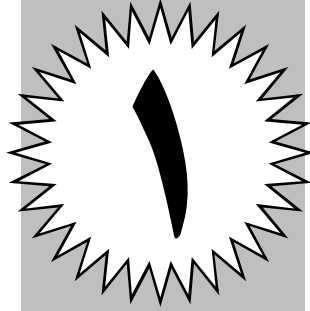
بينما وردت التأمينات الشخصية في القانون المدنى المصرى في المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١ في الباب الخامس من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة:

٦- تقسيم:

سوف نقسم دراسة التأمينات العينية إلى جزئين على النحو التالى:

الأول: التأمينات العينية؛ نتناول فيه الرهن الرسمي والرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

الثانى: التأمينات الشخصية؛ نتناول فيه عقد الكفالة.



الجزء الأول

التأمينات العينية

"الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق

الاختصاص، حق الامتياز"

الباب الأول الرهن الرسمي

وسوف نقسم دراستنا في هذا الباب إلى ثلاثة فصول على النحو

التالي:

الفصل الأول: إنشاء الرهن الرسمي

الفصل الثاني: آثار الرهن الرسمي

الفصل الثالث: انقضاء الرهن الرسمي

الباب الأول

الرهن الرسمي

قبل التطرق إلى عقد الرهن الرسمي في القانون المدني المصري كان
لزماً علينا الوقوف عند مفهومه وذكر الخصائص التي يتصف بها.
أولاً: تعريف الرهن الرسمي^(١):

حيث عرفت المادة ١٠٣٠ من القانون المدني المصري الرهن الرسمي
بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له

(١) يعرف **الرهن لغةً**: «إما الثبوت أو الدوام، يقال: ماء ارهن أي اركد وحالة راهنة: أي ثابتة، وإما الحبس أو اللزوم قال تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أي محبوسة. والظاهر أن الحبس بمعنى الدوام والثبوت، فأحد المعنيين تطور للمعنى الآخر والظاهر أن المعنى الأول هو الحبس لأنه المعنى المادي، وعلى كل حال فالمعنى التشريعي ذو صلة بالمعنى اللغوي، وقد يطلق الرهن لغة على الشيء المرهون وهو ما جعله وثيقة للدين، من باب تسمية المفعول بالمصدر». لمزيد من التفاصيل انظر: الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الشاملة للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، الطبعة الثالثة، دار الفكر بدمشق، سوريا، ١٩٨٩، ص ١٨٠.

أما الرهن شرعاً فهو حبس شيء بحق لاستيفاء منه، ويرى الفقهاء أن المرهون هو العقار باستثناء الحنفية الذين يرون أن المرهون شيء، والشيء يشمل كل من العين والدين، فهو عبارة عن موجود حساً كالأجسام، أو كلاماً كالأقوال بينما العين هي الأداة التي لها خير. لمزيد من التفاصيل انظر: الشخانة صهيب عبد الله بشير، الضمانات العينة الرهن ومدى مشروعية استثمارها في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، ص ٦٣ وما بعدها.

بمقتضاه، أن يتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون^(١). ونخلص من هذا النص، أن الرهن الرسمي^(٢) يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه، ويطلق أيضاً على هذا الحق العيني الذي تترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه. ولقد عرفه البعض الآخر بأنه "سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد رسمي على عقار معين تخوله أن يستوفى حقه من ثمن هذا العقار أو من أي مقابل نقدي له بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون"^(٣).

(١) وهو نفس المعنى الذي أشارت إليه المادة ٢١١٤ من القانون المدني الفرنسي بخصوص عقد الرهن الرسمي

Art 2114 c.c.f «L'hypothèque est un droit réel sur les immeuble affectés à l'acquittement d'une obligation, elle est de sa nature indivisibles et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles, elle les suit dans quelques mains qu'ils passent ».

(٢) بينما يعرفه الفقيه القانوني عبد الرزاق السنهوري بأنه "حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، ويتقرر ضماناً للوفاء بدين، وهذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار، متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ومتتبعا هذا العقار تحت يد من انتقلت له ملكيته". لمزيد من التفاصيل انظر: ا.د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة في الملكية، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة ١٩٥٢، ص ٢٧٠.

(٣) انظر: ا.د محمد أبيب شنب، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، ١٩٩٨ بند ٨، ص ٢٠؛ ا.د سليمان مرقس، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، ١٩٥١، بند ١٣، ص ١٧.

ويتضح من التعريفات السابقة أن الرهن الرسمي هو ضمان عيني يقدم بناء على عقد رسمي لصالح الدائن، وضماناً للوفاء بدينه، حقاً عينياً على عقار، دون حاجة لتخلي الراهن عن حيازة العقار المنقل بالضمان، وهو يمنح الدائن بعض السلطات على العقار المرهون، يستوفى بمقتضاها الدين من ثمنه؛ حيث يكون له سلطة التتبع أى أن يقوم باستيفاء حقه فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون، وكذلك سلطة التقدم بمقتضاه يتقدم الدائن على الدائنين العاديين، والدائنين المرتهنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار^(١).

والرهن الرسمي لا يترتب عليه انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن، فالراهن يظل محتفظاً بحيازة العقار المرهون رهناً رسمياً والانتفاع به كما يشاء، فيقبض غلته ويتصرف فيها، كما أن ملكية العقار باقية له ويستطيع التصرف فيه وترتيب حقوق عينية عليه؛ بشرط عدم الاضرار بحق الدائن المرتهن، الذى يكون له عند عدم الوفاء بالدين أن يتتبع العقار فى أى يد يكون وأن ينفذ عليه^(٢).

نستخلص مما سبق، أن الرهن الرسمي يوفق بين مصالح المدين الراهن والدائن المرتهن، رغم أنها متعارضة.

(١) انظر: ا.د محمد على إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، بند ١٣٤، ص ٢١٧.

(٢) انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٢١٨.

كما أنه يمنح الغير حماية في حالة تعامله مع الراهن في العقار المرهون، ويتحقق هذا التوفيق بين المصالح في كون أن العقار المرهون محل التأمين العيني يبقى في يد المدين الراهن إلى غاية حلول أجل الدين، إذ تبقى للراهن كافة سلطات المالك، وهذا ما يمكنه من التصرف فيه والإستفادة منه بشكل واسع بإدراته وإستغلاله. إذ يستطيع رهنه لدائنين آخرين أو بيعه لشخص آخر.

وقد وجه الفقه لتعريف الرهن الرسمي الوارد بنص المادة ١٠٣٠ من القانون المدني المصري الانتقادات التالية:

- فقد أهتم التعريف بعقد الرهن، مع أن الأمر الأكثر أهمية الذي ينبغي أن ينصرف إليه التعريف هو حق الرهن لا العقد، باعتبار أن الحق هو الغاية، وما العقد إلا وسيلة لنشوء الحق في الرهن^(١).
- فقد ذكر التعريف أن الرهن عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً؛ حيث توحى هذه الصياغة تخصيص العقار المرهون للوفاء بدين الدائن المرتهن ولا يضمن إلا هذا الدين دون غيره من ديون باقى الدائنين، وليس ذلك بصحيح، فالرهن لا يخرج المال المرهون عن ذمة الراهن، وبالتالي يظل داخلاً في دائرة الضمان العام لكل دائن، وكل ما في الأمر أنهم لن يستطيعوا أن يستوفوا حقوقهم من هذا العقار إلا بعد

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، الحقوق العينية التبعية، مطبعة الإسرائ، القاهرة، ص ١٧.

أن يستوفى الدائن المرتهن حقه منه، لأن له حق التقدم على غيره من الدائنين الذين يملكون التنفيذ على العقار المرهون^(١).

ثانياً: خصائص الرهن الرسمي:

يتميز الرهن الرسمي، بأنه حق عيني تبعي، يرد على عقار، وغير قابل للتجزئة، وسوف نتناول هذه الخصائص على النحو التالي.

(١) **الرهن الرسمي حق عيني:** إذ هو يمنح الدائن سلطة مباشرة على الشيء "العقار المرهون"، تمكنه من استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا الشيء؛ وهذه السلطة تتمثل في **حق التقدم** أي الحق في أن يستوفى دينه من ثمن بيع العقار المرهون مقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة؛ كما تتمثل أيضاً في **حق التتبع**، حيث يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون تحت أي يد ينتقل إليها هذا العقار^(٢). والحق العيني التبعي لا يخول للدائن بناء على الرهن الرسمي الاستئثار بشيء من منافع العقار المرهون، ولذلك فهو لا يعتبر جزءاً من حق الملكية، وإنما كل هدفه هو التقدم نحو المقابل النقدي للعقار المرهون، كما أن الحق العيني لا يحتاج به في مواجهة الغير إلا إذا تم شهره بطريق القيد طبقاً للأحكام المقررة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقاري^(٣).

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) انظر: ا.د علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية "حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية"، ط ٨، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٢٥٢.

(٣) انظر: ا.د محمد علي إمام، مرجع سابق، بند ١٣٩، ص ٢٢٧.

وعلى هذا الأساس، فإن سلطة الدائن المرتهن لا تنصب على العقار ذاته، لأن الراهن لا يرهن عقاره، وإنما يرهن حقاً على العقار^(١).

والرهن الرسمي يختلف بمضمونه كحق عيني تبعي عن حق الملكية كحق عيني أصلي وما يتفرع عنه من حقوق مثل الانتفاع والارتفاق؛ حيث أن الرهن يخول صاحبه السلطات ما يمكنه من استيفاء حقه بالأولوية من المقابل النقدي للعقار، وتختلف عما يخوله حق الملكية وما يتفرع عنه من سلطات تتضمن التصرف والاستعمال والاستغلال وهي لا تثبت للدائن المرتهن^(٢).

(٢) **الرهن الرسمي حق تبعي:** يعتبر حق الرهن الرسمي من الحقوق العينية التبعية، لأنه لا يوجد مستقلاً بذاته، وإنما يكون تابعاً للالتزام أصلي يضمن الوفاء به، مما يترتب عليه وجود رابطة تبعية بين الرهن والحق الذي أنشئ هذا الرهن لضمان الوفاء به^(٣).

فالرهن يدور وجوداً وعدمًا مع الالتزام المضمون^(٤)؛ وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة ١٠٤٢ من القانون المدني المصري على أنه

(١) انظر: ا. د محي الدين اسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري المقارن، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٤.

(٢) انظر: ا. د طلحة وهبة خطاب، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينية وشخصية، دار الثقافة الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٥٨؛ ا. د سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٧.

(٣) انظر: ا. د طلحة وهبة خطاب، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٤) انظر:

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, civil: sûretés publicité foncière, 7ème édition, Leçons de droit .Montchrestien édition, Paris, 1999, p 286

"لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى إنقضائه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(٣) **الرهن الرسمي حق عقارى:** فهو لا يرد إلا على العقارات، أما المنقولات فلا يجوز بحسب الأصل أن تكون محلاً للرهن الرسمي، لأن نظام الشهر الواجب اتباعه حتى ينفذ الرهن الرسمي فى حق الغير يصعب تطبيقه بالنسبة للمنقولات، فالرهن الرسمي يختلف بذلك عن الرهن الحيازي الذى يرد على كل من العقار والمنقول (١).

فحق الرهن يظل محتفظاً بصفته كحق عقارى؛ لأن المال الذى يخصص ضماناً لدين الدائن لا بد وأن يكون مالاً عقارياً (٢).

وينبنى على اعتبار الرهن الرسمي حقاً عقارياً، فإن الدائن المرتهن إذا أراد أن يتنازل عن الرهن نفسه أو عن مرتبته إلى الغير، وجب أن يكون لهذا الدائن المرتهن الأهلية اللازمة للتصرف فى العقار (٣).

على أنه إذا كان الأصل هو قصر الرهن الرسمي على العقارات دون المنقولات، إلا أن المشرع قرر استثناء من هذا الأصل، جواز رهن بعض

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢١؛ ا.د طلحة وهبة خطاب، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) انظر: ا.د أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٦٣.

(٣) انظر: ا.د رمضان أبو السعود، الحقوق العينية التبعية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٣١.

المنقولات رهناً رسمياً، فهذا ما فعله بصدد المحل التجاري "القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠" والسفينة " القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١"^(١).

(٤) **الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة:** بمعنى أن العقار المرهون ضامناً في جملته وفي كل جزء منه لوفاء الدين كله وكل جزء منه.

حيث تنص المادة ١٠٤١ من القانون المدني المصري على أن "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك". ويتبين من هذا النص أن عدم قابلية الرهن للتجزئة تتصرف إلى العقار المرهون وكذلك إلى الدين المضمون^(٢).

(أ) **عدم التجزئة بالنسبة للعقار المرهون:** فهي تعني أن كل جزء من العقار المرهون يضمن الوفاء بالدين بأكمله، فإذا تجزأ العقار المرهون على عدة أشخاص، فإن كل جزء من أجزاء العقار يكون ضامناً لأداء كل الدين ولا يقتصر على ضمان جزء من الدين يعادل قيمة الجزء الذي انتقل من العقار بالنسبة لمجموع العقار المرهون. فتجزئة العقار المرهون لا تؤدي إلى تجزئة الرهن.

(١) انظر: ا.د حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية، ٢٠٠٣، ص ٥٨.

(٢) انظر: د. محمد صبرى السعدى، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري "التأمينات العينية الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز"، ط١، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٢٢.

وكذلك انظر في الفقه الفرنسى:

Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Droit des sureté , 7édition de jurisclesseur, Paris. p 651-652

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا باع الراهن جزء من العقار المرهون، أو أحد العقارات المرهونة عند تعددها، فإن للدائن المرتهن أن ينفذ بكل حقه على الجزء من العقار الذي ظل على ملك الراهن، كما أن له أن ينفذ به على الجزء الذي انتقلت ملكيته إلى المشتري "الذي يطلق عليه هنا اصطلاح الحائز" ولا يستطيع أيهما أن يدفع تنفيذ الدائن المرتهن بكل دينه على الجزء من العقار المملوك له بدعوى أن هذا الجزء يضمن جزء من الدين فقط، وذلك لأن كل جزء من العقار المرهون^(١) يضمن الوفاء بكل الدين إعمالاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن^(٢).

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٢) حيث عبرت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري على: مبدأ عدم تجزئة الرهن أحسن تعبير، إذ نصت على أنه هناك نوعاً من الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون مبني على عدم التجزئة، فإن الرهن لا يتجزأ، ولهذه القاعدة معنيان فهي تعني أولاً أن أي جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين، فلو باع الراهن جزءاً من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة، كان للدائن المرتهن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع في يد الحائز ولا يقتصر على الجزء من الدين الذي يتناسب مع قيمة هذا العقار. وهي تعني ثانياً أن أي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون فلو أوفى المدين الجزء الأكبر من الدين، فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي، ولا يتخلص من الرهن بالنسبة ما وفى من الدين، على أن قاعدة عدم التجزئة ليست من النظام العام، فقد يتفق المتعاقدان على تجزئته في عقد الرهن أو بعد العقد، وقد يقضي تجزئته نص في القانون، كما هو الأمر في تطهير العقار من الرهن. لمزيد من التفاصيل انظر:

ا.د رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٩٨.

كذلك الحال، إذا تم رهن العقار من ماله على الشيوع ضماناً لدين عليهم جميعاً ثم حصلت قسمته بينهم، فإن كل جزء اختص به أحد المتقاسمين يبقى ضامناً لكل الدين ولكل جزء من أجزائه، ولا يلزم الدائن المرتهن بتقسيم دعوى الرهن على مالكي العقار^(١).

(ب) عدم تجزئة الرهن بالنسبة للدين المضمون: فهي تعني أن كل جزء من الدين يكون مضموناً بكل العقار المرهون، فإذا وفي المدين أكثر الدين، بقيت مع ذلك كل العقارات المرهونة ضامنة ما بقي منه^(٢).

وإذا توفي الدائن تاركاً أكثر من وارث استطاع كل واحد من هؤلاء الورثة أن ينفذ بحقه على كل العقار المرهون؛ لأن كل جزء من الدين يضمه العقار المرهون بأكمله^(٣).

كما أنه إذا مات المدين الراهن وورثة أربعة وكانت أنصبتهم متساوية وانتقل العقار المرهون إلى أحد الورثة، وطالما أن الرهن يظل يثقل كل أجزاء العقار المرهون، كان من حق الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار كله في مواجهة هذا الوارث، ثم يرجع هذا الوارث بعد ذلك على بقية الورثة بأنصبتهم في الدين^(٤).

(١) انظر: أ.د محمد على أمام، مرجع سابق، بند ١٣٩، ص ٢٢٩؛ أ.د حسام الاهواني، مرجع سابق، بند ٣٢، ص ٥٨.

(٢) انظر: أ.د سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ١٠.

(٣) انظر: أ.د محمد على إمام، مرجع سابق، ص ٢٣٠؛ أ.د حسام الاهواني، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٤) انظر: أ.د رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

نستخلص مما سبق، أننا لو أردنا أن نلخص خصائص الرهن الرسمي في جملة واحدة لقلنا أنه حق عيني تابع لدين يقع على عقار غير قابل للتجزئة ينشأ بمقتضى عقد الرهن الرسمي^(١).

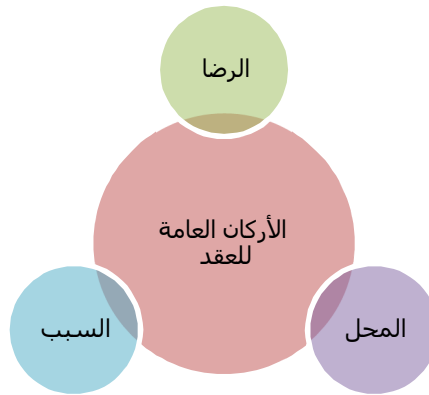
(١) انظر:

Jean paulbranland, droit du crédit, 4e édition, imprimerie, Quercy, France, 1997, p.1997.

الفصل الأول

إنشاء الرهن الرسمي

إن الرهن التأميني ينشأ بمقتضى عقد هو عقد الرهن التأميني، وهذا العقد يلزم أن يكون صحيحاً؛ وهو فى ذلك يخضع للقواعد العامة فى إبرام العقود من حيث ضرورة توافر الأركان العامة للعقد وهى الرضا والمحل والسبب مع ضرورة توافر شروط الصحة، وهى الأهلية وخلو الإرادة من العيوب وهذه هى الشروط الموضوعية لعقد الرهن ^(١).



وإذا كان الأصل فى العقود هو الرضائية إلا أن المشرع قد يتدخل فى بعض الأحيان ليشترط شكل معين لإنعقاد بعض العقود - كما هو عليه الحال بالنسبة للرهن الرسمي - فهو يعتبر من العقود الشكلية ^(٢).

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٥.

(٢) انظر: ا.د أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ١٦٣.

نستخلص مما سبق، أن عقد الرهن الرسمي هو عقد شكلي، والشكليه فيه هي الرسمية، والرسمية ركن فيه لا يقوم بدونها، فإذا ما تخلفت كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً^(١).

ومن هذا المنطلق، فإن سوف نتناول من خلال هذا الفصل نوعين من الشروط: الشروط الموضوعية لعقد الرهن الرسمي سواء كانت عامة أم خاصة وكذلك الشروط الشكلية لهذا العقد، وسوف نكرس لكل منهما مبحثاً مستقلاً.

(١) انظر: أ. د شوقي بنوسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الفرنسي والمصري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٨٢.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية لعقد الرهن الرسمي

من المتفق عليه، أن إنشاء الرهن الرسمي يرتبط بأركان موضوعية عامة يخضع فيها للقواعد العامة المعروفة في النظرية العامة للعقد، كما أنه يرتبط أيضاً بأركان موضوعية خاصة نص عليها المشرع المصري عند تنظيمه للرهن الرسمي.

وسوف نتناول الشروط الموضوعية العامة في المطلب الأول ثم نكرس المطلب الثاني إلى الشروط الموضوعية الخاصة.

المطلب الأول

الشروط الموضوعية العامة لعقد الرهن الرسمي

ندرس في هذا المطلب الشروط الموضوعية العامة اللازمة لانعقاد وصحة الرهن من حيث الرضا في الفرع الأول، ثم نتناول في الفرع الثاني الأهلية.

الفرع الأول

التراضى فى عقد الرهن الرسمي

يشترط فى التراضى أن يكون موجوداً وصحياً.

أولاً: وجود التراضى:

ويتحقق التراضى بمجرد أن يتبادل طرفا العقد التعبير عن إرادتين متطابقتين^(١)، بحيث يجب أن يصدر الرضا من أطراف عقد الرهن الرسمي وهما المدين الراهن والدائن المرتهن.

ويلزم حتى ينعقد عقد الرهن أن تتطابق الإرادتين بين طرفى العقد بأن يصدر الإيجاب من أحدهما يقابله قبول من الطرف الآخر حول المسائل الجوهرية للعقد وهى: العقار المرهون "طبيعته وموقعه" والدين المضمون "مصدره ومقداره".

(١) حيث تنص المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

مع الوضع في الاعتبار، أنه الغالب أن يكون الراهن هو المدين نفسه، ولكن ليس ثمة ما يمنع أن يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين يقوم برهن ماله ضماناً للوفاء بدين غيره ويسمى اصطلاحاً بالكفيل العيني^(١)، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١/١٠٣٢ من القانون المدني المصري من أنه "يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين، كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين".

وتجدر الإشارة، إلى أن الكفيل العيني يخضع لأحكام الكفالة والرهن معاً^(٢).

ثانياً: صحة التراضي:

لا يكفي التحقق من وجود التراضي في عقد الرهن الرسمي لكي يرتب أثره القانوني، بل يجب أن يكون هذا التراضي صحيحاً وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان خالياً من أي عيب من عيوب الرضا، كما أنه يلزم أن يكون صادراً من شخص ذي أهلية.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) انظر: ا.د سمير تناعو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية،

١٩٩١، ص ١٤١.

الفرع الثاني

الأهلية في عقد الرهن الرسمي

من المتفق عليه، أنه يجب أن يكون كل من المدين الراهن والدائن المرتهن أهلاً لمباشرة الرهن الرسمي^(١)، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٣٢ / ٢ من أنه "وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه".

أولاً: أهلية المدين الراهن:

يعتبر الرهن الرسمي بالنسبة إلى المدين الراهن عملاً من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر، لأن المدين يحصل مقابل الرهن على قرض أو مد أجل الدين بوجه عام ضماناً لالتزامه، وتحقق أهلية التصرف ببلوغ الشخص سن الرشد وأن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه لسفه أو غفلة أو حتى لإفلاسه، جاز لوليه إذا أراد رهن عقار القاصر أن يستأذن القاضي في ذلك.

أما إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين يرهن العقار الذي يملكه ضماناً للوفاء بدين على غيره، فإن الرهن الصادر منه يعتبر من الأعمال

(١) لمزيد من التفاصيل حول موضوع الأهلية في الفقه الفرنسي انظر:

SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, 2ème édition, Dalloz, Paris, 1995, p 279.

الضارة ضرراً محضاً، ولذلك يعد رهنه من قبيل التبرع، ويلزم حتى يكون تصرفه صحيحاً أن يكون بالغاً سن الرشد وإلا وقع رهنه باطلاً بطلاناً مطلقاً^(١).
ثانياً: أهلية الدائن المرتهن:

يعتبر الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، فلا يلزم أن يتوافر لديه أهلية التصرف بل يكفي توافر أهلية الاغتناء، طالما أنه بلغ سن الرشد غير محجور عليه أو حتى كان صغيراً مميزاً، حيث تكون التصرفات الصادرة منهما صحيحة وغير قابلة للإبطال.

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٨.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية الخاصة لعقد الرهن الرسمي

بالإضافة إلى القواعد العامة التي يجب مراعاتها عند انشاء الرهن، فقد خص المشرع الرهن الرسمي بقواعد موضوعية خاصة وهي المتعلقة بالشروط التي تحكم وجود وصحة الرهن والدين المضمون والعقار المرهون. وسوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الأول: الدين المضمون بالرهن ثم نتعرض إلى العقار المرهون في الفرع الثاني ثم نكرس الثالث إلى دراسة ملكية الراهن للعقار المرهون.

الفرع الأول

الدين المضمون بالرهن

يعتبر تحديد الدين المضمون من الشروط الموضوعية الخاصة لصحة الرهن، وينطبق عليه مبدأ تخصيص الرهن - كما هو عليه الحال بالنسبة للعقار المرهون - ويمكن تخصيص الدين بتحديد من حيث المقدار ومن حيث المصدر، ولتحديد مصدر الدين أهمية في معرفة ما إذا كان الدين قد نشأ صحيحاً أم لا.

ويجب أن يرد تخصيص الدين في عقد الرهن، وقد يكون الدين المضمون معلقاً على شرط مستقبلي أو احتمالي، وفي هذه الحالة فلا مانع من ترتيب رهن ضماناً له، طالما أن مقدار الدين معيناً وقت العقد^(١).

(١) انظر: سليمان محمدي، الرهن الرسمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠ ص ١٣.

وإذا كان الدين يحتمل الزيادة كما هو عليه الحال في حالة فتح حساب جارى، فيجب تحديد الحد الأقصى الذى ينتهى إليه.

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٤٠ مدنى من أنه "يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين إحتمالى، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين".

الفرع الثانى

العقار المرهون "المال المرهون"

حيث تنص المادة ١٠٣٥ مدنى على أنه:

١- "لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

٢- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً.

كما يشترط أن يكون المال المرهون موجوداً وقت إبرام الرهن؛ وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٣٣ / ٢ مدنى بقولها "ويقع باطلاً رهن المال المستقبل".

يستفاد من نصوص المواد سالفه الذكر، أنه يشترط في المال المرهون أن يكون عقاراً وأن يكون موجوداً وقت الرهن وأن يكون معيناً تعييناً دقيقاً ومما يصح التعامل فيه وأن يكون العقار مملوكاً للراهن^(١). وسوف نتناول هذه الشروط على النحو التالي:

الشرط الأول: الرهن الرسمي لا ينشأ بحسب الأصل إلا على عقار:

من المتفق عليه، أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار، والعقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت لا يمكن نقله دون تلف، أما المنقولات بصفة عامة فلا يجوز رهنها رهنًا رسمياً^(٢)، بينما العقار بالتخصيص لا يرد عليه الرهن الرسمي منفصلاً عن العقار المخصص له^(٣).

مع الوضع في الاعتبار، أنه إذا كان حق الانتفاع مقرراً على عقار، فيجوز لمالك الرقبة أن يرهنه، فإذا إنقضى حق الانتفاع وعاد إلى مالك الرقبة فإن الرهن يمتد إليه.

ومع ذلك، فقد قرر المشرع الرهن الرسمي في بعض المنقولات التي تخضع للتصرفات الخاصة للشهر عن طريق القيد مثل المحل التجاري والسفن.

(١) انظر: د. خالد تامر، حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المجلد ١، العدد ١، المركز الجامعي، الجزائر، ٢٠١٩، ص ١٤١.

(٢) انظر: فايز أحمد عبد الرحمن، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٨.

(٣) انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الحقوق العينية، مج ٢، ط ٣، ١٩٩٤، ص ٥١.

الشرط الثاني: أن يكون العقار موجوداً وقت الرهن:

حيث تنص المادة ١٠٣٣ / ٢ مدنى على أنه "يقع باطلاً رهن المال المستقبلي يتبين لنا من خلال النص المذكور، أن عقد الرهن الرسمي يعد استثناءً من القواعد العامة في العقد التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً.

ويبرر هذا الاستثناء على أساس أن المشرع أراد حماية الراهن من احتمالات اندفاعه وعدم تبصره بخطورة ما يقدم عليه، وحتى لا يقع ضحية لاستغلال المرابين نظراً لحاجته الملحة للنقود.

وإستناداً على ما سبق، يقع رهن الأموال المستقبلية باطلاً بطلاناً مطلقاً^(١)، ولكن ما هو المقصود بالمال المستقبلي؟

(١) كذلك نصت المادة ٢٤١٩ من القانون الفرنسى على عدم جواز رهن الأملاك المستقبلية،

بينما ورد عليها استثناءات في المادة ٢٤٢٠، وفيما يلي نصوص المادتين على التوالي:

Art 2419 c.c.f: « L'hypothèque ne peut en principe être consentie que sur des immeubles présents ».

Art 2420 c.c.f: « Celui qui ne possède pas d'immeuble présent et libre ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquise ».

2 - Celui dont l'immeuble présent assujetti à l'hypothèque à péri ou subi des dégradations telle qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance, le peut pareillement, sans justice de droit pour le créancier de poursuivre à présent son remboursement.

3 - Celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fond d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencé ou simplement projetée en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement.

ولمزيد من التفاصيل حول أحكام رهن المال المستقبلي في الفقه الفرنسى انظر:

Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, Droit civil, les suretés la , p. publicité foncière, 2 édition, Dalloz, Paris, 1995

حيث اتجه البعض إلى تعريف المال المستقبل بأنه المال غير الموجود في ذاته وقت إبرام العقد وإن كان يحتمل وجوده في المستقبل كبناء شخص يزعم إقامته^(١)، فإذا قام الشخص برهن هذا البناء حتى ولو أمكن تحديده من حيث طبيعته وموقعه على الخريطة، فإن هذا الرهن يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٢). بينما يرى البعض الآخر بأنه بعد صدور القانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن التمويل العقاري، فقد أباح المشرع رهن المال المستقبل خروجاً على القواعد العامة المقررة في القانون المدني حتى يكون ملائماً مع مقتضيات الحياة الاقتصادية ولاسيما في مجال البناء وما يتطلبه ذلك من مبالغ ضخمة يحتاجها الشخص لتمويل هذا البناء.

وترجع العلة في بطلان رهن المال المستقبل إلى أنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن بالنظر إلى صعوبة تعيينه تعييناً دقيقاً، وهذا القول غير صحيح؛ لأنه بإمكان الشخص الذي يشتري شقة على الخريطة أن يقوم بتعيينها تعييناً دقيقاً من خلال بيان موقع وحدود الأرض المقام عليها البناء^(٣).

(١) انظر: شوقي بناسي، أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الفرنسي والمصري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ١٦٣.

(٢) انظر: أ.د. أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٣) انظر: أ.د. محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٣٤.

الشرط الثالث: أن يكون العقار أو المال المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني^(١).

حيث تنص المادة ١٠٣٥ / ٢ مدني على أنه " يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني....".

ويستفاد من هذا النص، بأنه يلزم أن يكون المال المرهون داخلاً في دائرة التعامل، فلا يجوز رهن المخدرات كونها خارجة عن دائرة التعامل، أو بصفة عامة لا يجوز رهن كل ما هو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، فلا يجوز رهن الأموال العامة أو الموقوفة^(٢).

وترجع العلة التي قررها المشرع من ضرورة أن يكون المال المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني من أجل تحقيق النتيجة المباشرة للرهن ألا وهي تمكين الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء حقه من التنفيذ على

(١) حيث ذهب البعض إلى القول أن أحد الشرطين يغني عن الآخر فالشرط الأول يغني عن الثاني لأن الأشياء التي لا يصح التعامل فيها تكون غير قابلة للبيع، بينما ذهب آخرون إلى القول بأن الشرط الثاني يغني عن الأول، فالأشياء التي لا يمكن بيعها بالمزاد العلني هي تلك التي لا يمكن التعامل فيها، بينما يرى آخرون أن أحد الشرطين لا يغني عن الآخر.

لمزيد من التفاصيل انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، الحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٨١ وما بعدها.

(٢) انظر: ا.د عمار محمد القضاء، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص ٧٧٧.

العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني، فإنه يجب أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلني.

الشرط الرابع: أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً:

حيث نصت المادة ١٠٣٥ / ٢ مدني على أنه " يجب أن يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً". يستفاد من النص سالف الذكر، بأنه يلزم أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً بمبدأ تخصيص الرهن ^(١) الذي يعتبر من أهم المبادئ في نظام الرهن الرسمي.

(١) مع الوضع في الاعتبار، أنه يحقق مبدأ تخصيص الرهن مزايا وفوائد كثيرة سواء بالنسبة إلى المدين أو الدائن أو الائتمان العقاري، فهو يفيد المدين الراهن في الاقتصار على رهن العقار أو العقارات التي تتناسب في القيمة مع الدين، ومن ثم تبقى باقي ممتلكاته العقارية غير مثقلة بالرهن، وبالتالي يستطيع رهنها كلما احتاج إلى ذلك، بل ويستطيع التصرف فيها دون أن تكون مثقلة بحقوق الغير، كما أنه يفيد الدائن المرتهن، إذ يمكنه معرفة ما يثقل عقارات المدين من رهون، مما يسمح بتقدير وضعه المالي، ومن ثم يختار العقار غير المثقل بالرهون تفادياً لمزاحمة الدائنين، وأخيراً فإنه يفيد الائتمان العقاري ككل، إذ أنه يسمح بتداول الأموال، ذلك أن الرهن العام يجمد الثروات نتيجة شموله جميع العقارات.

لمزيد من التفاصيل انظر: ا.د محمد حسنين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٩٧ وما بعدها.

وبالتالي، فإنه يلزم تعيين العقار تعييناً دقيقاً سواء في عقد الرهن ذاته أو في اتفاق لاحق عليه حتى يكون الرهن صحيحاً بأن يحدد طبيعته أي نوعه كأن يذكر إن كان أرضاً زراعية أو بناء أو منزلاً أو حديقة، كما يجب تعيين العقار المرهون من حيث موقعه كأن يذكر المحافظة أو الشارع والرقم، أما إذا لم يعين العقار تعييناً دقيقاً يمنع الجهالة، فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً^(١).

نستخلص مما سبق، أنه يجب على الراهن إذن أن يعين العقار المراد رهنه في عقد الرهن، أو عقد لاحق^(٢)، لا كان عقد الرهن باطلاً لتخلف شرط التعيين، كما أن مبدأ تخصص الرهن هو مبدأ جوهري لا يقوم الرهن بدونه^(٣).

الفرع الثالث

ملكية الراهن للعقار المرهون

حكم رهن ملك الغير:

حيث تنص المادة ١٠٣٢ / ٢ مدني على أنه " وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون...". ويقصد بتلك الحالتين ما ورد النص

(١) انظر: ا.د أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٢) انظر: عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيابة في الرهن الرسمي، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، تخصص العلوم الإسلامية، شعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الأفريقية أحمد دراية، ٢٠٠٥، ص ٨١.

عليه في الفقرة الاولى من ذات المادة أى سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كفيلاً عينياً، فإنه يلزم أن يكون الراهن فى كلتا الحالتين مالكاً للعقار المرهون^(١). ومن هذا المنطلق، فإنه يجب أن يكون الراهن سواء كان مديناً أو كفيلاً عينياً مالكاً للعقار المرهون، فإذا لم يكن الراهن مالكاً له، فلا يتصور أنه يستطيع إعطاء الدائن المرتهن أى حق عليه لأن فاقد الشيء لا يعطيه^(٢).

يقصد برهن ملك الغير هو الرهن الذى يعقده الراهن باسمه ولحسابه على عقار مملوك لغيره^(٣).

مع الوضع فى الاعتبار، أنه لا يعتبر رهناً لملك الغير الرهن الذى يصدر من النائب عن مالك العقار حتى ولو كان قد تجاوز حدود نيابته.

ويثور تساؤلاً فى هذا الصدد مفاده هل يقع باطلاً الرهن الصادر من غير مالك العقار المرهون ؟ وهل يكون الرهن باطلاً بطلاناً نسبياً فى حالة رهن ملك الغير كما هو عليه الحال فى حالة بيع ملك الغير؟

وقد بين المشرع المصرى حكم رهن ملك الغير من خلال المادة ١٠٣٣ / ٢ التى تنص على أنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً، إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية، وإذا لم

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٩.

(٢) انظر: أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٣) انظر: ا.د حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية "دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٣٤٥ وما بعدها.

يصدر الإقرار، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن.

بادى ذى بدء، فإننا نلاحظ أن المشرع لم يرتب البطلان فى حالة عدم ملكية العقار المرهون للمدين الراهن بل يكون عقد الرهن صحيحاً، إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية، بحيث إذا لم يصدر هذا الاقرار، فإن حق الرهن على العقار لا يترتب إلا من الوقت الذي يصبح فيه الراهن مالكا للعقار المرهون^(١).

بينما اتجه البعض من الفقه إلى أنه يأخذ حكم رهن ملك الغير حكم بيع ملك الغير وهو أن التصرف يقع باطلاً بطلاناً نسبياً.

أولاً: حكم رهن ملك الغير فيما بين المتعاقدين:

يرتب عقد الرهن آثاره الشخصية فقط دون آثاره العينية بين الراهن والدائن المرتهن على أساس أن العقد نشأ صحيحاً بين طرفيه، إلا أن الرهن يقع قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن على الرغم من صحة العقد، كما يكون للدائن المرتهن وحده الحق فى طلب إبطاله، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها^(٢).

كما يزول حق الدائن المرتهن فى طلب الإبطال إذا أجازه صراحة أو ضمناً.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٢) انظر: ا.د حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص ٣٤٥ وما بعدها.

وكذلك بسقوطه بالتقادم أو إذا آلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن، حيث يترتب على تصحيح الرهن في هذه الحالة زوال حق الدائن المرتهن في طلب الإبطال، كما أنه إذا أقر المالك الحقيقي الرهن، فإن العقد يصبح نافذاً في حقه، ويزول حق الدائن المرتهن في طلب إبطاله.

ثانياً: حكم رهن ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي:

لا ينفذ رهن ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا أقره، فالعقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن أن ينفع أو يضر غير عاقدية أو خلفائهم، فالمالك الحقيقي يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد الرهن، فلا تنصرف إليه آثار هذا العقد ولا يحتج به عليه، ويكون للمالك أن يتجاهل هذا الرهن كلية^(١).

(١) انظر: ا.د محمد أبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٤٥.

المبحث الثاني

الشروط الشكلية لإنعقاد الرهن الرسمي

لا يكفي لإبرام عقد الرهن الرسمي توافر الشروط الموضوعية فقط بل يلزم توافر شروط شكلية، فإذا كان الأصل في العقود هو الرضائية، حيث أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين إلا أن المشرع قد يتدخل في بعض الأحيان ليشترط شكل معين لإنعقاد العقد كما هو عليه الحال بالنسبة للرهن الرسمي، حيث يشترط المشرع أن يفرغ العقد في ورقة رسمية، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٣١ / ١ مدني على أنه " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية ".

أولاً: الرسمية كشرط لإنعقاد الرهن وحكمة اشتراطه:

الرهن الرسمي عقد شكلي، فلا يكفي لإنعقاده تراضي الطرفان عليه بل يلزم إفراغ عقد الرهن في ورقة رسمية التي يقصد بها وفقاً لما نصت عليه المادة ١٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية هي " التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ".

إلا أن مفهوم الرسمية الوارد بنص الماد ١٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية يختلف عن مفهوم الرسمية المتعلقة بالرهن والمنصوص عليها في المادة ١٠٣١ / ١ من القانون المدني^(١).

حيث يستلزم إبرام عقد الرهن تحريره من قبل موظف خاص هو الموظف المختص بتحرير العقود أى موظف مكاتب التوثيق التابعة للشهر العقاري.

أما بالنسبة إلى الحكمة من اشتراط الرسمية فهي توفير الحماية للمدين الراهن والدائن المرتهن والأئتمان ذاته.

فبالنسبة للمدين الراهن تعتبر الرسمية تذكيراً له بخطورة ما هو مقدم عليه من تصرف^(٢) قد ينتهي بفقدان العقار المرهون مما قد يجعله يتريث في الأمر، وهو غالباً ما يقوم وبدافع تحقيق مصلحة عاجلة بترتيب رهن على عقار اعتقاد منه بأنه سوف تتحسن ظروفه في المستقبل ثم يخيب ظنه ولا يستطيع الوفاء بالدين وبعدها تتخذ الإجراءات من أجل بيع عقاره في المزاد العلني، أما بالنسبة للدائن المرتهن، فالرسمية تجعله في مأمن من خطر عدم ملكية الراهن للعقار المرهون أو عدم أهليته للتصرف فيه^(٣)، وبالإضافة إلى ذلك تزود

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) انظر:

Henriléon MAZEAUD, jean MAZEAUD, Francois CHABAS, lecent de droit civil, montchrestien, edition Paris, 1999, p.301.

(٣) انظر: ا.د أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٩٠، ص ١٩.

الرسمية الدائن بسند قابلاً للتنفيذ يغنيه عن إجراءات التقاضي^(١) في حالة عدم وفاء المدين بالدين عند حلول أجله.

وتظهر أهمية الرسمية بالنسبة إلى الائتمان العقاري فيما يتطلبه من تخصيص الدين المضمون بالرهن وتخصيص العقار المرهون في البيانات المتعلقة بالورقة الرسمية^(٢).

ثانياً: الجهة المختصة بإجراء الرسمية:

تعتبر مكاتب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقاري هي الجهة المختصة بتوثيق عقد الرهن الرسمي، طالما أن العقد أبرم في مصر، بينما إذا كان العقد أبرم في الخارج، فيمكن إجراء الرسمية في إحدى قنصلياتنا في الدولة التي أبرم فيها العقد^(٣).

ثالثاً: الجزاء المترتب على تخلف الرسمية:

إذا كانت الرسمية ضرورية لإنعقاد الرهن فإن تخلفها يترتب عليه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ذلك أن الرسمية ركن فيه لا يقوم العقد بدونها^(٤).

(١) انظر: سمير عبد السيد تناعو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٥٠.

(٢) انظر: رمضان محمد أبو السعود، محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢٧.

(٣) انظر: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٤١.

(٤) انظر: شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٩٤.

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

إذا توافرت شروط انعقاد الرهن الرسمي سواء الموضوعية أو الشكلية فإنه يترتب آثاره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .
وبناء على ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في الأول آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى المتعاقدين ونتناول في المبحث الثاني آثار الرهن بالنسبة للغير .

المبحث الأول

آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى المتعاقدين

من المتفق عليه، أن عقد الرهن الرسمي هو عقد ملزم لجانب واحد، فهو يلزم المدين الراهن دون الدائن المرتهن، فالراهن يلتزم بضمان سلامة العقار المرهون وكذلك ضمان هلاكه أو تلفه، كما أن عقد الرهن ليس من شأنه أن يسلب حقوق المدين الراهن على العقار المرهون، إذ يظل الراهن محتفظاً بسائر السلطات التي يخولها حق الملكية لصاحبه، بينما الدائن المرتهن يكتسب حقوقاً من هذا العقد ولا يقع على عاتقه أى التزام.

وسوف نتناول التزامات الراهن في المطلب الأول ثم نتعرض إلى سلطات الراهن على العقار المرهون في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التزامات الراهن

يرتب عقد الرهن الرسمي أربعة التزامات تقع على عاتق المدين الراهن؛ حيث يلتزم هذا الأخير بإنشاء حق الرهن على العقار، كما أنه يلتزم بضمان سلامة الرهن وضمان الهلاك أو التلف، وأخيراً يلتزم الراهن بنفقات العقد.

أولاً: التزام الراهن بإنشاء حق الرهن:

إن الالتزام الرئيسي الذي يترتب عن عقد الرهن الرسمي في ذمة الراهن هو إنشاء حق الرهن لصالح الدائن المرتهن على العقار المرهون، وهذا الالتزام يماثل التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة^(١).

فإذا كان العقار المرهون مملوكاً للراهن نشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن بمجرد انعقاد العقد، بينما يشترط القانون لنفاذ الرهن في حق الغير قيد الرهن، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١/١٠٥٣ مدني بقولها "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت بالرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار.....".

(١) انظر: د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٣١٣.

نستخلص مما سبق، أن القيد هو الإجراء الذي يسمح بنفاذ حق الرهن تجاه الغير، فلا يستطيع الدائن المرتهن بدون قيد الراهن أن يتتبع العقار المرهون في يد الغير أو أن يستوفى حقه المضمون بالرهن بالأولوية على غيره من الدائنين^(١).

وهذا هو ما جعل البعض يذهب إلى القول بأن الرهن الرسمي ينشأ عن واقعة القيد، ذلك لأن حق الرهن إن وجد تظهر أهميته ابتداءً في مواجهة الغير ولا يكون ذلك إلا باستعمال الدائن حقه في التقدم والتتبع ولا يكون هذا الأخير إلا بقيد عقد الرهن الرسمي لدى مكتب الشهر العقاري.

ثانياً: التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

حيث تنص المادة ١٠٤٧ مدنى على أنه "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك".

والحكمة من وجود هذا الالتزام هو بقاء العقار المرهون محتفظاً بقيمته التى كانت عليها وقت إبرام عقد الرهن، بحيث يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ عليه واستيفاء حقه من هذه القيمة بالتقدم على سائر الدائنين فى أى يد يكون^(٢).

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٤٥.

مع الوضع في الاعتبار، أن مضمون الالتزام بضمان السلامة هو التزام
الراهن بضمان التعرض الشخصي وضمان التعرض الصادر عن الغير.

(١) ضمان التعرض الشخصي:

يلتزم الراهن بأن يضمن تعرضه الشخصي القانوني والمادي، بحيث يتمتع
على الراهن على أساس ضمان التعرض الشخصي القانوني بعدم الإسراع إلى
شهر الحقوق التي رتبها على العقار المرهون قبل أن يقيد الدائن المرتهن
حقه^(١)، لأن التصرفات التي قيدت أو التي تم شهرها قبل قيد الرهن سوف تكون
نافذة في حق الدائن المرتهن، أما إذا قام الراهن بمثل هذه التصرفات بعد قيام
الدائن المرتهن بقيد رهنه، فلا يكون نافذة في مواجهة هذا الأخير^(٢).

وبناء على ما سبق، يتمتع على الراهن أن يبيع العقار المرهون أو أن يرتب
عليه أي حق عيني لشخص آخر يقوم بشهر حقه قبل قيد الرهن، كما يتمتع عليه
أيضا أن يقوم برهن عقاره مرة أخرى لدائن مرتهن آخر يقوم بقيد رهنه قبل
قيام الدائن المرتهن الأول بقيد رهنه وإلا كان مخالفاً بالتزامه بضمان سلامة
الرهن^(٣).

(١) انظر: ا.د نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية "الرهن الرسمي وحق
الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز والكفالة"، دار الجامعة الجديدة،
الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩٦.

(٢) انظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "الحقوق العينية التبعية" القسم
الأول "حق الرهن الرسمي، حق الاختصاص، ط ٣، ١٩٩٥، ص ٩٦.

(٣) انظر: ا.د رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

أما ضمان التعرض الشخصي المادي فيلتزم الراهن بمقتضاه بالامتناع عن القيام بأى من التصرفات المادية التي يكون من شأنها الانتقاص من قيمة الضمان، حيث يجب على الراهن أن يمتنع عن هدم العقار المرهون أو نزع بعض ملحقاته.

كما أنه يجب التأكيد على أنه يحق للدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله فى حالة الاستعجال القسوى أن يتخذ ما يلزمه من الوسائل التحفظية، وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك من مصروفات ^(١).

مع الوضع فى الاعتبار، أنه لا يتوقف التزام البائع عن القيام بالتصرفات الإيجابية فقط بل يمتنع عليه القيام بالتصرفات السلبية كأن يترك العقار بدون صيانة فيتهدم، أو يهمل فى زراعة الأرض المرهونه الأمر الذى يجعلها بدون محصول أو منتج وغير ذلك من التصرفات التى يكون من شأنها الانتقاص من قيمة العقار المرهون والإضرار بالدائن المرتهن ^(٢).

٢) ضمان التعرض الصادر عن الغير:

(١) المادة ١٠٤٧ من القانون المدنى المصرى.

(٢) انظر: جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ١٥٥.

يلتزم الراهن بضمان التعرض الصادر عن الغير غير أنه في هذه الحالة لا يضمن سوى التعرض القانوني دون المادي^(١).

ولا مناص من القول، بأن الراهن يضمن تعرض الغير الذي يستند إلى ادعاء حق على العقار المرهون مثل أن يدعى الغير أن له حق ارتفاق أو انتفاع على العقار أو كما لو ادعى شخص بأنه المالك الحقيقي للعقار المرهون، وبالتالي يكون الرهن قد وقع على ملك الغير^(٢).

ففي مثل هذه الحالات، يجب على الراهن أن يدفع إدعاء الغير بصورة تؤدي إلى بقاء الرهن قائماً دون الانتقاص منه، بحيث يعتبر الراهن مخلاً بالتزامه بضمان السلامة إذا فشل الراهن في دفع إدعاء الغير.

وتجدر الإشارة، بأن المشرع اعطى الدائن المرتهن إمكانية التدخل من أجل الحفاظ على ضمانه، إذا كان يترتب على أعمال الراهن إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً.

(١) انظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري والمقارن الرهون والامتياز والاختصاص، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٠.

(٢) انظر: أنور العمروسي، الحقوق العينية في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٣٦.

أما إذا كان التعرض الصادر من الغير ليس قانونياً وإنما مادياً أى لا يستند فيه الغير إلى إدعاء حق من الحقوق، فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يدفعه بنفسه على أساس أن الراهن لا يضمن تعرض الغير المادى^(١).

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٤٨ / ٣ مدنى من أنه " وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال، وإتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر".

يستفاد من النص سالف الذكر، أن التعرض المادى الصادر من الغير لا يلتزم الراهن بدفعه بل يدفعه الدائن المرتهن بنفسه دون وساطة الراهن، كما لو شرع الجار فى إقامة بناء يترتب عليه الإعتداء على حقوق الارتفاق للعقار المرهون أو على العقار المرهون ذاته، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضى وقف هذه الأعمال من خلال إتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر.

ثالثاً: التزام الراهن بضمان هلاك أو تلف العقار المرهون:

حيث تنص المادة ١٠٤٨ مدنى على أنه:

١- "إذا تسبب الراهن بخطئة فى هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٤٨.

٢- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل. وفي هذه الحالة الأخيرة، إذا لم يكن للدين فوائد، فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغاً يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الأجل.

يتضح من هذه المادة، أن المشرع المصرى يفرق بين هلاك العقار المرهون الذى يرجع إلى خطأ الراهن وبين هلاك العقار المرهون الذى يرجع إلى سبب أجنبي.

(١) هلاك العقار المرهون بفعل المدين الراهن:

حيث تنص المادة ١٠٤٨/١ من القانون المدنى على أنه "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً،...".

تقتضى هذه المادة حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه بفعل المدين الرهن، وهو أمر كثير الحدوث ذلك لأن حيازة العقار المرهون تبقى للراهن في عقد الرهن الرسمي، فإذا حدث وتسبب الراهن بخطئه في هلاك المال المرهون كان الخيار حينئذ للدائن المرتهن بين أن يطالب بتأمين آخر أو أن يسقط أجل الدين ويستوفي حقه حالاً، حيث يعاقب المشرع المصرى الراهن في هذه الحالة بمنعه من الخيار ومنح الخيار للدائن الذي له أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً.

وتجدر الإشارة إلى أن الراهن لا يملك إجبار المرتهن على اختيار أي من هذين الأمرين، فإذا اختار الراهن على سبيل المثال استيفاء حقه، فليس على المدين أن يعرض عليه تأميناً آخر ليحل محل العقار الهالك أو التالف^(١).

٢) هلاك العقار المرهون بسبب أجنبي:

حيث تفترض هذه الحالة أن هلاك العقار المرهون بسبب خارج عن إرادة المدين مثل انهدام البناء بقوة قاهرة أو احتراقه بفعل الغير، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٤٨/١ من القانون المدني على أنه «... وإذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى المدين ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل،...».

فالفرض هنا أن المدين بذل العناية المطلوبة من أجل تفادي هلاك العقار لكن رغم ذلك وقع الهلاك، ففي هذه الحالة، فإن الخيار سيكون للمدين الراهن بين أن يقدم للدائن تأميناً كافياً أو أن يوفي الدائن حقه فوراً. بحيث إذا اختار المدين الراهن أن يقدم تأميناً كافياً عوض التأمين الذي هلك فليس على الدائن رفضه ومطالبته باستيفاء دينه؛ لأن رفضه يكون تعسفياً، إذ يجب على الدائن في هذه الحالة أن يقبل ما سيختاره المدين من الأمرين^(٢).

(١) انظر: رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٧١.

(٢) انظر: مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، في الحقوق العينية التبعية، القسم الأول، حق الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، ص ١٧٣.

٣) انتقال حق الرهن إلى المقابل الذي سيحل محل هلاك العقار المرهون أو

تلفه:

حيث تنص المادة ١٠٤٩ من القانون المدني على أنه "إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة".

يستفاد من نص المادة السابقة، أنه ينتقل حق الرهن إذن إلى المقابل الذي يحل محل هلاك العقار ويكون الانتقال على أساس فكرة الحلول العيني^(١)، وقد أورد النص السالف ذكره أمثلة للحقوق التي تحل محل هلاك العقار المرهون وهي:

أ- مبلغ التعويض:

حيث أنه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، فإذا تسبب شخص بخطئه في وقوع ضرر ما، فإنه يقع على عاتقه التزام بتعويض هذا الضرر، وعليه فإذا تسبب الغير في هلاك العقار المرهون، فإنه يلتزم بأن يدفع تعويضاً لمالك العقار المرهون الذي ينتقل إليه حق الرهن ليمارس على الدائن المرتهن حقه في التقدم والتتبع.

(١) انظر: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ١٠٧.

ب - مبلغ التأمين:

إذا كان العقار المرهون مؤمناً عليه ضد الحريق^(١) مثلاً واحترق بالفعل، ففي هذه الحالة تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له "الراهن" بحيث ينتقل حق الرهن إليه، ليحل بذلك محل العقار الهالك أو التالف ويكون الانتقال هنا أيضاً وفقاً لفكرة الحلول العيني.

ج - مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة:

تحتاج الدولة في إطار القيام بمسؤولياتها في شتى الميادين إلى عدد كبير من العقارات وفي سبيل الحصول عليها تلجأ إلى اقتنائها عن طريق التراضي غير أنه قد يتعذر عليها ذلك في بعض الأحيان فتلجأ إلى عملية نزع الملكية، وقد يحدث أن العقار الذي تنزع ملكيته من أحد الأشخاص يكون مرهوناً. فإذا قامت الدولة بنزع ملكية عقار مرهون من يد الراهن من أجل المنفعة العامة، فإنها تعطي لهذا الأخير تعويضاً عادلاً نتيجة ما لحقه من ضرر بسبب نزع ملكيته.

(١) حيث يقوم مالك العقار بإبرام عقد تأمين مع إحدى شركات التأمين ضد وقوع خطر معين في ظل ما هو متفق عليه من أن التأمين هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إى اردا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

وفى هذه الحالة ينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض الذي تدفعه الجهة القائمة بنزع الملكية، ل[ستوفي الدائن المرتهن حقه من هذا المقابل حسب مرتبته في الرهن.

رابعاً: التزام الراهن بنفقات الرهن:

حيث تنص المادة ١/١٠٣١ مدنى على أنه "تكون نفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على خلاف ذلك".

يستفاد من هذا النص، بأن نفقات عقد الرهن تكون على المدين الراهن باعتباره صاحب المصلحة فى إبرام العقد فهو يوافق على الرهن مقابل حصوله على القرض من جانب الدائن.

ومع ذلك، فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام، أى أنه يمكن الاتفاق على أن تكون نفقات عقد الرهن على الدائن المرتهن أو أن توزع هذه النفقات على طرفى العقد^(١).

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٤٢.

المطلب الثاني

حقوق الراهن على العقار المرهون

لا يترتب على الرهن الرسمي انتقال حيازة العقار المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن، كما هو الحال في الرهن الحيازي^(١)، وإنما يظل الراهن واضعاً يده على العقار، فإذا لم يوفى دين الدائن، فإن الراهن يتخلى عن العقار من أجل بيعه بالمزاد العلني حتى يستوفي الدائن حقه من ثمن العقار.

ومن هذا المنطلق، يثبت للمدين الراهن الحق في استعمال العقار المرهون واستغلاله والتصرف فيه، إذ أن الرهن الرسمي لا ينزع العقار المرهون من يد الراهن.

أولاً: حق الراهن في التصرف في العقار المرهون:

إن الرهن لا يقيد حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن سواء تعلق الأمر بالتصرفات القانونية أو التصرفات المادية، فيحق للراهن بإعتباره مالكا أن يتصرف في العقار المرهون كلياً أو جزئياً في ذات العقار أو في بعض ملحقاته.

وتجدر الإشارة إلى أن حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون لا يجوز أن يقيد بها اتفاق بينه وبين الدائن المرتهن، بحيث يقع باطلاً أي اتفاق بين الراهن والدائن المرتهن بمقتضاه يلتزم الأول ألا يتصرف في العقار

(١) حيث أن الراهن في الرهن الرسمي لا يمكن تجريده سواء من الملكية أو الحيازة بخلاف الرهن الحيازي، فإذا كان الراهن لا يجرد من الملكية إلا أنه يجرد من الحيازة.

المرهون على أساس أن حرية الراهن في التصرف في ملكه تعد من القواعد المتعلقة بالنظام العام.

حيث نصت المادة ١٠٤٣ مدنى على أنه "يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون، ولكن لا يضر هذا التصرف بحق الدائن المرتهن". وبناء على ذلك، يجوز للراهن بيع العقار المرهون بعد الرهن أو المقايضة عليه أو يهبه كما له أن يقرر على العقار المرهون حق الإنتفاع أو الإرتفاق^(١).

ومع ذلك، فالتصرف الذى يقوم به الراهن إما أن يكون تصرفاً قانونياً كالبيع أو الهبة أو الرهن وإما أن يكون تصرفاً مادياً كإدخال بعض التغييرات المادية فى العقار المرهون.

ومن هذا المنطلق، يجب التفرقة بين التصرفات القانونية والتصرفات المادية التى يمكن أن يقوم بها الراهن على النحو التالى:

١- بالنسبة للتصرفات القانونية:

- التصرفات القانونية الصادرة من الراهن قبل قيد الرهن:

إن التصرفات القانونية الصادرة من الراهن التى تشهر وتسجل قبل قيد الرهن من جانب الدائن المرتهن، فإنها تكون نافذة فى حقه، وبالنظر إلى أنها تؤدى إلى الإضرار بالدائن المرتهن، فلا يجوز للراهن القيام بها، لأن ذلك

(١) انظر: محمد صبري السعدي، التأمينات العينية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة الجزائر، ٢٠١٠، ص ٩٩.

يعتبر بمثابة إخلالاً بالتزامه بضمان سلامة الرهن، ويجوز للدائن الاعتراض على القيام بهذه التصرفات.

- التصرفات القانونية الصادرة من الراهن بعد قيد الرهن:

أما التصرفات القانونية الصادرة من الراهن بعد أن قيد الدائن المرتهن حقه^(١)، فلا تنفذ في مواجهته ولا يلحقه منها ضرر، وعلى ذلك يستطيع الراهن أن يتصرف بالبيع أو الهبة للعقار، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة.

٢- بالنسبة للتصرفات المادية:

للراهن أن يقوم بالتصرفات المادية في العقار المرهون، طالما أنها لا تنتقص من الضمان إنقاصاً كبيراً.

ولا يجوز للمدين الراهن القيام بالأعمال المادية التي يكون من شأنها المساس بسلامة الرهن أو الإنتقاص من قيمة الضمان إنتقاصاً كبيراً. بينما يستطيع الراهن القيام بالتصرفات المادية، طالما كانت نافعة للعقار، أى إذا كان من شأنها أن تزيد من قيمة العقار المرهون كالبناء وغرس الأشجار وغير ذلك من الأعمال النافعة^(٢).

(١) فإذا قام الراهن برهن عقاره مرة ثانية أو ثالثة بعد قيام الدائن المرتهن بقيد حقه فلا يؤثر ذلك على حقوق هذا الأخير، لأنه سوف يتقدم على جميع الدائنين الآخرين فى استيفاء حقه.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٥٥.

أما إذا كان من شأن التصرفات المادية الانقاص من قيمة العقار المرهون، كأن يقوم الراهن بهدم العقار أو أن ينزع محتوياته دون أن يستبدل بها غيرها، فمن حق الدائن المرتهن الاعتراض على هذه الاعمال الضارة، لأنها تشكل إخلالاً من جانب الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن.

ثانياً: حق الراهن في إدارة العقار المرهون واستغلاله:

تنص المادة ١٠٤٤ مدنى على أنه "لراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار".

يستفاد من هذا النص، أنه لا يتأثر حق الراهن في إدارة العقار المرهون وقبض غلته بحق الرهن الواقع على العقار المرهون لكونه مالكا فهو صاحب الحق في إدارة العقار المرهون واستغلاله. وإذا كان الرهن لا يجرّد الراهن من ملكية العقار المرهون ولا من حيازته، فيبقى العقار المرهون في يده يستعمله كما كان قبل الرهن، فإذا كان العقار منزلاً وكان يسكنه استمر في سكنه وإن كان أرضاً زراعية استمر بزراعتها.

ومع ذلك، تنقيد سلطة الراهن في استعمال العقار المرهون بمبدأ هام هو عدم الإضرار بحقوق الدائن المرتهن، أى دون أن يتسبب هذا الاستعمال فى إنقاص أو إضعاف التأمين المقرر للدائن المرتهن إضعافاً كبيراً.

المطلب الثالث

حقوق الدائن المرتهن في مواجهة الراهن

يثبت حق الرهن للدائن المرتهن في مواجهة الراهن بمجرد انعقاد الرهن بمقتضاه يلتزم الراهن بالوفاء بالدين عند حلول أجله، بحيث إذا لم يحل أجل الوفاء بالدين، فإن حق الدائن المرتهن يظل في حالة ركود إنتظاراً لحلول الأجل، فإذا حل أجل الدين ولم يفي المدين الراهن بدينه، فإنه يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون، كما أنه لا يجوز أن يتفق الدائن المرتهن والمدين على أنه إذا حل أجل الوفاء بالدين ولم يتم الوفاء به أن يملك الدائن العقار المرهون مقابل الدين أو نظير ثمن معين يتفق عليه فيما بينهما.

أولاً: حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون:

يحق للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين ولم يفي المدين بدينه أن يقوم الدائن بالتنفيذ على العقار المرهون الذي قدمه الراهن من أجل ضمان الدين سواء كان العقار مملوكاً للمدين أو كان مملوكاً لشخص آخر رهنه ضماناً لدين على غيره "الكفيل العيني".

١- تنفيذ الدائن المرتهن على العقار في مواجهة الراهن:

يمكن للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون في مواجهة المدين الراهن الذى قدم الضمان للدائن، وهذا الأخير يكون له صفتان في مواجهة المدين الراهن، فله صفة الدائن العادي أى صاحب حق شخصي، وهو بهذه الصفة يكون له ضمان عام على أموال مدينه، فيكون له أن ينفذ على أى مال

من الأموال المملوكة لمدينه، كما أنه له صفة الدائن الممتاز أى صاحب حق عيني تبعى، وهو بهذه الصفة يكون له ضمان خاص على العقار المرهون^(١).

أ- حقوق الدائن المرتهن بوصفه دائن عادي:

يكون للدائن المرتهن بصفته دائناً عادياً جميع الحقوق التي تثبت للدائن العادي، فله حق شخصي على الضمان العام أى على جميع أموال مدينه الحاضرة منها والمستقبلية.

ب- حقوق الدائن المرتهن بوصفه دائناً مرتهناً:

تنص المادة ١٠٥١/١ مدنى على أنه: "للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات".

يتبين من هذا النص، أن حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائناً مرتهناً تنحصر على العقار المرهون، فلا يكون للدائن المرتهن حق على أي مال آخر غير العقار المرهون.

ويجب على الدائن المرتهن عند التنفيذ على العقار المرهون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات.

٢- تنفيذ الدائن المرتهن على العقار في مواجهة الكفيل العيني:

الكفيل العيني هو الشخص الذي رهن عقاره ضماناً لدين على غيره.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٦٤.

حيث أن مسؤولية الكفيل العيني تنحصر على العقار الذى رهنه، فلا يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على أمواله الأخرى غير العقار المرهون، بينما يجوز للدائن أن يرجع بالباقي على المدين الأصلي، إذا لم يستوفي حقه كاملاً من الكفيل العيني، لأن المدين هو المسئول عن الدين.

ويبدو ذلك من خلال ما نصت عليه المادة ١٠٥٠ مدنى على أنه: "إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله، إلا على ما رهن من ماله.....".

ثانياً: بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء:

تنص المادة ١٠٥١/١ مدنى على أنه "يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين عند حلول أجله فى أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أياً كان أو فى أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن".

فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتفق مع الراهن على أنه إذا لم يستوفى الدين عند حلول أجله أن يملك العقار المرهون نظير الدين أو نظير ثمن يتفق عليه فيما بينهما.

بحيث يقع باطلاً أى اتفاق بمقتضاه يملك الدائن المرتهن العقار المرهون بأى ثمن وذلك من أجل عدم استغلال الدائن ظروف المدين الذى قد يضطر تحت ظروف حاجته للمال إلى القبول والموافقة اعتماداً منه على أنه

سوف يقوم بالوفاء بالدين عند حلول الأجل، وغالباً ما يكون الدين أقل من القيمة الحقيقية للعقار، لذلك يبطل هذا الشرط ويصح الرهن.

والأمر كذلك بالنسبة لشرط الطريق الممهد، حيث أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يتفق مع المدين الراهن على أنه إذا حل أجل الدين ولم يقوم الراهن بالوفاء به أن يبيع العقار المرهون دون اتباع الاجراءات المقررة قانوناً، كالاتفاق على البيع بالطرق الودية أو عن طريق المزاد لكن بدون تدخل من جانب القضاء.

المبحث الثاني

آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير

إذا أبرم عقد الرهن الرسمي صحيحاً بأن توافرت شروط انعقاده الموضوعية وكذلك الشكلية، فإنه يرتب آثاره بين المتعاقدين، بينما لا يرتب هذا العقد آثاره ولا ينفذ في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيده، فلا يكون هذا العقد نافذاً في حق الغير قبل قيد العقد.

وهذا ما أكدته المادة ١٠٥٣/١ من القانون المدني على أنه "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس".

ويتبين من هذا النص، أن عقد الرهن الرسمي ليس له وجود بالنسبة إلى الغير إلا من يوم قيده وهو ما سوف نتناوله في المطلب الأول.

بحيث إذا قيد العقد فإنه يصبح نافذاً في مواجهة الغير مما يمنح الدائن المرتهن السلطات التي يخولها له القانون من حيث سلطة التقدم والأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون وكذلك تتبع العقار والتنفيذ عليه في مواجهة الغير وهو ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

وجوب قيد الرهن للاحتجاج به في مواجهة الغير

لا يكفي نشوء عقد الرهن صحيحاً حتى يحتج به في مواجهة الغير، فعقد الرهن الرسمي الصحيح بغير قيده له حجية على عاقيه فقط، حيث اشترط القانون قيد الرهن حتى يكون نافذاً في حق الغير^(١).

أولاً: المقصود بالغير: هو كل شخص يمكن أن يضر من وجود الرهن أو عدمه. ومنهم:- الدائنون العاديون للراهن - الدائنون أصحاب التأمينات العينية المتأخرة في المرتبة عن مرتبة الدائن المرتهن - الشخص الذي يكتسب على العقار المرهون حقوقاً عينية أصلية بعد ترتيب حق الرهن،...الخ.

ثانياً: ماهية القيد^(٢): هو الوسيلة التي نظمها المشرع لشهر أو إعلان التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية التبعية "ومنها الرهن الرسمي" الواردة على العقارات والتي بدونها لا تنتج هذه التصرفات أثارها في حق الغير.

(١) انظر:

LEGEAIS Dominique, Sûretés et garantie du crédit, 4ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2004, p.383 – 384.

(٢) إن نظام قيد الرهن الرسمي لم يكن معروفاً في القانون الروماني وكذلك في القانون الفرنسي القديم باستثناء محاولة "كولبير" سنة 1673 والتي لقيت معارضة شديدة من قبل النبلاء الذين كانوا يخشون على مراكزهم المالية.

ومع ذلك، فإنه في عهد الثورة الفرنسي عرف القيد وانتقل بعدها إلى القانون المدني الفرنسي. ولقد أخذ المشرع المصري بأحكام القيد في القانون المدني القديم وكذلك في قانون الشهر العقاري عام ١٩٤٦.

ويتم القيد بإثبات البيانات الجوهرية المستخرجة من المحرر المتضمن سند إنشاء الحق في سجل خاص بمصلحة الشهر العقاري، ولا تستخرج هذه البيانات من عقد الرهن الرسمي مباشرة، بل جرى العمل على عمل ملخص لهذا العقد يتضمن البيانات الجوهرية الواردة به، وهذه البيانات هي التي يهتم الغير العلم بها مثل تعيين شخصية الراهن والدائن المرتهن، وموطن كل منهما، وتعيين كل من العقار المرهون، والدين المضمون بالرهن، وأجل استحقاق هذا الدين^(١).

ثالثاً: أوجه الاختلاف بين التسجيل والقيد:

(١) يعد التسجيل هو الطريق المقرر لشهر الحقوق العينية الأصلية، بينما يعد القيد هو الإجراء اللازم لشهر الحقوق العينية التبعية العقارية.
(٢) أن التسجيل يؤدي إلى حفظ الحق الأصلي دون تحديد مدة معينة، بينما القيد يؤدي إلى حفظ الحق التبعي لمدة معينة يجب بعدها تجديد القيد وإلا اعتبر كأن لم يكن^(٢).

(٣) يكون التسجيل بحفظ أصل المحرر الواجب تسجيله وإثبات كافة محتوياته في دفتر الشهر، أما القيد فيتم عن طريق عمل ملخص للمحرر، وإثبات البيانات الجوهرية فقط في دفتر الشهر.

(١) انظر: ا.د محمد لبيب شنب، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، ١٩٩٨، بند ٦٢، ص ١١٧.

(٢) انظر: ا.د رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٣٧٩.

رابعاً: وقت إجراء القيد: لم يحدد القانون وقتاً معيناً لإجراء القيد فى عقد الرهن، ولذلك يجوز إجراء قيد الرهن فى أى وقت بعد انعقاده، ولكن مصلحة الدائن المرتهن توجب الإسراع فى اتمام القيد وعدم التأخر فى قيد رهنه؛ حتى لا يسبقه غيره إلى قيد رهنه فيتقدم عليه، لما هو معلوم من أن الدائن المرتهن لا يكتسب مرتبته إلا من تاريخ قيد رهنه، وأنه عند التزام بين الدائنين المرتهنين وذى الحقوق المقيدة، فإنه يتقدم من كان قيده أسبق. وعلى ذلك إذا ارتهن (أ) عقاراً مملوكاً ل (ب) فى عام ١٩٩٠ ثم قيد رهنه فى عام ١٩٩٥، فإن مرتبته لا تحتسب إلا من عام ١٩٩٥، فإذا كان (ج) قد أرتهن ذات العقار فى عام ١٩٩٣، ثم قام بقيد رهنه فى ذات العام، فإنه نظراً لأسبقية قيده، سيتقدم على (أ) رغم أن رهن (أ) سابق على رهن (ج) ولكن العبرة ليست بتاريخ الرهن ولكن بتاريخ القيد^(١).

خامساً: الجهة المختصة بإجراء القيد: حيث نصت المادة ٥ من قانون الشهر العقارى على أنه "يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه.

وإذا كانت العقارات واقعة فى دائرة اختصاص مكاتب متعددة، وجب إجراء الشهر فى كل مكتب منها، ولا يكون للشهر الذى يتم فى أحد هذه

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، الحقوق العينية التبعية، مطبعة الإسراء، القاهرة، ص

المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات أو اجزاء العقارات التي تقع فى دائرة إختصاصه....".

ويترتب على ذلك، أن القيد يجب أن يكون بمكتب الشهر العقارى الذى يقع فى دائرته العقار المرهون، حتى يعرف الغير "الذى يضار من الرهن "الجهة التى يستطيع الإلتجاء اليها للحصول على البيانات الخاصة به، فكل شخص يرغب فى التعامل مع مالك العقار بالبيع أو غيره، بإمكانه أن يذهب إلى المكتب التابع له العقار ويطلب شهادة بحالة العقار من حيث القيود أو التصرفات الواردة عليه من ماله أو ملاكه السابقين^(١).

سادساً: تجديد القيد: يلزم حتى يظل القيد مفعوله سارياً أن يقوم ذو الشأن بتجديده قبل مضى عشر سنوات من حصوله؛ وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٣ من قانون الشهر العقارى؛ حيث تنص على أنه " يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه. على أن للدائن أن يجرى قيـداً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً تكون مرتبته من وقت إجرائه، وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى يجرى فيه".

وترتيباً على ذلك، يجب تجديد القيد، قبل مضى عشر سنوات على تاريخ إجرائه، وتحسب تلك المدة بالتقويم الميلادى الذى تقوم على أساسه دفاتر الشهر، وبالطبع لا يحسب اليوم الأول أى يوم القيد ذاته ولكن يحسب اليوم الأخير.

(١) انظر: ا.د محمد على إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة،

١٩٥٦، بند ١٩٧، ص ٢٩٦.

والحكمة من اشتراط تجديد القيد هي تسهيل الكشف في دفاتر الشهر العقاري، إذ يستطيع الباحث الاكتفاء بالرجوع إلى القيود التي تمت خلال السنوات العشرة السابقة فقط، فلا يلزم الكشف في سجلات الشهر عن مدة أطول من ذلك، بحيث إذا طلبنا تجديد القيد حتى تكون دفاتر الشهر صورة صحيحة للواقع، كان مؤدى ذلك سقوط القيد من تلقاء نفسه بمضى عشر سنوات إذا لم يجدد^(١).

ويتم تجديد القيد بطلب من الدائن المرتهن "صاحب المصلحة الأول في طلب القيد" أو خلفه، وإذا تم التجديد في موعده، فإن نفاذ الرهن يظل مستمراً من تاريخ القيد الأصلي، أى تظل للدائن مرتبته التي تحدت له بموجب القيد الأصلي، وإذا استمر الرهن، بعد تجديد القيد، وجب إعادة تجديده مرة أخرى قبل إنقضاء عشر سنوات على التجديد السابق^(٢).

ويجب تجديد القيد ما دام أن الحق المضمون بالرهن باق حتى يحتفظ القيد بمرتبته، غير أنه إذا كان القيد ذاته قد أصبح غير ذي محل لانقضاء الدين المضمون وزوال الرهن تبعاً له، فإنه لا يلزم إجراء التجديد^(٣).

سابعاً: محو القيد أو شطبه: هو إزالته إذا ما طرأ أمر يدعو إلى ذلك حتى يعلم الغير بتحرير العقار من الرهن، فإذا كان الغرض من القيد هو إعلام

(١) انظر: ا.د محمد لبيب شنب، مرجع سابق، بند ٦٣، ص ١١٩.

(٢) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٣) انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٢٠٥، ص ٣٠٧.

الغير بوجود الرهن، فإنه إذا انقضى الدين المضمون بالرهن سواء بالوفاء أو التقادم أو الإبراء أو المقاصة أو تنازل الدائن المرتهن عن القيد دون أن يتنازل عن الدين (١).

ولا يقصد بمحو القيد شطبه مادياً من السجلات بل المقصود هو التأشير على هامشه بما يفيد اعتباره غير موجود، ويقوم بهذا التأشير مكتب الشهر الذى حصل فيه القيد (٢).

ومحو القيد إما أن يتم بالتراضى، أى بموافقة الدائن المرتهن، وإما بحكم نهائى. وهو ما قررته المادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى؛ حيث نصت على أنه "لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضاء الدائن بتقرير رسمى منه". فالمحو إذن نوعان: رضائى وقضائى.

المحو الرضائى: يكون محو القيد رضائياً إذا حصل برضاء الدائن المرتهن، فهو عمل إرادى من جانب الدائن وحده ولا يلزم لقيامه قبول المدين الراهن، ومن ثم فلا يجوز للدائن الرجوع فيه بحجة عدم قبول المدين له (٣).

ويجب أن يفرغ رضاء الدائن بمحو القيد فى ورقة رسمية وإلا وقع باطلاً، كما يشترط أن يكون الدائن المرتهن أهلاً للنزول عن الرهن، معاوضة

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢) انظر: ا.د سليمان مرقس، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، ١٩٥١، بند ١١٤، ص ١٦٩.

(٣) انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٢٠٩، ص ٣١٠.

إن كان محو القيد بسبب الوفاء بالدين المضمون بالرهن، ويلزم أن تتوافر الأهلية اللازمة لقبض الدين وإعطاء مخالصة عنه، فلا يجوز للصبي المميز ومن في حكمه إجراء المحو في هذه الحالة وإنما يقوم به الولي أو الوصي على حسب الأحوال، أو تبرعاً إذا كان الرضا بمحو القيد دون استيفاء للدين المضمون بالرهن، ويلزم أن تتوافر الأهلية اللازمة للتصرف في الحق المضمون بالرهن^(١).

المحو القضائي: فهو كما يظهر من نص المادة ٤٥ من قانون الشهر العقاري يكون بناء على حكم نهائي. ويتحقق ذلك في حالة إمتناع الدائن المرتهن أو من حل محله في الرهن عن إجراء المحو الاختياري. فيلجأ صاحب المصلحة في المحو إلى المحكمة " الراهن أو الحائز "، فإذا صدر حكم من المحكمة بالغاء القيد، وكان هذا الحكم نهائياً أى غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، مما يسمح من التأشير بالمحو بناء على هذا الحكم، فلا يجوز التأشير بالمحو قبل أن يصبح الحكم الصادر به نهائياً أى غير قابل للطعن فيه باحدى طرق الطعن العادية^(٢).

إلغاء المحو: قد يطرأ من الأسباب ما يدعو بعد محو القيد إلى ضرورة الغاء هذا المحو ليعود القيد إلى السريان مرة أخرى بحيث يعتبر قائماً وكأنه لم يمح في وقت من الأوقات، كما لو تبين أن رضا الدائن المرتهن قد شابته غلط

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢) انظر: ا.د سليمان مرقس، مرجع سابق، بند ١١٧، ص ١٧٤.

أو تدليس أو إكراه، أو كنتيجة لإلغاء الحكم الصادر به بعد الطعن عليه بطريقة غير عادية من طرق الطعن " النقص، إلتماس إعادة النظر"^(١). وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٦ من قانون الشهر العقاري على أنه " إذا غي المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية.

ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة للقيد والتسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء".

والأصل أنه يترتب على الغاء المحو أن تعود للقيد مرتبته الأصلية قبل المحو، ولكن المشرع - استثناء - لم يجعل لهذا الإلغاء أثر رجعي بالنسبة للقيد والتسجيلات التي أجريت ما بين المحو والإلغاء، قاصداً من ذلك حماية الغير الذي يكسب حقاً على العقار خلال هذه الفترة على أساس أنه أكتسب حقه في فترة لم يكن فيها القيد قائماً، بل كان الثابت بالسجلات أنه قد تم محوه، ليقصر بذلك الأثر الرجعي لحكم إلغاء المحو على الغير الذين كانت لهم حقوق على العقار قبل محو القيد وكانوا من ثم يعلمون بالرهن فلا تضر بهم عودته بعد إلغاء المحو^(٢).

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٢) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢١٩.

المطلب الثاني

أثر قيد الرهن في حق الغير

يُنتج عقد الرهن الرسمي أثره في مواجهة الغير بعد قيده، أما قبل هذا التاريخ، فإنّ عقد الرهن لا ينتج سوى التزامات شخصية على عاتق المتعاقدين، حيث يثبت لصاحب قيد الرهن سلطة التقدم في استيفاء حقوقه متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة (الفرع الأول)، كما يثبت له سلطة تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه في حالة انتقال ملكيته لشخص آخر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة التقدم

تثبت سلطة التقدم للدائن المرتهن بمجرد قيد الرهن ^(١)، ويقصد بها أن يتقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، سواء بقي العقار المرهون في يد الراهن أو انتقلت ملكيته إلى الحائز ^(٢)، ويكون ذلك حسب مرتبته في القيد والتي تتحدد كقاعدة عامة من وقت القيد لا من وقت نشوء الحق ومتى تحددت مرتبة الدائن المرتهن يكون بإمكانه

(١) انظر:

MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel, BILLIAN Marc, Traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles, librairie général de droit et de jurisprudence, paris, 1995, p 781.

(٢) انظر:

BAPTISTE- Jean Seule, droit des sûretés, 5ème édition, Dalloz, paris, 2010, p 130

أن يستوفي حقه من أصل الدين وتوابعه على حسب مرتبته، كما يجوز للدائن المرتهن الذي قيد حقه أن يتنازل عن مرتبة رهنه لصالح دائن مرتهن آخر له حق عيني تبقي على ذات العقار.
أولاً: وعاء التقدم:

يقصد بوعاء التقدم هو المال الذي يستوفي منه الدائن المرتهن حقه بالتقدم على غيره من الدائنين^(١)، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٥٦ من القانون المدني التي تنص على أنه "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار.....".

ولما كان المقابل النقدي الذي يمارس عليه الدائن المرتهن حق التقدم يتحدد بصورة أصلية في ثمن العقار المرهون، كما أنه يتحدد أيضاً بصورة تبعية في كل مال يحل محل العقار المرهون.

١ - ثمن العقار المرهون:

إن حق الدائن المرتهن يتعلق بصورة أصلية بثمن العقار المرهون، بحيث يمارس الدائن المرتهن حقه في التقدم على هذا المبلغ النقدي.

وهذا هو ما جعل المشرع المصري يقتصر على ذكر ثمن العقار المرهون في نص المادة ١٠٣٠ من القانون المدني التي نصت على أن الرهن الرسمي هو عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً

(١) انظر: ا. د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية الرهن الرسمي، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة ١٩٦٦، ص ٣٣٠.

يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون".

فهذه الحالة تفترض تحويل العقار المرهون إلى مبلغ نقدي عن طريق البيع الجبري بالمزاد العلني، ومن ثم يمارس الدائن المرتهن حقه في التقدم على هذا المبلغ النقدي.

وتجدر الإشارة إلى أن حق التقدم لا يرد على ثمن العقار المرهون فقط ولكن يرد على ملحقاته أيضاً مثل العقارات بالتخصيص، وحقوق الارتفاق، والتحسينات و الإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك.

٢ - المال الذي يحل محل العقار المرهون:

لم يحدد المشرع المصري في المادة ١٠٥٦ من القانون المدني المال الذي يحل محل العقار المرهون.

ومع ذلك، يمكن للدائن المرتهن أن يمارس حق التقدم في استيفاء حقه من ثمن الأنقاض، ومبلغ التعويض و مبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

ثانياً: تحديد مرتبة الدائن المرتهن عند التزام:

تحدد مرتبة الدائن المرتهن عند التزام مع غيره من الدائنين أصحاب التأمينات العينية ^(١) الأخرى كقاعدة حسب الأسبقية في القيد، فيتقدم الأسبق قيماً

(١) مع الوضع في الاعتبار، أنه لا مجال للحديث عن التزام عند وجود دائنين عاديين مع دائن مرتهن، لأن الدائن المرتهن هو الذي سيتقدم على سائر الدائنين العاديين في استيفاء حقه، ولو كان حقه المضمون بالرهن قد نشأ بعد حقوقهم، فالتزام في المراتب لا يكون إلا بين الدائنين أصحاب التأمينات العينية.

على من يليه في ترتيب القيد، بحيث يتقدم الدائن الأعلى مرتبه على من يليه في المرتبه، فالدائن في المرتبة الأولى يتقدم على الدائن في المرتبة الثانية، والدائن في المرتبة الثانية يتقدم على الدائن في المرتبة الثالثة وهكذا^(١).

وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٥٧ مدنى على أنه: "تحتسب مرتبة الرهن من وقت تقييده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً".

مع الوضع فى الاعتبار، أنه تحتسب مرتبة التقدم من تاريخ القيد ولو أجري في يوم واحد، فالأسبقية تعني الأسبق في التقدم، فمن كان أسبق في القيد تقدم على المتأخر، حتى ولو تقدم إثنان في ساعة واحدة، ولو كان أحدهما متأخراً بدقائق عن الآخر.

حيث تنص المادة ١٠٥٦ مدنى على أنه "يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبه كل منهم ولو كانوا أجروا القيد فى يوم واحد".

وإنطلاقاً مما سبق، فإنه يحكم تراحم الدائن المرتهن مع غيره من الدائنين عند التنفيذ على العقار المرهون، مبدأ التقدم بحسب الأسبقية في القيد كمبدأ عام.

ولا تتور أيه صعوبات إذا لم يكن للراهن سوى دائن مرتهن واحد، فهذا الأخير لن يكون بحاجة إلى استعمال حقه فى التقدم، فالتقدم يفترض تعدد الدائنين.

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٨١.

مع الوضع في الاعتبار، أن الدائن المرتهن يتقدم على جميع الدائنين العاديين مهما تاريخ نشوء حقوقهم في ذمة المدين، أي حتى لو كانت حقوقهم ناشئة قبل الرهن.

كما أنه لا يستطيع الدائنون العاديون استيفاء حقوقهم إلا بعد أن يقوم الدائن المرتهن باستيفاء حقه كاملاً من العقار المرهون، بحيث يفتسم الدائنون العاديون ما بقي من ثمن العقار المرهون، أو ما يحل محله من أموال قسمة غرماء^(١).

أما في حالة تعدد الدائنون المرتهنون، فإن مرتبة كل منهم في إستيفاء حقوقهم تتحدد من وقت قيد الرهن وليس وقت إبرام عقد الرهن.

بينما في حالة تعدد الرهون في تاريخ واحد، فإنه يحسب ترتيب هذه الرهون وفقاً لساعة قيدها إذا جرى القيدان في نفس اليوم، فالأسبقية في القيد تتحدد بساعة التقديم، فمن كان أسبق في الساعة تقدم على المتأخر وهكذا.

ثالثاً: الحقوق التي يستوفيها الدائن بالتقدم:

١ - أصل الدين:

(١) حيث تنص المادة ١٠٥٦ من القانون المدني على أنه "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار".

يجب أن يذكر المبلغ المضمون بالرهن أو أصل الدين في عقد الرهن، كما يجب ذكره كذلك في قائمة القيد^(١)، والأصل أن يكون المبلغ المذكور في عقد الرهن يتطابق مع المذكور في قائمة القيد، أما في حالة اختلافهما بأن ذكر في عقد الرهن قيمة أقل أو أكبر من القيمة المذكورة بالقيد فالعبرة تكون بأقل القيمتين المذكورة في عقد الرهن أو القيد^(٢).

٢ - المصاريف:

حيث تنص المادة ١/١٠٥٨ مدنى على أنه: "يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيد والتجديد إدخالاً ضمناً في التوزيع، وفي مرتبة الرهن نفسها".

حيث تقع هذه المصروفات - بحسب الأصل - على عاتق المدين الراهن، فإذا أنفقها الدائن دون اتفاق خاص على أنه هو الذي يتحملها، كان له أن يستوفيه من المدين بضمان الرهن ذاته وفي نفس مرتبته دون حاجة إلى نص خاص^(٣).

(١) انظر: غويسم لخضر، آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٦٢.

(٢) انظر: أ.د عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر والأخير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ٤٩٤.

(٣) انظر: أ.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٨٢.

ومن المتفق عليه، أن المصاريف التي يستوفيهها الدائن بطريق الأفضلية حسب مرتبة رهنه، هي نفقات العقد والقيد وتجديد القيد، فلا يدخل فيها أى مصروفات أخرى كمصاريف الدعوى التي يرفعها الدائن للمطالبة بالدين مثلاً أو مصاريف محو القيد أو إلغاء المحو^(١).

٣- الفوائد:

تنص المادة ١٠٥٨ / ٢ على أنه "إذا ذكر سعر الفائدة فى العقد، فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد، دون المساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحققت والتى تحسب مرتبتها من وقت إجرائها، وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل".

يتبين من هذا النص، أن الفوائد تكون مستحقة وقت قيد الرهن، إذا كانت ذكرت فى قائمة القيد، فإنها تكون مضمونة بالرهن بنفس مرتبته، بينما تكون الفوائد مستحقة بعد ذلك، إذا لم تذكر الفوائد فى قائمة القيد، بحيث يمكن إجراء قيد تكميلي فتكون لها مرتبة هذا الأخير.

فضلاً عن ذلك، فهناك فوائد يضمنها القيد بقوة القانون دون حاجة لنص خاص عليها فى القائمة وتكون لها مرتبة الالتزام الأصلية ذاته وهى فوائد

(١) انظر: جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٥٢.

السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد.

رابعاً: نزول الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن لدائن مرتهن آخر:

حيث تنص المادة ١٠٥٩ مدنى على أنه: "يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه 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 تجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة"^(١).

إذا كان من المتفق عليه أن الأسبقية في قيد الرهن من شأنها أن تجعل الدائن المرتهن يتمتع بمركز ممتاز على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في إستيفاء دينه، إلا أن هذا لا يمنع من تنازل الدائن المرتهن المتقدم في المرتبة إلى دائن آخر متأخر عنه في المرتبة، فالمسألة تتعلق بمصلحة خاصة للدائن المرتهن، لذا أجاز المشرع التنازل عن المرتبة في قيد الرهن.

١- المقصود بالتنازل عن مرتبة الرهن:

يفترض النزول عن مرتبة الرهن وجود عدة دائنين مرتهنين لنفس العقار، فيمكن الإتفاق بين الدائن المرتهن المتقدم في المرتبة والدائن المتأخر في

(١) كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 2424 من القانون المدنى الفرنسى المعدل عام ٢٠٠٦ على أنه "

il peut aussi , par une cession d anterieoirite , ceder son rang d inscription a un creancier de rang posterieur dont il prend la place

المرتبة على أن يتنازل الأول عن مرتبته للثاني فيصبح كل منهما في مرتبة الآخر.

وبناءً على ما تقدم، فإنه يمكن تعريف التنازل عن مرتبة الرهن بأنه تبادل مراتب الرهن بين دائن مرتتهن أسبق في المرتبة، ودائن مرتتهن متأخر في المرتبة، فيحتل الذي كان متأخراً في المرتبة، المرتبة المتقدمة ويصبح الذي كان متقدماً في مرتبة متأخرة^(١).

فالدائن المرتتهن رهناً رسمياً لا ينزل عادة عن مرتبة رهنه، بل يبقى محتفظاً بحقه في التقدم على غيره من الدائنين التاليين له في المرتبة، وهذا ما يقودنا للتساؤل عن السبب أو الدافع الذي يؤدي بالدائن المرتتهن إلى النزول عن مرتبته في قيد الرهن إلى دائن مرتتهن آخر ؟

٢ - أسباب نزول الدائن المرتتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتتهن آخر:

قد يكون التنازل عن المرتبة على أساس أن الأسبق في المرتبة فقد يتنازل الدائن المرتتهن عن مرتبة رهنه إلى دائن مرتتهن آخر على أساس أن الدائن الأسبق في المرتبة أكثر ملاءة مالية من المتأخر، وتكون بينهما روابط أو مصالح معينة، تدفع بهما إلى الاتفاق على أن التنازل يكون إما معاوضة أو على سبيل التبرع^(٢).

(١) انظر: جلال محمد إبراهيم، سعد أحمد محمود، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٦٠.

(٢) انظر: د. مصطفى الهاشمي، عقد الرهن العقاري، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، ٢٠١١، ص ٨٢.

- النزول عن مرتبة الرهن تبرعاً:

الحالة الأولى: إذا كان للدائن المرتهن تأمين آخر غير العقار المرهون يكون من شأنه أن يفي بحقه، ففي هذه الحالة فهو لا تعنيه مرتبة رهنه على العقار المرهون، بل يعتمد على التأمين الآخر الذي يفي بحقه كاملاً.

الحالة الثانية: إذا كان الدائن المرتهن المتنازل واثقاً أن قيمة العقار المرهون تكفي لسداد كل الديون المقيدة، لكن الدائن المتأخر عنه في المرتبة لم تكن له نفس هذه الثقة، ومن ثم يعتمد هذا الأخير إلى الحصول على مرتبة متقدمة.

- النزول عن مرتبة الرهن معاوضة:

قد يعتمد الدائن المرتهن إلى التنازل عن مرتبة رهنه مقابل عوض مالي يحصل عليه من الدائن المرتهن المتنازل له.

ويمكن إرجاع مثل هذا التصرف إلى الثقة الكبيرة التي يتمتع بها هذا الدائن المتنازل نتيجة اعتماده على تأمين آخر من شأنه أن يفي بحقه كاملاً أو لأنه متأكد بأن العقار المرهون من شأنه أن يفي بجميع حقوق الدائنين المرتهنين.

٣- شروط النزول عن مرتبة الرهن:

يستفاد من نص المادة ١٠٥٩ مدنى على أن هناك مجموعة من الشروط للنزول عن مرتبة الرهن، يمكننا أن نذكرها على النحو التالى:

الشرط الأول: يجب أن يكون النزول لصالح دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ذلك أن النزول —كما قدمنا— يفترض وجود عدة دائنين مرتهنين على نفس العقار، فيتنازل المتقدم عن مرتبته للمتأخر عنه.

الشرط الثاني: يجب أن يكون النزول في حدود دين الدائن المتنازل وليس في حدود دين الدائن المتنازل له.

ومعنى هذا أن الدائن الذي يحل في المرتبة لا يحل في دين أكبر من الدين الذي كانت له هذه المرتبة.

وحكمه هذا الشرط واضحة وهي عدم المساس بحقوق الدائنين الذين يحتلون مرتبة وسطى بين المتنازل والمتنازل له^(١).

مثال ذلك: إذا كان دين زيد ١٠٠٠ جنيه في المرتبة الأولى ودين عبيد ٢٠٠٠ جنيه في المرتبة الثانية ودين بكر ٣٠٠٠ جنيه في المرتبة الثالثة فإذا نزل زيد عن مرتبة رهنه إلى بكر، فإن هذا الأخير لا يستفيد من المرتبة الأولى التي حل فيها محل زيد إلا لضمان ١٠٠٠ جنيه فقط، وإلا ترتب على النزول الإضرار بالدائن عبيد.

فإذا سمح لبكر بالاستفادة من مرتبة زيد بأكثر من هذا المبلغ لأدى ذلك إلى التأثير على ضمان عبيد في حالة توزيع ثمن العقار وعدم كفايته لسداد الديون.

(١) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٢١.

الشرط الثالث: يجب السماح للدائنين أصحاب المرتبة الوسطى بالتمسك ضد المتنازل له بكافة الدفوع التي كان من الجائز التمسك بها ضد المتنازل.

ولما كان التنازل عن القيد لا يجب أن يضر بحقوق الدائنين المرتهنيين أصحاب المراتب الوسطى، أعطى القانون هؤلاء الدائنين إمكانية استعمال الدفوع التي كان من الجائز التمسك بها ضد المتنازل ومن هذه الدفوع نجد الدفع ببطلان دين المتنازل، الدفع بانقضاء الدين، الدفع بعدم تجديد القيد^(١).

وتأسيساً على ذلك، يحق لعبيد في المثال السابق أن يتمسك في مواجهة بكر بكافة الدفوع التي كانت له في مواجهة زيد مثل الدفع ببطلان الدين أو بطلان الرهن أو بإنقضاء الدين إذا كان الانقضاء سابقاً على النزول.

أما إذا كان إنقضاء دين المتنازل بعد النزول عن مرتبة الرهن، فلا يجوز لعبيد أن يتمسك بالدفع بإنقضاء الدين^(٢).

مع الوضع في الاعتبار، أنه يجب التأشير بالتنازل عن المرتبة في هامش القيد الأصلي حتى يكون نافذاً في مواجهة الغير^(٣).

(١) انظر: د. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٣) انظر: الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٣ من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

سلطة التتبع

إذا كان من المتفق عليه، أن الرهن لا يمنع الراهن من التصرف في العقار المرهون، فيجوز له أن ينقل ملكيته لشخص آخر، ومثل هذا التصرف لا يمنع الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون في أي يد يكون وهو ما يعرف إصطلاحاً بحق التتبع أو سلطة التتبع.

أولاً: ماهية المقصود بالتتبع:

يقصد بسلطة التتبع أو حق التتبع هي مكنة يخولها حق الرهن للدائن المرتهن يكون له بمقتضاه أن يقوم بإتخاذ الإجراءات اللازمة للتنفيذ على العقار المرهون عندما تنتقل ملكيته إلى شخص آخر غير الراهن، بحيث يمارس الدائن المرتهن سلطة التتبع في مواجهة الغير الذي أنتقلت إليه الملكية والذي يسمى إصطلاحاً بالحائز.

ثانياً: شروط مباشرة سلطة التتبع:

يُقصد بشروط مباشرة سلطة التتبع، الشروط الواجب توافرها حتى يكون للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار المرهون والتنفيذ عليه تحت يد من انتقلت إليه ملكيته، وقد اشترط القانون لإمكانية التتبع شروطاً يجب توافرها في الشخص الذي يمارس سلطة التتبع وهو الدائن المرتهن، وأخرى يجب توافرها في الشخص الذي يمارس ضده سلطة التتبع وهو الشخص الحائز.

١- الشروط الخاصة بالدائن المرتهن:

يُشترط في الدائن المرتهن حتى يباشر سلطة التتبع أن يحل أجل دينه من جهة وأن يكون حقه (حق الرهن) نافذاً في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون من جهة أخرى.

- حلول أجل الدين:

تنص المادة من القانون المدني على أنه: "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار،...".

إن الدائن المرتهن لا يستطيع مباشرة حق تتبع العقار المرهون للتنفيذ عليه في يد الحائز إلا إذا حل أجل دينه، وما هذا الشرط في حقيقته إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بعدم جواز التنفيذ بمقتضى حق مؤجل.

- نفاذ الرهن في مواجهة الغير (الحائز):

يجب أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حقه قبل أن يسجل الشخص الحائز السند الذي انتقلت بموجبه ملكية العقار المرهون إليه^(١)، وأن يظل القيد قائماً إلى حين ممارسة حق التتبع، فإذا سقط القيد بعدم تجديده مثلاً، سقط حق الدائن المرتهن في التتبع، وما يلاحظ أن العبرة هنا هي الأسبقية في الشهر أو القيد بغض النظر عن تاريخ السند المنشئ للحق، فإذا قيد الرهن بعد تسجيل

(١) انظر: د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، الحيازي، الاختصاص، الكفالة، ٢٠٠٦، ص ٢٧٩.

التصرف الناقل لملكية العقار المرهون، فإن الرهن لا ينفذ في مواجهة المتصرف إليه ولا يستطيع المرتهن تتبع العقار في يد حائزه ولو كان عقد الرهن قد أبرم قبل عقد بيع العقار المرهون.

ومن هذا المنطلق، حتى يستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار المرهون يجب أن يكون حقه على هذا العقار نافذا في مواجهة الحائز، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان مقيدا قبل اكتساب هذا الأخير حقه على ذات العقار، ذلك أن حق التتبع — عند إمعان النظر — ما هو في حقيقة الأمر إلا تزام بين صاحب حق عيني تبعي هو الدائن المرتهن، وصاحب حق عيني أصلي هو المتصرف إليه، ومن المعلوم أن كلاهما لن يكون حقه نافذا في مواجهة الغير إلا بعد شهره، ومن ثم يكون تاريخ الشهر الأمر الحاسم للتزام بينهما، وليس تاريخ إنشاء السند المنشئ للحق.

وعلى ذلك، إذا قيد الدائن المرتهن حقه على العقار المرهون قبل شهر المتصرف إليه حقه، اكتسب هذا الأخير حقه متقل بحق الرهن، وجاز للدائن المرتهن تتبع هذا العقار والتنفيذ عليه في يد المتصرف إليه وهو الحائز. أما إذا بادر المتصرف إليه إلى شهر حقه قبل قيد الدائن المرتهن لحقه، فيكون بذلك قد اكتسب حقه خاليا من الرهن، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن المرتهن تتبع هذا العقار للتنفيذ عليه.

وإذا توافر الشرطان في جانب الدائن المرتهن، ثبت لهذا الأخير الحق في تتبع العقار المرهون بغض النظر عن مرتبة رهنه، بل حتى ولو كان من المحتمل أن لا يصله شيء من ثمن العقار المرهون عند التوزيع.

٣- الشروط الخاصة بالحائز:

حيث تنص المادة ٢/١٠٦٠ من القانون المدني على أنه: "يُعتبر حائزاً للعقار المرهون، كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن".

يتضح من هذا النص أنه يقصد بالحائز هو من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون بتصرف قانوني أو واقعة قانونية، أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن^(١).

كما أنه يلزم توافر مجموعة من الشروط لدى الشخص حتى يكتسب صفة الحائز مما يسمح للدائن بتتبع العقار والتفويض عليه تحت يديه، وهذه الشروط هي:

(١) بينما تنص المادة ١٣٥٤ مدني أردني على أنه يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من أنتقلت إليه بعد الرهن ملكية أو حق عيني آخر عليه بأي سبب دون أن يلزمه شخصياً دين الراهن". كما عرفت المادة ١٣٠٦ من القانون المدني العراقي على أنه يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من أنتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن".

- أن يكون الحائز مالكا للعقار المرهون:

لا يُعتبر الشخص حائزاً إلا إذا انتقلت إليه ملكية العقار المرهون كلها أو بعضها بغض النظر عن السبب الذي بمقتضاه تلقى الحائز هذا الحق سواء كان تصرفاً قانونياً كالبيع أو الهبة أو الوصية، أو بناءً على واقعة قانونية كالانقضاء المكسب^(١).

أما من انتقل إليه حق عيني تبقي كالرهن الرسمي أو الحيازي أو حق الاختصاص أو الامتياز، أو من تلقى حقاً شخصياً كالمستأجر، فإنه لا يعتبر حائزاً ولا يستعمل ضده حق التتبع، وإنما يباع العقار المرهون كما لو كان خالياً من هذه الحقوق^(٢).

مع الوضع في الاعتبار، أنه يشترط لمباشرة الدائن المرتهن لسلطة التتبع أن يكون الحائز قد تملك العقار المرهون أو الحق العيني بعد قيد الرهن وليس قبل قيد الرهن لأنه في الحالة الأخيرة لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير ولا يستطيع الدائن المرتهن مباشرة سلطة التتبع ضد الحائز كونه قد إنتقلت إليه ملكية العقار خالية من الرهن.

(١) انظر: د. منصور محمد حسين، النظرية العامة للانتمان العيني "صور الانتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايتها"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٠٩.

(٢) انظر: د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دراسة تحليلية مقارنة، ط ٤، دار الحرية للطباعة، بغداد، ٩٧٦١، ص ١٣٣.

- أن لا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن: وهذا الشرط يعني ألا تتوافر في الحائز صفة المديونية^(١)، فإذا كان الشخص الذي اكتسب ملكية العقار المرهون مسئول مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، كالكفيل الشخصي، فإن هذا الشخص لا يعد حائزاً للعقار المرهون على أساس أن هذا الشخص يلتزم بضمان الدين في جميع أمواله تجاه الدائن المرتهن.

وترتيباً على ما سبق، فإذا كان الحائز مسؤولاً شخصياً عن الدين، جاز للدائن المرتهن أن يُنفذ على جميع أموال الحائز بمقتضى حقه في الضمان العام بما في ذلك العقار المرهون، فلا يكون في حاحه إلى استعمال سلطة التتبع ضد الحائز^(٢).

وبناءً على ذلك، لا يعتبر حائزاً من إشتري العقار المرهون من الراهن، إذا كان شريكاً في الدين سواء كان متضامناً أو غير متضامن، أو إذا كان كفيلاً شخصياً كفل الدين المضمون بالرهن، أو كفيلاً عينياً قام برهن عقاره ضماناً لدين على المدين، فإنه يسأل مسؤولية شخصية عن الدين المضمون أمام

(١) إن الالتزام المدني يتضمن عنصرين: عنصر المديونية وعنصر المسؤولية، بينما التزام الحائز بالدين المضمون بالرهن يقوم على عنصر المسؤولية دون عنصر المديونية.. لمزيد من التفاصيل انظر: د. عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، ج ١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٩٢.

(٢) انظر: د. محمد طه البشير، مرجع سابق، ص ١٣٤.

الدائن في حدود العقار المرهون، أما إذا تصرف الكفيل العيني في العقار فيعتبر المشتري حائزاً للعقار.

أما بالنسبة إلى الوارث، فإنه لا يعتبر حائزاً، لأنه يسأل عن ديون التركة مسئولية شخصية بحيث تكون مسئوليته محددة بمقدار هذه التركة^(١).

ثالثاً: خيارات الحائز:

اعطى القانون وفقاً لنص المادة ١٠٦٠/١ للحائز بعض الخيارات التي تمكنه من تحقيق مصلحته، إذا لم يكن لدى هذا الأخير ما يدفع به تتبع الدائن للعقار المرهون، فله أن يختار بين أن يقضى الدين أو يطهر العقار أو يتخلى عنه أو أن يتحمل إجراءات نزع الملكية^(٢) وذلك على النحو التالي:

١- قضاء الدين:

من المتفق عليه، أنه يمكن لحائز العقار المرهون أن يتقاضى نزع ملكيته من خلال قضاء الدين بصورة اختيارية وهو الأصل، أو قضاء الدين بصورة إجبارية وهو الاستثناء في بعض الحالات.

أ- الوفاء الاختياري للدين:

حيث تنص المادة ١٠٦١ مدنى على أنه: "يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزداد....".

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٩٢.

يستفاد من هذا النص، أنه قد يلجأ الحائز بمحض إرادته عادة إلى خيار قضاء الدين مع النفقات عندما يرى أنه أفضل طريق يحقق مصلحته، كما لو كانت قيمة الدين أقل من قيمة العقار، بحيث إذا قام الحائز بقضاء الدين تخلص العقار من الرهن وبرئت ذمته من جزء من الثمن.

وكذلك الأمر إذا كان الحائز مشترياً للعقار المرهون بثمن مؤجل، فيحق للحائز أن يوفى بالثمن إلى الدائن المرتهن بدلاً من الوفاء بالثمن للبائع.

ويجب على الحائز أن يقضي الدين وملحقاته إلى آخر جنبيه، بحيث إذا أوفى الحائز بجزء من الدين فقط وليس بالدين كله، فإنه يجوز للدائن متابعة إجراءات التنفيذ ضده، وذلك إعمالاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن^(١)، أما إذا أوفى الحائز دين المدين الراهن، فتخلص له ملكية العقار بحيث يتطهر العقار من كل الرهون التي كانت تنقله، كما تثبت له حقوق مقابل وفاءه الدين.

كما أضافت المادة ١٠٦١ مدني بعد قيام الحائز بقضاء الدين لمصلحة الدائن "..... بأن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين".

يستفاد من هذا النص، أنه ثبت للحائز الذي أوفى الدين مجموعة من الدعاوى يمكن أن نذكرها على النحو التالي^(٢):

(١) انظر: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٢) حيث تمثل هذه الدعاوى حق الحائز في حالة القضاء الاختياري دون حالة القضاء الجبري للدين، لأنه إذا قام الحائز بالوفاء الإجمالي للدين فإنه لا يدفع أكثر مما هو مستحق في ذمته كما سنرى لاحقاً.

- رجوع الحائز على المدين الراهن بالدعوى الشخصية:

حيث يحق للحائز أن يرجع على المدين الراهن على أساس دعوى الإثراء بلا سبب وفقاً للقواعد العامة، ويتمثل الإثراء في جانب المدين الراهن في برأت ذمته من الدين دون أن يدفع شيء، والحائز افتقر بدفع دين غير مستحق عليه، وأن هذا الافتقار كان السبب وراء الإثراء.

وفي هذه الحالة، يجوز للحائز أن ينفذ على جميع أموال المدين بمقتضى ماله من حق في الضمان العام^(١).

- رجوع الحائز على المالك السابق للعقار المرهون بدعوى الضمان:

يحق للحائز أن يرجع على سلفه الذي تلقى منه ملكية العقار المرهون بدعوى الضمان إذا كان سنده موجبا للضمان، ويكون الرجوع على أساس أحكام ضمان الاستحقاق في عقد البيع وفقاً لنص المادة ٤٤٢ مدني التي تنص على أنه "إذا تولى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات".

أما إذا تلقى الحائز ملكية العقار تبرعاً من المدين الراهن عن طريق الهبة أو الوصية مثلاً، فلا يمكن له الرجوع بدعوى الضمان في هذه الحالة، حيث لا يوجد ضمان في التبرعات كقاعدة ومن ثم لا يستطيع الحائز أن يرجع على الواهب أو الموصي بشيء^(٢).

(١) انظر: سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

(٢) انظر: ا.د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

— حلول الحائز محل الدائن في حقوقه وتأميناته على أساس دعوى الحلول:
فإذا أوفى الحائز لدائن المدين حقه، حل الحائز محل الدائن في حقوقه
قبل المدين وفي كل ما يكفل هذه الحقوق من تأمينات.

وقد وضع المشرع استثناء للقاعدة في مجال الرهن الرسمي تقضي بأن،
الحائز الذي حل محل الدائن الذي أوفى له حقه لا يستفيد سوى من التأمينات
التي قدمها المدين، أما التأمينات التي قدمها غير المدين (الكفيل العيني
والشخصي)، فإن الحائز لا يستفيد من وجود هذه التأمينات حتى لا يضار الكفيل
الشخصي والعيني من تصرف المدين في العقار المرهون ^(١).

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للحائز أن يحل محل الدائن في الرجوع
على الكفيل الشخصي للمدين ولا على الكفيل العيني الذي قدم عينا لضمان
الدين.

وإذا حل الحائز محل الدائن وجب عليه المحافظة على حق الرهن، وذلك
بتجديد القيد ضمن المواعيد القانونية مثلا.

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٦٢ مدنى على أنه "يجب على الحائز
أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء، وذلك إلى
أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز".

(١) انظر: د. أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة،
الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٠٦.

ب- الوفاء الإجباري للدين:

إذا كان الأصل أن قضاء الحائز للدين هو أمر اختياري، إذا أراد أن يطلبه وان شاء تركه وذلك حسب مصلحته، إلا أن المشرع بموجب نص المادة ١٠٦٣ مدنى جعل القضاء إجبارياً على الحائز فى حالتين هما:

الحالة الأولى: إذا كان فى ذمة الحائز بسبب إمتلاك العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا، يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار. كما لو كان الحائز مشتري العقار من الراهن و لم يوفى بكامل الثمن بل وفى جزء منه، فإنه يجوز لأى من هؤلاء الدائنين أن يطلب من الحائز الامتناع عن الوفاء للراهن والوفاء له بحقه، بحيث تبرأ ذمة الحائز من الثمن فى مواجهة البائع الراهن.

الحالة الثانية: إذا كان الدين الذي فى 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 فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم، ويكون الدفع طبق للشروط التي التزم الحائز بالوفاء بمقتضاها وفى الميعاد المحدد أصلاً للوفاء.

ثانياً: تطهير العقار: هو وسيلة قانونية يتقضى بها حائز العقار إجراءات التنفيذ ضده وذلك عن طريق عرض قيمة العقار على الدائنين أصحاب هذه الحقوق، فإذا قبلوها ودفعها لهم الحائز حسب ترتيب استحقاقهم، فإن العقار يكون خالياً

مما يتقله من حقوق مقيدة، بينما إذا اعترض أحد الدائنين، فإن العقار يباع بالمزاد العلني.

حيث يهدف التطهير إلى تخليص العقار مما يتقله من حقوق عينية، ويلجأ الحائز إلى التطهير إذا كانت الديون أكثر من قيمة العقار، لأنه لو كانت قيمة الديون أقل من قيمة العقار، فإن الحائز سوف يختار قضاء الديون.

أ- مزايا التطهير:

- يفيد الحائز في الاحتفاظ بملكية العقار المرهون دون أن يدفع أكثر من قيمته.
- يفيد الراهن لأن إجازة القانون للتطهير يكون من شأنه أن يشجع الغير على شراء العقار من الراهن من أجل تطهيره دون اتباع إجراءات نزع الملكية.
- يفيد الدائن المرتهن لأنه سوف يحصل على قيمة العقار دون إتخاذ إجراءات نزع الملكية.

- يشجع حركة الائتمان لأنه يسهل التعامل في العقارات المرهونة.

ب- عيوب التطهير:

- - أنه يجبر الدائنين على قبول الوفاء بديونهم قبل ميعاد حلولها.
- - أنه يجبر الدائنين على قبول الوفاء الجزئي وتجزئة الرهن خلافاً للأصل، كما تحسب قيمة العقار وقت التطهير، وقد ترتفع قيمته إذا إتخذت إجراءات نزع الملكية.

ج - الاشخاص الذين يحق لهم التطهير:

تنص المادة ١٠٦٤/١ مدنى على أنه "يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده تسجيل هذا السند".
يستفاد من هذا النص، بأن حائز العقار هو الذى أجاز له القانون استعمال وسيلة التطهير دون غيره.

ويشترط ألا يكون الحائز مسؤولاً عن الدين بصفة شخصية كالكفيل الشخصى، بينما يجوز لمن أشتري العقار كله أو بعضه وللموصى له والشفيع ومن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون، ولا يجوز لمن ترتب له حق الارتفاق أو حق الاستعمال، لأن هذه الحقوق غير قابلة للرهن والبيع بالمزاد العلنى.

د - آثار تطهير العقار:

يترتب على تطهير العقار استقرار ملكية العقار بصفة نهائية للحائز خالصة من كل قيد^(١).

بينما إذا رفض الدائنون العرض الموجه إليهم من الحائز بشأن تطهير العقار المرهون، فإنه يلزم على هؤلاء فى خلال مدة ثلاثون يوماً من آخر إعلان أن يطالبوا ببيع العقار المطلوب تطهيره، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يطلب أحد الدائنين بيع العقار، فإنه يعتبر سكوتهم بمثابة قبولاً ضمناً لعرض الحائز الذى تستقر له ملكية العقار خالصة من كل قيد^(٢).

(١) المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٩٩.

ثالثاً: تخلية العقار:

يمكن للحائز أن يتخلى عن العقار المرهون بأن يترك العقار في يد حارس أو أمين تعينه المحكمة لتباشر إجراءات نزع الملكية في مواجهته بدلاً من التنفيذ عليه في مواجهة الحائز.

وحتى يستطيع الحائز القيام بتخلية العقار المرهون وتركه في يد حارس أو أمين تعينه المحكمة يجب أن يكون أهلاً للتصرف^(١).

أ- فائدة التخلية:

إن الغاية من التخلية هي تفادي المساس بالسمعة المالية للحائز من خلال عدم توجيه إجراءات التنفيذ إليه، بحيث تتخذ الإجراءات في مواجهة الحارس نفسه دون الحائز^(٢).

كما أن التخلية تخلص الحائز من مسؤولية إدارة العقار بعد أن انعدمت مصلحته في هذه الإدارة، حيث أن إيراد العقار وثماره من وقت انذار الحائز تكون للدائن المرتهن.

وفضلاً عن ذلك توفر التخلية للحائز ما قد ينفقه من مال وجهد في متابعة إجراءات التنفيذ.

(١) وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٤٦٧ من القانون المدني الفرنسي بقولها:

Quant au délaissement par hypothèque , il peut être fait par tous les tiers détenteurs...qui ont la capacité d'aliéner

(٢) انظر: ا.د سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية التبعية، دار الكتب القانونية ط ٣، لبنان، ١٩٩٥، ص ٣٨٢ وما بعدها.

كما تمتد فائدة التخلية للدائن المرتهن أيضاً، حيث أنها تمثل اعترافاً من الحائز بحق الدائن المرتهن^(١).

ب- الاشخاص الذين يحق لهم التخلية:

يجوز لحائز العقار دون غيره إجراء التخلية، فهو الشخص الذى آلت إليه ملكية العقار المرهون دون أن يكون مسئولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن.

بينما لا تجوز التخلية من المدين الراهن أو الكفيل الشخصى على أساس أن هؤلاء مسئولون مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، بينما يجوز للكفيل العيني أن يتخلى عن العقار المرهون من أجل تقادى إتخاذ إجراءات نزع الملكية إليه^(٢).

ج- آثار التخلية:

إذا كانت التخلية لا يترتب عليها تخلي الحائز عن ملكية العقار المرهون، ولا عن حيازته القانونية وإنما عن حيازته المادية "العرضية" فقط، فهي تؤدي إلى النتائج التالية:

١- للحائز حق التصرف في العقار المرهون إلى وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية، لكن لا تنفذ هذه التصرفات في مواجهة الدائنين إذا تم شهرها بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية.

(١) انظر: ا.د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، ط ٣، ج ١٠، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨، ص ٥٨٢.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٠١.

- ٢- إذا رسا المزاد بثمان يزيد عن ديون الدائنين، فإن الباقي بعد وفاء هذه الديون يكون من حق الحائز.
- ٣- للحائز قبل رسو المزاد، الرجوع عن التخلية بدفع ديون الدائنين، ولا يكون ذلك إلا إذا قضى الحائز جميع الديون وملحقاتها.
- ٤- إذا رسا المزاد على الحائز استقرت الملكية له، و إذا رسا المزاد على غير الحائز تلقى الراسي عليه المزاد الملكية من الحائز.

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

ينقضي الرهن التأميني بصفه تبعية، فإذا انقضى الدين المضمون انقضى تبعاً له، وينقضي بصفة أصلية بزواله وحده دون انقضاء الدين المضمون، وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في الأول انقضاء الرهن بصفة تبعية ثم نكرس الثاني إلى دراسة انقضاء الرهن بصفة أصلية.

المبحث الأول

انقضاء الرهن بصفة تبعية

تنص المادة ١٠٨٢ مدنى على أنه "ينقضى حق الرهن الرسمى بإنقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التى يكون الغير قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته". يتبين من هذا النص، أن الرهن ينقضى بصفة تبعية، إذا انقضى الدين المضمون بأى سبب من اسباب انقضاء الالتزامات كالوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقدم، ويلزم أن يكون الانقضاء كلياً وليس جزئياً، فإذا بقى جزء من الدين، فلا ينقضى الرهن بل يظل كله ضامناً له تأسيساً على قاعدة عدم تجزئة الرهن.

فإذا زال السبب الذى ترتب عليه إنقضاء الدين عاد الالتزام المضمون من جديد وعاد معه الرهن، ويتحقق ذلك فى حالة إبطال الوفاء بسبب حصوله بشئ غير مملوك للمدين الموفى أو لصدوره من غير ذى أهلية. ففى كل هذه الحالات السابقة، يعتبر الانقضاء كأن لم يكن، بحيث يعود الدين المضمون ويظل الرهن ضامناً له.

ومع ذلك، لا يجوز أن يترتب على عودة الرهن مع الدين الأصلى أى ضرر يلحق الغير حسن النية الذى لا يعلم بالعيب الذى يشوب سبب انقضاء الرهن، إذا كان قد كسب حقاً على العقار، كما لو اشتراه أو ارتهنه فى الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته، فإن الرهن لا يكون نافذاً فى مواجهته ولا يكون من شأنه الإضرار به.

المبحث الثاني

انقضاء الرهن بصفة أصلية

قد ينقضى الرهن بصفة أصلية ويبقى للدائن حقه الشخصي قبل المدين فيصبح مجرد دائن عادي بعد أن كان دائناً مرتهناً. وينقضى الرهن بصفة أصلية بنزول الدائن المرتهن عنه أو بتطهير العقار المرهون أو ببيعه بالمزاد العلني أو بهلاك العقار المرهون. أولاً: النزول عن الرهن:

قد يتنازل الدائن المرتهن عن الرهن فقط دون الدين، ويكون ذلك إما صراحة أو ضمناً، كما هو الحال إذا تعهد الدائن المرتهن لمشتري العقار بخلوه من الرهن، ولا يشترط في النزول شكل خاص، فإذا تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن دون الدين المضمون إنقضى الرهن وبقي الدين المضمون به قائماً، وعلى إثر ذلك يتحول الدائن المرتهن إلى دائن عادي، ولهذا يصح القول أن الرهن إنقضى بصفة أصلية.

ويلزم أن تتوافر لدى الدائن المرتهن وقت النزول عن الرهن أهلية الإبراء من الدين، إذا كان النزول عن الرهن بغير مقابل بالنظر إلى أنه يترتب على هذا النزول التقليل من فرص استيفاء الدائن لحقه.

ثانياً: هلاك العقار المرهون:

ينقضى الرهن بهلاك العقار المرهون، على أنه يلزم أن يهلك هلاكاً كلياً، فإذا كان الهلاك جزئياً، فإن الجزء الآخر يبقى ضامناً للدين كله عملاً بقاعدة عدم تجزئة الرهن.

والرهن ينقضى أيّاً كان سبب الهلاك، فقد يكون الهلاك بسبب خطأ الراهن مما يعطى الدائن الحق فى الاختبار بين أن يستوفى الدين فوراً أو أن يقتضى تأميناً كافياً.

فإن كان الهلاك لا يد للراهن فيه كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل.

حيث ينقضى الرهن الرسمي لانعدام المحل سواء كان الهلاك مادياً أو قانونياً، ومثال على الهلاك المادى كما لو نزع ملكية العقار للمنفعة العامة، ومثال على الهلاك القانونى، كما إذا رهن المنتفع حقه ثم انقضى هذا الحق بموت المنتفع أو بحلول الأجل.

وفى جميع الحالات التى ينقضى فيها الرهن فإنه ينتقل إلى المال الذى يحل محله فى ذمة الراهن كمبلغ التعويض أو التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة طبقاً لقاعدة الحلول العينية.

ثالثاً: تطهير العقار المرهون:

تقضى المادة ١٠٨٣ من القانون المدنى بأنه "إذا تمت إجراءات التطهير، انقضى حق الرهن الرسمى نهائياً، ولو زالت لأى سبب من الاسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار" (١).

(١) ورد فى المذكرة الإيضاحية للتقنين المدانى ما يلى: "وينقضى حق الرهن بصفة أصلية، أى مستقلاً عن الدين، بأسباب مختلفة، فهو ينقضى بالتطهير، حتى ولو فسخت ملكية الحائز الذى أجرى التطهير، كما إذا طهر المشتري وفاء العقار المرهون ثم استرده البائع، فإنه يسترده مطهراً، وينقضى كذلك بالبيع الجبرى، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين". مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧، ص ١٥٠.

فالتطهير ينهى الرهن، حتى ولو لم يستوفى الدائن المرتهن إلا لبعض حقه، بل حتى ولو لم يستوفى منه شيئاً.
ويظل أثر التطهير قائماً حتى ولو زالت فيما بعد ملكية الحائز الذى طهر العقار لأى سبب من الأسباب حتى ولو كان زوالها بأثر رجعى كفسخ وبطلان سند ملكيته، فالملكية تعود عندئذ إلى المالك السابق خالصة من الرهون التى سبق تطهيرها ^(١).

رابعاً: بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني:

تنص المادة ١٠٨٤ مدنى على أنه: "إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو يدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم بإستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

يستفاد من هذا النص، أن الرهن ينقضي عند بيع العقار المرهون بالمزاد العلني متى تم إيداع الثمن الذي رسا به المزاد لدى خزانة المحكمة، أو يسلم إلى أحد الدائنين المقيدة حقوقه منه.

ولكن قد لا يأخذ أحد الدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة حقه، هنا ينقضي الرهن بصفة أصلية ويبقى الدين شخصياً.

(١) انظر: ا.د رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٥٤٩.

الباب الثاني

حق الاختصاص

أولاً: تعريف حق الاختصاص:

هو حق عيني تبعي يثبت للدائن بأمر من القضاء على عقار معين أو أكثر من عقارات مدينه، بناء على حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين، ويكون للدائن بموجب هذا الحكم أن يستوفى دينه من المقابل النقدي لهذا العقار، أو العقارات، في أى يد يكون^(١).

وحق الاختصاص يتفق مع الرهن الرسمي فى أثره، ولكنه يختلف عنه من حيث نشوءه، فى أنه لا يتقرر باتفاق بين الطرفين، بل يتقرر بناء على حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين^(٢).

(١) لمزيد من التفاصيل حول تعريف حق الاختصاص انظر: ا.د محمد كامل مرسى، التأمينات الشخصية والعينية، ط ٢، ١٩٣٠، بند ٤٢٧، ص ٤١٨؛ ا.د سليمان مرقس، ا.د سليمان مرقس، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، ١٩٥١، بند ١٩٤، ص ٢٧٥؛ ا.د محمد على إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، بند ٢٩١، ص ٤١٤؛ ا.د حسام الأهوانى، ا.د حسام الأهوانى، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ١٩٥٥، بند ٦٣٢، ص ٧١١، ا.د محمد لبيب شنب، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية، ط ٣، ١٩٩٥، بند ١٠١، ص ١٧٩؛ ا.د طلبة وهبة خطاب، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينية وشخصية، دار الثقافة الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٢٩٧.

(٢) انظر: ا.د سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

ثانياً: تقدير نظام الاختصاص:

حيث أن حق الاختصاص يعطى الدائن حق عيني على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، فإنه بذلك يؤمنه من خطر التصرفات الصادرة من المدين بعد الحصول على حكم بإلزامه بالدين وتقرير حق الاختصاص مما قد يحقق مصلحة للمدين في الاحتفاظ بأمواله حتى يتمكن من الوفاء لاسيما وأن الدائن قد لا يتعجل التنفيذ^(١).

ولكنه يعاب على حق الاختصاص بأنه يؤدي إلى تفضيل أحد الدائنين على غيره من الدائنين بمجرد السبق في الحصول على الحكم، بينما يكون سبب تأخير الدائنين الآخرين في الحصول على الحكم راجعاً إلى سبب خارج عن إرادتهم، كما أن الرغبة في الحصول على حق الاختصاص تجعل الدائنين يتسابقون في رفع الدعاوى على المدين مما يترتب عليه إقتال كاهل القضاء بقضايا لا مبرر لها بالإضافة إلى زيادة المصروفات^(٢).

وقد وردت أحكام حق الاختصاص في القانون المدني في المواد من ١٠٨٥ إلى ١٠٩٥ وذلك في فصلين: الأول في انشاء حق الاختصاص، والثاني في آثاره وانقاصه وانقضائه، وهو ما سوف نتناوله بالترتيب على النحو التالي :

(١) انظر: ا.د نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٨١.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.

الفصل الأول

إنشاء حق الاختصاص

كما سبق أن رأينا في تعريف حق الاختصاص بأنه يتقرر بناء على حكم قضائي بطلب من الدائن، كما أنه يرد على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، ولكن ليس للدائن أن يأخذ حق الاختصاص في أى وقت وإنما هناك شروط وإجراءات يجب إتباعها من جانب الدائن حتى يكون حق الاختصاص نافذاً في حق الغير.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في الأول شروط الحصول على حق الاختصاص ثم في الثانى نتناول الإجراءات التى يجب إتباعها للحصول عليه.

المبحث الأول

شروط الحصول على حق الاختصاص

نصت المواد (١٠٨٥) إلى (١٠٨٨) من القانون المدني المصرى على الشروط اللازم توافرها لإمكان تقرير حق اختصاص للدائن على عقار، أو أكثر من عقارات المدين؛ حيث قررت أنه:

مادة (١٠٨٥) "(١) يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات.

(٢) ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى

التركة.

مادة (١٠٨٦) "لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة اجنبية، أو على قرار صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ".

مادة (١٠٨٧) "يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً بين الخصوم، ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع".

مادة (١٠٨٨) "لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى".

ووفقاً لهذه المواد، فإنه يشترط لإمكان نشوء حق الاختصاص ضرورة توافر عدة شروط يمكن أجمالها فيما يلي:

الشرط الأول: وجوب أن يكون بيد الدائن حكم قضائي تتوافر فيه شروط معينة:

إن الحكم الذي يصدر الاختصاص بناء عليه يلزم أن تتوافر فيه شروط ثلاثة هي: وجود حكم قضائي، وأن يكون واجب التنفيذ، وأن يكون صادراً فى موضوع الدعوى، وملزماً للمدين بشيء معين.

(١) وجود حكم قضائي: لا يتقرر حق الاختصاص إلا إذا كان بيد الدائن حكم قضائي، فإن كان دينه غير ثابت بالكتابة أو كان وارداً فى ورقة عرفية أو رسمية، فإنه لا يمكن تقرير حق اختصاص بموجبه طالما لم يحصل على حكم قضائي يفيد هذه المديونية^(١).

ولا يشترط أن يكون الحكم صادراً عن المحاكم المصرية، إذ يجوز أخذ حق اختصاص بموجب حكم صادر من محكمة أجنبية، متى أصبح هذا الحكم واجب التنفيذ فى مصر، أى بعد الحصول على الصيغة التنفيذية، وفقاً لأحكام قانون المرافعات^(٢).

(١) انظر: أ.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٢٩٨، ص ٤٢٦؛ أ.د جميل الشرقاوى، دروس التأمينات الشخصية والعينية فى القانون المدنى المصرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٢٩٢.

(٢) انظر: أ.د جلال محمد إبراهيم، الحقوق العينية التبعية، مطبعة الإسراء، القاهرة، ص ٣٦٤؛ أ.د حسام الأهوانى، مرجع سابق، بند ٦٣٦، ص ٧١٤؛ أ.د سليمان مرقس، مرجع سابق، بند ٢٠١، ص ٢٨٤.

(٢) أن يكون الحكم واجب التنفيذ: ويكون الحكم واجب التنفيذ، إذا كان نهائياً؛ لأنه غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية مثل الاستئناف أو المعارضة أو إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل، أما كون الحكم قابلاً للطعن فيه بالطرق غير العادية مثل النقض والتماس إعادة النظر، فهذا لا يمنع من اعتبار الحكم واجب التنفيذ؛ لأن الطعن بهذه الطرق لا يوقف بذاته تنفيذ الحكم تلقائياً^(١).

(٣) أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى: وذلك سواء فصل هذا الحكم في موضوع الدعوى كله أو في جزء منه، أما الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع، فلا يجوز تقرير حق اختصاص بناء عليها؛ وهذا هو شأن الأحكام التمهيدية؛ فهذه الأحكام لا تفصل في موضوع الدعوى، ولكنها تتعلق بسيرها وتحقيقها، ولذلك فلا يجوز أخذ حق اختصاص بناء عليها^(٢).

(٤) أن يكون الحكم ملزماً للمدين بشيء معين: يجب أن يلزم الحكم المدين بشيء، كدفع مبلغ من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومتى كان الحكم ملزماً للمدين بأداء معين، جاز أخذ حق اختصاص بموجبه ولو كان حكماً وقتياً كالحكم بتقرير نفقة مؤقتة.

أما إذا كان لم يكن الحكم رغم صدوره في الموضوع، غير ملزم للمدين بأداء معين، لما جاز أخذ اختصاص به، كما هو الحال في الأحكام الصادرة

١ انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

٢ انظر: ا.د محمد لبيب شنب، مرجع سابق، بند ١٠٦، ص ١٨١.

برفض الدعوى أو برفض طلب أو الحكم الصادر بثبوت ملكية شيء متنازع عليه^(١).

الشرط الثاني: المحل الذى يرد عليه حق الاختصاص:

حيث نصت المادة ١٠٨٨ من القانون المدنى المصرى على أنه "لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى". فاشتترط بذلك فى المحل الذى يرد عليه حق الاختصاص ثلاثة شروط هى:

(١) أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً: يلزم أن يعين العقار محل الاختصاص تعييناً دقيقاً وكافياً، حيث أوجبت نص المادة ١٠٨٩ من القانون المدنى المصرى أن تشمل العريضة المقدمة من الدائن إلى القاضى للحصول على حق الاختصاص تعيين العقارات المطلوب أخذ الاختصاص عليها تعييناً دقيقاً وبيان موقعها، وبذلك لا يكفى أن يكون محل الاختصاص قابلاً للتعيين، بل يجب أن يتضمن أمر القاضى به تعيينه بالذات تعييناً دقيقاً^(٢).

(٢) أن يكون العقار مملوكاً للمدين: لا يجوز أخذ حق الاختصاص على عقار غير مملوك للمدين ولو كان هذا برضاء مالك العقار، بل يلزم أن يكون

(١) انظر: ا.د سليمان مرقس، مرجع سابق، بند ٢٠٣، ص ٢٨٩؛ ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

(٢) انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٢٩٥، ص ٤٢١.

العقار محل الاختصاص مملوكاً للمدين؛ هذا وقد تطلب المشرع أن تكون الملكية قائمة وقت قيد حق الاختصاص^(١).

أما إذا كان العقار مملوكاً للمدين وقت تقرير الاختصاص، ولكنه تصرف فيه إلى المتصرف إليه الذي بادر بتسجيل تصرفه قبل أن يقيد صاحب حق الاختصاص حقه، إلا أن قيد الاختصاص لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة المتصرف إليه^(٢).

لذا يبدو أن من مصلحة الدائن أن يبادر إلى قيد حق الاختصاص حتى يتقل عقار مدينه بحق اختصاص، يمنعه من التصرف فيه إلى الغير^(٣).

(٣) أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلني: ويقصد بذلك، أن يكون العقار مما يجوز الحجز عليه، حتى يتمكن الدائن من استيفاء حقه في الدين جبراً عن المدين، في حالة عدم وفائه بالدين اختياراً، وذلك عن طريق التنفيذ على العقار محل حق الاختصاص^(٤).

(١) انظر: ا.د محمد لبيب شنب، مرجع سابق، بند ١١٢، ص ١٨٨؛ ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

(٢) انظر: ا.د حسام الاهواني، مرجع سابق، ص ٧٢٠.

(٣) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٧٣؛ ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، ص ٤٢١.

(٤) انظر: ا.د محمد لبيب شنب، مرجع سابق، بند ١١٣، ص ١٨٩.

الشرط الثالث: يلزم أن يكون الدائن حسن النية:

يجب للحصول على حق الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية، فلو باع المدين عقاراً له، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع، فإن هذا الحق لا ينفذ في حق المشتري^(١).

وبناء على ذلك، لا أثر لقيد حق الاختصاص في مواجهة الغير، إذا كان صادراً من الدائن سىء النية وقت صدور الأمر به، بل يجوز للغير التمسك ببطلان القيد بناء على سوء نية الدائن الذي حصل على الاختصاص^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧، ص ١٦٤.

(٢) انظر: د. محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٢٩٧، ص ٤٢٥.

المبحث الثاني

إجراءات الحصول على حق الاختصاص

لا يتقرر حق الاختصاص بقوة القانون بمجرد توافر شروطه، وإنما يجب أن يطلبه الدائن من رئيس المحكمة المختصة وهي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار محل الاختصاص، وإذا كانت العقارات تقع في دوائر اختصاص محاكم مختلفة، وجب تقديم طلب إلى رئيس كل محكمة من العقارات التي تقع في دائرتها^(١).

(١) **تقديم طلب الحصول على الاختصاص:** حيث نصت المادة ١٠٨٩ من القانون المدني المصري على أنه:

١- على الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها.

٢- وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم، وأن تشمل على البيانات الآتية:

أ- اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة.

ب- اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه.

(١) انظر: أ.د حسام الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٤٣، ص ٧٢١.

ج- تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته.

د- مقدار الدين، فإذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص.

هـ- تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها.

ووفقاً لهذه المادة، فإن طلب الاختصاص يقدم من الدائن إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها العقار المراد الاختصاص عليه، وإذا كانت العقارات تقع فى دوائر اختصاص محاكم مختلفة وجب تقديم طلب إلى رئيس كل محكمة عن العقارات التى تقع فى دائرتها^(١).

ويجب أن ترفق بالعريضة صورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوقه، كذلك يلزم أن ترفق بالعريضة الأوراق الدالة على قيمة العقارات المطلوب الاختصاص بها، وذلك حتى يتمكن رئيس المحكمة من تحديد قيمة العقارات التى يطلب منه تقرير اختصاص عليها فيقصر أمره على قدر منها يكفى لضمان الدين ولا يتثقل عقارات المدين بأكثر مما يلزم لضمان حق الدائن^(٢).

١ انظر: ا.د سليمان مرقس، مرجع سابق، بند ٢١٢، ص ٣٠٧.

٢ انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٣٠٣، ص ٤٣٣.

(٢) سلطة رئيس المحكمة فى إصدار الأمر بالاختصاص:

يفصل رئيس المحكمة فى طلب الاختصاص الذى يقدم إليه بناء على سلطته الولائية، ويملك رئيس المحكمة أن يأمر بالاختصاص أو أن يرفضه^(١).

(أ) **قبول طلب الاختصاص:** حيث نصت المادة ١٠٩٠ من القانون المدنى المصرى على أنه "يدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص، وكذلك يجب عليه عند الترخيص به أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبنية بالعريضة بوجه التقريب، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين".

حتى يتمتع على الدائن الحصول على اختصاص آخر أو اختصاصات بعقارات تزيد قيمتها كثيراً على دينه، ألزم المشرع قلم الكتاب بالتأشير بالاختصاص على صورة الحكم أو الشهادة التى تقوم مقامها وعلى كل صورة أو شهادة أخرى تسلم للدائن. وبذلك يتعذر على الدائن أن يحصل على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة على عقارات تقع فى دوائر هذه المحاكم دون أن تعلم كل محكمة تعطى اختصاصات بما أعطته المحاكم الأخرى من ذلك^(٢).

وهذا ما قررته نص المادة ١٠٩١ التى تنص على أنه " على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه هذا

(١) انظر: ا.د محمد كامل مرسى، مرجع سابق، بند ٤٥١، ص ٤٣٢.

(٢) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

الأمر، كما أوجبت عليه أيضاً أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص، وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها الدائن".

(ب) **رفض طلب الاختصاص:** حيث نصت المادة ١٠٩٣ على أنه "إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية".

ومما سبق، نلاحظ أنه يجوز لرئيس المحكمة أن يرفض طلب الاختصاص كلياً أو جزئياً إذ قد يرى عدم توافر الشروط اللازمة لأخذ حق اختصاص، أو قد يرى الاختصاص على بعض العقارات التي طلب الدائن أخذ اختصاص عليها. وفي هذه الحالة، يجوز للدائن التظلم من قرار الرفض، ويرفع هذا التظلم إلى المحكمة الابتدائية^(١).

(٣) **التظلم من قرار رئيس المحكمة:** يجوز للدائن أن يتظلم من الرفض، ويرفع تظلمه في جميع الأحوال إلى المحكمة الابتدائية، وقد رأى المشرع أنه من العبث أن يرفع تظلمه إلى القاضى الأمر؛ إذ أن هذا القاضى قد سبق أن اطلع على طلبه، وسمع أقواله، فاحتمال عدوله عن رأيه احتمال ضعيف^(٢).

(١) انظر: ا.د جلال محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٨٣.

(٢) انظر: ا.د أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، مكتبة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٨، بند ١٨١، ص ٣٤٢.

الفصل الثاني

آثار حق الاختصاص وإنقاصه وانقضاؤه

وسوف نتناول آثار حق الاختصاص في المبحث الأول، ثم إنقاصه وانقضاؤه في المبحث الثاني.

المبحث الأول

آثار حق الاختصاص

تنص المادة ١٠٩٥ مدني على أنه "يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على الرهن الرسمي، ويسري على الإختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام، وبخاصة ما يتعلق بالقيود وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة".

وعلى ذلك، نبين أهم أحكام الرهن الرسمي التي تنطبق على حق الإختصاص فما يتعلق بالآثار.

فلا يجوز للمدين بعد تقرير حق الإختصاص على عقاره، أن يرتب على هذا العقار أي حق يشهر قبل قيد حق الإختصاص.

أما بالنسبة لهلاك العقار وتلفه، فإذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين كان الدائن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً، وإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى بالدين فوراً.

وإذا هلك العقار أو تلف لأي سبب من الأسباب انتقل الإختصاص بمرتبه إلى حق الذي يحل محل العقار حلولاً عينياً، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

كما يتضح من نص المادة ١٠٩٥ مدنى أن حق الإختصاص كالرهن الرسمي يجب قيده حتى يسري في مواجهة الغير، وبذلك يستطيع صاحب حق الإختصاص مباشرة حق التقدم و حق التتبع، فالإختصاص يمنح الدائن حقاً عينياً تبعياً كالرهن الرسمي.

المبحث الثاني

إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه

أجاز المشرع إنقاص حق الاختصاص إلى القدر المناسب وذلك إذا كانت قيمة العقار الواقع عليه لا تتناسب مع الدين المضمون إما بسبب أن رئيس المحكمة أخطأ في تقدير قيمة العقار أو لأن الأوراق الدالة على هذه القيمة لم تكن تتضمن تحديداً دقيقاً لها أو لأن الدين قد انقضى جزء منه.

ويقصد بالإنقاص هو رفع الضرر الذى يقع على المدين من إقبال عقاراته بحق اختصاص يتجاوز ما يلزم لضمان الدين، كما أنه يتفق مع رغبة المشرع فى المحافظة على التناسب بين مقدار الدين وقيمة العقارات الضامنة. وقد ورد النص على انقاص حق الاختصاص فى المادة ١٠٩٤ مدنى التى تقرر أنه:

١- ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين.

٢- ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين.

٣- والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تم بموافقة الدائن على من طلب الانقاص".

مع الوضع في الاعتبار، أن المدين هو الذي يتقدم بطلب الإنقاص، كما أجاز المشرع لكل ذي مصلحة أن يطلب انقاص حق الاختصاص مثل حائز العقار أو الدائن التالي في المرتبة للدائن صاحب حق الاختصاص.

كما يحصل انقاص حق الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها، وإما بنقله إلى عقار آخر مملوك للمدين وتكفي قيمته لضمان الدين.

ويقع على عاتق طالب الانقاص كافة المصروفات اللازمة لإجراء الانقاص، ما لم يكن هناك خطأ من الدائن بأن يكون هو الذي بالغ دون مبرر في المطالبة بأخذ حق اختصاص على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين، ففي هذه الحالة تقع المصروفات على عاتق الدائن.

الباب الثالث

الرهن الحيازي

أولاً: تعريف الرهن الحيازي^(١):

حيث تناول المشرع المصري تعريف الرهن الحيازي في المادة ١٠٩٦ التي تنص على أن " الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"^(٢).

ويختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في أنه لا يقتصر على العقار بل يجوز أن يكون محله منقولاً أو عقاراً^(٣)، كما أن الرهن الحيازي

(١) ففي القانون الفرنسي، يطلق على الرهن الحيازي مصطلح Nantissement، فإذا ورد على عقار يسمى antichrèse و إذا ورد على منقول يسمى Gage ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢٠٢٧ من القانون المدني الفرنسي:

«Le Nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage, celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse »

(٢) بينما عرف المشرع اللبناني الرهن الحيازي بأنه «عقد يضع بموجبه المديون عقاراً في يد دائئه أو في يد عدل و يخول الدائن حق حبس العقار إلى يدفع له دينه تماماً، و إذا لم يدفع الدين فله الحق بملاحقته نزع ملكية المديون بالطرق القانونية».

(٣) وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٩٧ مدني على أن "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من عقار ومنقول".

مقارنة بالرهن الرسمي، يخول الدائن المرتهن سلطة حيازة الشيء المرهون وحبسه أى الامتناع عن رده إلى حين استيفاء الدين، وعليه واجب إدارته واستغلاله والمحافظة عليه ورده عند انتهاء الرهن^(١)، وفيما عدا هذه الاختلافات يشترط فى محل الرهن الحيازي ما يشترط فى محل الرهن الرسمي، أى أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى، وأن يكون معيناً ومملوكاً للراهن^(٢).

ثانياً: أهمية الرهن الحيازي:

لا شك أن للرهن الحيازي أهميته سواء من الناحية النظرية أم من الناحية العملية، فمن الناحية النظرية، يعتبر الرهن الحيازي صورة من التأمين العيني، فهو يوفر للدائن ضماناً قوياً؛ حيث يخوله حق حبس الشيء المرهون حتى استيفاء حقه، فضلاً عن حقه فى الأولوية على ثمنه فى أى يد يكون. ومن الناحية العملية، يعتبر الرهن الحيازي من العقود شائعة الاستعمال، فقد جرى العمل على كثرة رهن المنقولات من بضائع وغيرها فى المعاملات التجارية، وبذلك أصبح من السهل على التاجر والصانع الحصول على الائتمان اللازم عن طريق رهن منقولاته من آلات وبضائع^(٣).

(١) انظر: أ.د حسام الأهوانى، مرجع سابق، بند ٥٥٦، ص ٦٥٧؛ أ.د محمد لبيب شنب، مرجع سابق، بند ١٣٠، ص ٢٠٧.

(٢) انظر: أ.د سليمان مرقس، مرجع سابق، بند ٢٣٣، ص ٣٣٣.

(٣) انظر: أ.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٣١٢، ص ٤٤٥.

ثالثاً: خصائص الرهن الحيازي:

من خلال التعريف السابق الذي أورده المشرع في المادة ١٠٩٦ يمكننا أن نستنتج الخصائص الجوهرية للرهن الحيازي ، والتي تتمثل في أنه تأمين اتفاقي (أولاً) أنه حق عيني يرد على منقول وعقار (ثانياً) وأنه حق تبعي (ثالثاً)، عقد رضائي ملزم لجانبين (رابعاً).

١- أنه تأمين اتفاقي: لأن مصدره هو العقد الذي يبرم بين الدائن ومالك الشيء المرهون، وقد يكون المدين نفسه هو مالك الشيء المرهون وهذا هو الوضع الغالب أو قد يكون شخص آخر غير المدين " الكفيل العيني " (١).

٢- أنه حق عيني يرد على منقول وعقار: يعتبر الرهن الحيازي بمثابة حق عيني يرد على منقول وعقار، وهذه الخاصية ينفرد بها الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي.

٣- أنه حق تبعي: إن الرهن الحيازي هو حق تبعي يستلزم وجود التزام أصلي يلحق به ويكون ضامناً له، فلا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه.

٤- عقد رضائي وملزم لجانبين: الأصل أن الرضائية ركن أساسي في إبرام عقد الرهن الحيازي الذي ينعقد بمجرد تطابق إرادتي طرفي العقد المدين الراهن والدائن المرتهن.

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

كما أن عقد الرهن الحيازي من العقود الملزمة للجانبين، فالرهن يقع على عاتقه تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، بينما يلتزم الأخير بالمحافظة على المال المرهون.

وسوف نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول نتناول في الأول: إنشاء الرهن الحيازي، بينما نتناول في الثاني آثار الرهن الحيازي وأخيراً في الفصل الثالث نتناول انقضاء الرهن الحيازي.

مع الوضع في الاعتبار، أننا في دراستنا للرهن الحيازي سوف نكتفى بالأحكام الخاصة بالرهن الحيازي و لن نتعرض إلى الأحكام العامة المشتركة بينه وبين الرهن الرسمي اكتفاء بما تناولناه سابقاً عند دراسة الرهن الرسمي.

الفصل الأول

إنشاء الرهن الحيازي

ينشأ الرهن الحيازي نتيجة عقد يبرم بين الراهن والدائن المرتهن، ويلزم أن يستوفي هذا العقد أركانه من رضا ومحل وسبب.

وعلى خلاف الرهن الرسمي، حيث يشترط القانون الرسمية لإنعقاد العقد، بينما الرهن الحيازي هو عقد رضائي يكفي التراضي على انعقاده مع سائر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد وصحته.

وسوف نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول:

الشروط العامة ثم نتناول الشروط الخاصة للرهن الحيازي في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الشروط العامة

ويقصد بالشروط العامة التي يجب توافرها في الرهن الحيازي هي الشروط التي يجب توافرها في كل عقد من العقود مثل الرضا والأهلية، أما بالنسبة إلى السبب فليس هناك ما يخص عقد الرهن الحيازي.

أولاً: التراضي:

تطبق القواعد العامة فيما يتعلق بالتراضي بين طرفي عقد الرهن الحيازي بارتباط الإيجاب الصادر عن أحد العاقدین سواء كان المدين الراهن أو الدائن المرتهن وقبوله من الطرف الآخر.

ثانياً: الأهلية المطلوبة لأطراف العقد:

يلزم لصحة العقد أن يصدر من شخص أهلاً لمباشرته أي تمتع المتعاقدين بالأهلية القانونية.

ولذلك يجب أن نعرف ما هي الأهلية اللازمة حتى يكون الرهن صحيحاً من جانب كل من الراهن والدائن المرتهن.

١ - أهلية الراهن:

من المتفق عليه، أن الراهن يكون في الغالب هو المدين نفسه، فهو الذي يضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن من أجل ضمان دينه، لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الراهن شخصاً آخر يرهن ماله من أمواله ضماناً لدين على غيره "الكفيل العيني".

فبالنسبة إلى الراهن، فإذا كان هو المدين كان التصرف بالنسبة له من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيلزم أن تتوافر فيه أهلية التصرف أى أن يكون بالغاً سن الرشد.

أما بالنسبة إلى الرهن الصادر من شخص غير المدين أى الكفيل العينى، فإن الرهن يكون بالنسبة له من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، ولهذا لا بد من توافر الأهلية الكاملة^(١).

٢ - أهلية الدائن المرتهن:

أما بالنسبة لأهلية الدائن المرتهن، فإن الرهن بالنسبة له من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على أساس أن الرهن الحيازي من العقود الملزمة للجانبين بالمقارنة بالرهن الرسمي، لأن الدائن المرتهن فى الرهن الحيازي يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون وإدارته واستغلاله ثم رده بعد ذلك، بينما فى الرهن الرسمي يكون العقد ملزماً للراهن فقط، ولا ينشأ فى ذمة الدائن المرتهن أى التزام^(٢).

ومن هذا المنطلق، فإذا كان الدائن المرتهن ناقص الأهلية كالصبي المميز أو من فى حكمه، فإن الرهن يكون قابل للإبطال، بينما إذا كان الدائن المرتهن عديم الأهلية كالمجنون أو المعتوه، فإن الرهن فى هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢) انظر: ا.د نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

المبحث الثاني

الشروط الخاصة

ونقصد بهذه الشروط العناصر الهامة التي تحكم وجود صحة الرهن، وهذه الشروط تتعلق بالدين المضمون والمال المرهون.

أولاً: المال المرهون:

يشترط في المال المرهون سواء كان عقاراً أو منقولاً ضرورة توافر عدة شروط حتى يمكن رهنه رهنًا حيازياً:

الشرط الأول: الرهن الحيازي يرد على عقار كما يرد على منقول:

يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في أن الأول قد يرد على عقار وقد يرد على منقول.

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٩٧ مدني على أنه "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار". حيث يجوز رهن جميع الأشياء رهنًا حيازياً سواء كانت أراضي أو مباني وإن كان الوضع الغالب في مصر أن يرد الرهن الحيازي على الأراضي الزراعية بينما يرد الرهن الرسمي على المباني^(١).

وكذلك جميع المنقولات يجوز رهنها رهن حيازة أيّاً كان نوعيتها وطبيعتها، طالما أنها قابلة للحجز عليها أو البيع بالمزاد العلني، سواء كانت

(١) انظر: أ.د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

منقولات مادية أو معنوية، فيجوز رهن السيارات والموشى والأثاث والبضائع والمجوهرات، كما يجوز رهن المنقولات المعنوية باختلاف أنواعها مثل الديون وبراءة الاختراع وحقوق المؤلف والأسهم والسندات.

مع الوضع في الاعتبار، أنه يجوز أن يرهن الشيء الواحد لأكثر من دين، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١١٠٩/٢ مدنى على أنه "يجوز أن يكون الشيء المرهون ضامن لعدة ديون".

ويجب ترتيب هذه الديون وفقاً لتاريخ نفاذها في حق الغير، فيجب أن تتوافر للدائن المرتهن الحيازة بنفسه أو بواسطة عدل ثم تجرى المفاضلة بحسب اسبقية القيد إذا كان المال المرهون عقاراً واسبقية التاريخ إذا كان المال المرهون منقولاً.

الشرط الثانى: يجب أن يكون المال المرهون موجوداً وقت الرهن:

يجب أن يكون المال المرهون موجوداً وقت الرهن، فلا يجوز رهن الاموال المستقبلية رهناً حيازياً، وهذا هو ما قرره المشرع أيضاً بالنسبة إلى الرهن الرسمى، حيث يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً رهن المال المستقبل، ويعد ذلك خروجاً على القواعد العامة التى تقضى بجواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً.

الشرط الثالث: يجب أن يكون المال المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه

بالمزاد العلنى:

حيث أنه يشترط قابلية بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى، فلا يجوز رهن الأموال العامة أو الموقوفة رهناً حيازياً، وكذلك لا يجوز رهن العقارات

بالتخصيص وحق الارتفاق رهناً حيازياً بالنظر إلى أن مثل هذه الحقوق غير قابلة للبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة.

الشرط الرابع: يجب أن يكون المال المرهون معيناً:

يجب أن يكون المال المرهون معيناً، حيث أن تراضى المتعاقدين على الشيء المرهون لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان هذا الشيء معيناً.

ويلاحظ أن المشرع خرج عن الأصل في القاعدة العامة التي تكتفي بالقابلية للتعيين عندما اشترط - كما سبق أن رأينا في الرهن الرسمي - بأن يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً مع ضرورة أن يذكر هذا التعيين في عقد الرهن ذاته (١).

مع الوضع في الاعتبار، أنه لم يرد نص خاص في الرهن الحيازي بتعيين الشيء المرهون، كما أن المشرع في المادة ١٠٩٨ لم يحل إلى المادة ١٠٣٥ المتعلقة بتعيين العقار المرهون رهناً رسمياً تعييناً دقيقاً ولذلك فإنه يكفي في الرهن تطبيق القواعد العامة في تعيين المحل بأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين (٢).

خامساً: يجب أن يكون المال المرهون مملوكاً للراهن:

يشترط أن يكون الراهن مالكا للمال المرهون سواء كان الرهن الحيازي صادراً من المدين نفسه أو من شخص آخر يقدم الرهن لمصلحة المدين "الكفيل العيني".

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢) المادة ١٣٣ من القانون المدني المصري.

ولم ينص المشرع في باب الرهن الحيازي صراحة على شرط تملك الراهن للمال المرهون كما فعل بالنسبة للرهن الرسمي، ولكن هذا الشرط تمليه القواعد العامة على أساس أن فاقد الشيء لا يعطيه، فلا يجوز رهن المال رهنًا حيازياً من غير ماله.

وقد أحال المشرع بنص المادة ١٠٩٨ على حكم المادة ١٠٣٣ المتعلقة بالرهن الرسمي، ومن ثم تطبق على الرهن الحيازي سائر الأحكام التي تطبق على رهن ملك الغير رهنًا رسميًا، بحيث يقع الرهن قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن، فيكون غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا أقره، كما أن الدائن وحده الذي يستطيع المطالبة بإبطاله، ويسقط حق الأخير في هذه المطالبة، إذا أقر المالك الحقيقي الرهن الصادر من غيره.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم في إقرار المالك الحقيقي للرهن الحيازي أن يكون حاصلاً بورقة رسمية، لأن الرهن الحيازي على خلاف الرهن الرسمي هو عقد رضائي ينعقد صحيحاً بدون حاجة إلى رسمية.

ثانياً: الدين المضمون:

كما سبق أن رأينا، بأن الرهن الحيازي هو حق تبعي للدين المضمون، كغيره من الرهون الأخرى، فلا يتصور وجود الرهن الحيازي إلا إذا كان هناك التزام في ذمة المدين يضمن الوفاء به.

مع الوضع في الاعتبار، أنه يمكن أن يتقرر الرهن الحيازي كما هو عليه الحال بالنسبة للرهن الرسمي ضماناً لدين مستقبل أو دين احتمالي.

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي

إذا توافرت شروط الرهن الحيازي ترتبت عليه آثاره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في الأول: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمتعاقدين ثم نتناول آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير.

المبحث الأول

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمتعاقدین

عقد الرهن الحيازي على خلاف الرهن الرسمي هو من العقود الملزمة للجانبين، فهو يرتب آثاره بالنسبة للمدين الراهن والدائن المرتهن، بحيث يلتزم كل طرف بالتزامات في مواجهة الطرف الآخر، فيلتزم المدين الراهن بالتسليم وضمان سلامة الرهن وأخيراً ضمان هلاك الشيء وتلفه، كما أن الدائن المرتهن يكتسب حقاً عينياً على الشيء يخوله سلطات معينة.

لذلك سوف نتعرض إلى التزامات وحقوق المدين الراهن والدائن المرتهن على النحو التالي:

المطلب الأول

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للراهن

وسوف نتناول أولاً التزامات الراهن ثم نتعرض بعد ذلك إلى ما له من حقوق.

أولاً: التزامات الراهن:

ينشأ عقد الرهن التزامات على عاتق المدين الراهن، وتتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بتسليم الشيء المرهون، والالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه، والالتزام بضمان هلاك العقار أو تلفه.

١ - التزام الراهن بتسليم الشيء المرهون:

تنص المادة ١٠٩٩ / ١ مدنى على أنه "على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه".
فقد أوجب المشرع على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى شخص آخر "العدل" أى أن يجرد المدين من الحيازة وفى نفس الوقت انتقلها إلى الدائن المرتهن أو من يتفق على تسليمه للشيء.

ويقصد بالتسليم وضع المال المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن أو العدل بحيث يتيسر له حيازته، فإذا لم ينفذ المدين الراهن التزامه، فإنه يجوز للدائن المرتهن وفقاً للقواعد العامة إجبار الراهن على الوفاء به، فيتسلم الشيء المرهون رغماً عنه ودون رضاه، كما يصح المطالبة بفسخ العقد والتمسك

بسقوط أجل الالتزام المضمون بالرهن ووجوب الوفاء بالدين المضمون فوراً على أساس عدم تقديم التأمين اللازم لضمان الدين^(١).

حيث يهدف التسليم إلى حماية الدائن المرتهن من مخاطر تهريب المرهون لاسيما إذا كان منقولاً، فالمنقول يمكن أن يخفى ويهرب مما قد يعرض الدائن المرتهن إلى صعوبات في العثور عليه من أجل مباشرة التنفيذ الجبري^(٢). كما يهدف التسليم أيضاً إلى إعلام الغير بوجود الرهن ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن بحيث يتمكن من حيازته دون عائق حتى ولو لم يستولى عليه استيلاء مادياً ما دام أن الراهن قد أعلمه بذلك.

فالراهن يعتبر مخلاً بالتزامه بالتسليم، إذا قام بتسليم الدائن مفاتيح مخازن المدين التي يوجد بها البضاعة المرهونة، بينما يكون الراهن قد وفى بالتزامه، إذا ترك البضاعة في أحد مخازنه مع تأجير المخزن للدائن، حيث تكون البضاعة في حيازة الدائن المرتهن بصفته مستأجراً، كما أن هذه الحيازة تكون ظاهرة وجدية متى وضع على البضاعة المرهون منها وبالتالي يحتج بها في مواجهة الغير^(٣).

(١) انظر: أ.د محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٢) انظر: أ.د حسام الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ٢٠٠٣، ص ٦٧٤.

(٣) انظر: أ.د حسام الأهواني، مرجع سابق، ص ٦٧٤.

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".

فقد أوجب المشرع على الراهن الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه، فليس له أن يقوم بأى أعمال يكون من شأنها الانتقاص من قيمة الشيء المرهون أو الإخلال بأى حق من حقوق الدائن المرتهن.

وبناء على ذلك، يلتزم المدين الراهن بتقديم المساعدة إلى الدائن المرتهن للقيام بما يلزم لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير مثل المعاونة فى إجراءات القيد، إذا كان الشيء المرهون عقاراً، بينما إذا كان المرهون منقولاً كان عليه المعاونة فى التصديق على التوقيعات ليكون للرهن تاريخاً ثابتاً يجعله نافذاً فى حق الغير^(١).

٣ - الالتزام بضمان هلاك الشيء أو تلفه:

تنص الفقرة الأولى من نص المادة ١١٠٢ مدنى على أنه "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة".

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٤١.

يتبين من هذا النص، يقع على عاتق الراهن تبعة هلاك الشيء المرهون أو تلفه سواء كان ناشئاً عن خطأ الراهن ذاته أو ترتب على قوة قاهرة، بينما يتحمل الدائن تبعة الهلاك، إذا كان ناشئاً عن خطأ هذا الأخير، بحيث يكون مسؤولاً في مواجهة الراهن مع تعويضه عن الضرر الذي لحق به.

بينما تنص الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر على أنه "وتسرى على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق".

ونحيل إلى ما سبق أن قلناه في هذا الشأن بصدد الرهن الرسمي.

ثانياً: حقوق الراهن:

لا يترتب على الرهن انتقال ملكية المرهون من الراهن للدائن المرتهن بل تظل له الملكية، فيجوز له أن يباشر من سلطات المالك ما لا يتعارض مع حقوق الدائن المرتهن، فيجوز له أن يتصرف في الشيء المرهوناً تصرفاً قانونياً بنقل ملكية الشيء المرهون ما دام أن هذا التصرف لا يضر بحقوق الدائن المرتهن.

بينما يتمتع على الراهن القيام بالتصرفات المادية إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى المساس بسلامة الشيء المرهون، فإذا لم يكن من شأنها المساس به فالراهن أن يقوم بها.

المطلب الثاني

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن

يترتب على إبرام عقد الرهن مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق الدائن المرتهن، حيث تتسع الالتزامات التي تقع على عاتق الأخير بالمقارنة بالرهن الرسمي بسبب ما يستلزمه هذا الرهن من نقل حيازة الشيء المرهون للدائن المرتهن.

أولاً: التزامات الدائن المرتهن:

يقتضي الرهن الحيازي تخلي الراهن عن حيازة المال المرهون وتسليمه للدائن المرتهن ليحبسه ضماناً للدين الذي له على الراهن، ولا يصح أن يضار الراهن ببقاء المرهون تحت يد الدائن خلال مدة الرهن، ولذلك يفرض المشرع على هذا الأخير من الالتزامات ما يحقق هذه الغاية، فيلزمه بحفظ المرهون وصيانته وكذلك بإدارته واستغلاله وأخيراً برده في نهاية الرهن بعد أن يستوفى كامل حقه، وفي الجانب المقابل، فإن للدائن المرتهن حق التنفيذ على الشيء المرهون لاستيفاء حقه^(١).

وإذا اتفق على أن يكون التسليم لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان، فهذه الالتزامات لا تكون على الدائن المرتهن بل تقع على الأجنبي إذا ما تسلم الشيء المرهون.

(١) انظر: د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

١ - الالتزام بحفظ الشيء المرهون وصيانتته:

تنص المادة ١١٠٣ مدنى على أنه "إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانتته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا بد له فيه".

يستفاد من هذا النص، بأن الدائن المرتهن يلتزم بحفظ الشيء المرهون وصيانتته، وهذا الالتزام ينشأ من وقت انتقال حيازة الشيء إليه، فهو التزام تعاقدى ناشئ عن عقد الرهن ذاته، بحيث تقوم المسؤولية التعاقدية للدائن المرتهن فى حالة الإخلال فى المحافظة على الشيء المرهون.

مع الوضع فى الاعتبار، أنه يختلف مضمون هذا الالتزام وفقاً لطبيعة الشيء المرهون، فإذا كان الشيء المرهون منقولاً مثل آلة كهربائية أو ميكانيكية، فإنه يلزم على الدائن المرتهن أن يقوم بأعمال النظافة والعناية اللازمة من أجل المحافظة عليها، كما أنه يلتزم بأن يزودها بما تحتاج إليه من شحوم وزيت وغيرها (١).

كذلك يلتزم الدائن المرتهن بواجب الحفظ والصيانة لبعض المنقولات الأخرى كالمجوهرات أو السجاد أو الحيوان أو السيارات، حيث يجب على الدائن المرتهن أن يبذل العناية اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٤٤.

وإذا كان الشيء المرهون عقاراً، فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يقوم بأعمال الصيانة ودفع كافة النفقات اللازمة لحفظه على أن يرجع بها بعد ذلك على الراهن، كأن يقوم بالترميمات الضرورية إن كان بناء، وأن يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف مستحقة، وإذا كان أرضاً زراعية، فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يقوم بحرثها، ونزع الحشائش الضارة منها^(١).

كما يدخل في مضمون هذا الالتزام أن يقوم الدائن المرتهن بإخطار المدين الراهن بما يهدد الشيء المرهون من هلاك أو تلف أو نقص في القيمة وواجبه ألا يتصرف في الشيء المرهون^(٢).

٢ - الالتزام بإدارة الشيء المرهون واستثماره:

- التزام الدائن المرتهن بإدارة الشيء المرهون:

وقد نصت المادة ١١٠٦ مدنى على أنه:

١- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله".

يتبين من هذا النص، أن الدائن المرتهن يلتزم بإدارة الشيء المرهون بما يتلائم مع طبيعته، فإذا كان المرهون أرضاً زراعية فتكون الإدارة بزراعتها، وإذا كان المرهون مبنى معد للسكنى، فتكون الإدارة بسكنائه.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٢) انظر: ا.د نبيل سعد، مرجع سابق، ص ٢٣١.

ولا يجوز للدائن المرتهن بدون موافقة الراهن أن يعدل من الطريقة المألوفة لإدارة الشيء المرهون واستغلاله، فإذا كان الشيء حديقة فليس له أن يقطع الأشجار ويحولها إلى زراعة محاصيل، وإذا كان منزلاً فليس له أن يحوله إلى فندق^(١).

مع الوضع في الاعتبار، أن الدائن لا يحصل على مقابل نظير إدارته للشيء المرهون إذ هو يحصل على فائده من الرهن عندما يستوفى حقه من ثمار الشيء.

وإذا لم يحم الدائن المرتهن بالتزامه على النحو السابق أو إذا أساء الدائن استعمال هذا الحق، فإنه يحق للراهن أن يطلب من القاضي وضع الشيء المرهون تحت الحراسة.

- التزام الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون:

تنص المادة ١١٠٤ مدنى 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 في المحافظة على الشيء وفى الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين".

(١) انظر: د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ١٤٦.

وبناء على ذلك، فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يستغل المرهون استغلالاً كاملاً، فلا يصح أن يتركه دون استغلال حتى لا يترتب على ذلك خسارة تلحق بالراهن، بمعنى أنه يجب على الدائن المرتهن أن يجعل الشيء المرهون ينتج كل ما هو قابل لإنتاجه من إيراد أو غله.

كما أنه لا يصح أن يعدل في الطريقة المألوفة لاستثماره إلا إذا رضى الراهن بذلك، فمثلاً إذا كان المرهون محلاً تجارياً، فإنه يجب استغلاله وفقاً لما أعد له، فلا يجوز استغلاله كمخزن أو مصنع، وإذا كان المرهون حصاناً من خيول السباق، فإنه لا يصح استخدامه في النقل.

مع الوضع في الاعتبار، أن الدائن المرتهن يملك الاختيار بين أن يستغل المرهون إما بنفسه وإما عن طريق الغير، فلو كان الشيء المرهون أرضاً زراعية، فله أن يؤجرها أو يزرعها بنفسه، وأن يسكن المنزل أو يؤجره إلى الغير، وأن يقود السيارة أو يؤجرها إلى الغير، بينما لا يجوز للدائن المرتهن أن يؤجر الشيء المرهون إلى الراهن.

ولا يجوز للدائن المرتهن الذي يقع الإيجار الصادر منه صحيحاً في مواجهة الراهن نفسه، أن يؤجر الشيء المرهون لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٥٥٩ مدنى التى تقضى بأنه "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة".

٣- الالتزام برد الشيء المرهون:

تنص المادة ١١٠٧ مدنى على أنه "يجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات".

وبناء على هذا النص، فإن الدائن المرتهن ملزم برد الشيء المرهون بمجرد انقضاء الدين المضمون بالرهن، كما أنه يجب أن يكون الشيء المرهون بالحالة التي كان عليها وقت التسليم، فإذا هلك أو تلف وقت رده فتقوم مسؤولية الدائن، إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون رد الشيء المرهون بعد استيفاء المرتهن حقه كاملاً وانقضاء الرهن.

وإذا تأخر الدائن المرتهن عن الرد بعد انقضاء الرهن، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا التأخير، ويمكن للمدين الراهن إجبار الدائن على الرد من خلال إحدى دعويين:

أ- **دعوى عينية:** هى دعوى الاستحقاق بصفته مالكا للشيء المرهون، ولا تسقط هذه الدعوى بعدم الاستعمال مهما طال الزمن وتأخر الراهن فى إقامتها.

ب- **دعوى شخصية:** وهى دعوى ناشئة عن عقد الرهن ذاته، وتسقط هذه الدعوى بإنقضاء خمسة عشرة سنة من تاريخ إنقضاء الرهن، فلا يمكن للمدين الراهن أن يقوم برفعها بعد فوات هذا الميعاد.

ثانياً: حقوق الدائن المرتهن:

من المتفق عليه، أنه يمكن للدائن المرتهن أن يطالب بالبيع الجبري وفقاً للقواعد المقررة في الرهن الرسمي وقانون المرافعات إذا لم يستوفى حقه. حيث يلزم على الدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق، كما يجوز له أن يطلب من القاضي بتمليكه للشيء عوفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء^(١).

(١) انظر: د. حسام الأهواني، مرجع سابق، ص ٦٩٦.

المبحث الثاني

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير

لا يحقق الرهن الحيازي الفائدة المرجوة منه وهي حماية حقوق الدائن في مواجهة الغير إلا إذا كان الرهن نافذاً في مواجهتهم. حيث تثبت للدائن المرتهن سلطات في مواجهة الغير، طالما كان الرهن نافذاً في مواجهة هذا الأخير، فيستطيع الدائن المرتهن أن يمارس سلطة التتبع والتقدم وله أن يقوم بحبس الشيء المرهون حتى يستوفي حقه كاملاً^(١). وسوف نتناول شروط نفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير في المطلب الأول، ثم نتعرض إلى سلطات الدائن المرتهن في مواجهة الغير في المطلب الثاني.

(١) انظر: ا.د. نبيل سعد، مرجع سابق، ص ١٥٦.

المطلب الأول

شروط نفاذ الرهن الحيازي في حق الغير

حيث نصت الفقرة الأولى من نص المادة ١١٠٩ من القانون المدني المصري على أنه "يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الاجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان".

ويتضح من هذا النص، أنه ينبغي لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير، أن تتوفر عدة شروط، فيلزم توافر شرطاً عاماً وهو أن يكون الشيء المرهون أياً كان طبيعته في يد الدائن أو الاجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان، على أن المشرع تطلب فضلاً عن هذا الشرط العام توافر شروط خاصة، ومظهر الخصوصية فيها، أن وجوب توافرها يرتبط بطبيعة الشيء المرهون ونعرض للشرط العام ثم للشرط الخاصة.

(١) الشرط العام لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير:

(أ) انتقال الحيازة:

يجب لنفاذ الرهن الحيازي أن تتقل حيازة الشيء المرهون من الراهن، فإذا بقي الراهن حائزاً لهذا الشيء، فلا يمكن الاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير، ولكن متى انتقلت حيازة الشيء المرهون من الراهن، فإن الرهن ينفذ في حق الغير^(١). وهذا ما تقرره المادة ١١٠٩ فقره أولى من القانون المدني الواردة

(١) انظر: أ.د محمد لبيب شنب، مرجع سابق، بند ١٨٥، ص ٢٥٧.

فى القواعد العامة للرهن الحيازى والتى تنص على أنه " يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشئ المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان". وهو بذاته ما تقرره المادة ٧٧ من القانون التجارى؛ حيث تنص على أنه "لا يكون للدائن المرتهن فى جميع الأحوال حق الامتياز فى الشئ المرهون إلا إذا سلم ذلك الشئ إليه أو إلى شخص آخر عينه المتعاقدان.....". والحكمة من اشتراط انتقال الحيازة من الراهن، هى إعلام الغير بوجود الرهن، إذ لو بقى الشئ المرهون فى حيازة الراهن، لما علم الكثيرون بكون هذا الشئ مرهوناً، ولأقدم بعضهم على التعامل مع الراهن بشأنه باعتباره مملوكاً له ملكية خالصة لا يتقّلها أى عبء أو تكليف، ثم يتضح له أن الشئ فى حيازة غير مالكه ولم يعد مالاً خالصاً للراهن بل تقرر عليه حق للدائن المرتهن^(١).

(ب) نقل الحيازة للدائن المرتهن أو من ينوب عنه:

لابد أن يتنازل الراهن عن حيازة المال المرهون، والطبيعى أن يكون هذا التنازل للدائن المرتهن لأنه هو صاحب المصلحة فى الحفاظ على الشئ، حتى يستوفى دينه، فالحيازة تحمى الدائن المرتهن من مخاطر اخفاء أو تهريب المنقول، على أنه ليس هناك ما يمنع أن تنتقل الحيازة إلى شخص آخر أجنبى "العدل" يتفق عليه المتعاقدان، كما يمكن أن تنتقل الحيازة إلى الحارس إذا ما سلبت الحيازة من الدائن لاساءة استعمال حقه فى الادارة.

١ انظر: ا.د حسام الأهوانى، مرجع سابق، بند ٥٧٩، ص ٦٧٤.

وأى شخص فيما عدا الراهن يصح أن يكون عدلاً متى توافرت لديه الأهلية اللازمة للتعاقد، ولا يصح أن يكون الراهن عدلاً، إذ أن بقاء الحيازة فى يده يحول كمبدأ عام من انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن مما يؤدى إلى عدم نفاذ الرهن فى مواجهة الغير^(١).

(ج) الشروط الواجب توافرها فى الحيازة:

يلزم أن تتوفر فى حيازة الدائن المرتهن أو العدل من الصفات ما يجعلها كفيلة بأن تؤدى الغرض المقصود منها وهو إعلام الغير بأن المال المرهون لم يعد خالصاً للراهن بل تقرر عليه حق للغير، وعلى هذا النحو يبدو أنه يلزم فى الحيازة أن تكون ظاهرة لا يكتنفها غموض، وأن تكون مستمرة لا يتخللها انقطاع حتى لا ينخدع الغير بعودة المرهون إلى يد الراهن^(٢).

يجب أن تكون الحيازة ظاهرة: لابد أن تكون حيازة الدائن المرتهن للمرهون ظاهرة واضحة لا لبس فيها ولا غموض، فيوضع الشيء تحت يده بطريقة يستدل منها بوضوح على أنه قد ترتب عليه حق للغير. ولا يعتبر التسليم الرمزي كافياً بدوره لانتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن، فإذا كان تنفيذ التزام البائع بالتسليم يتم بالتسليم الرمزي إلا أن ذلك لا يكفى لانتقال الحيازة ما لم يكن ذلك التسليم ظاهراً بعلامات مادية؛ فبقاء البضاعة فى مخازن الراهن مع تسليم المفاتيح للدائن لا يكفى لانتقال الحيازة لعدم توافر الحيازة الظاهرة، وإنما إذا

(١) انظر: ا.د حسام الأهوانى، مرجع سابق، بند ٦١٧، ص ٦٩٨.

(٢) انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٣٤٦، ص ٤٩٣.

اقترن ذلك بوضع علامات مميزة على البضاعة والمخازن تفيد وجود الرهن، فإن شرط الظهور يتحقق بحيث يمكن إعلام الغير بالرهن^(١).

يجب أن تكون الحيازة مستمرة: يلزم أن تستمر الحيازة للدائن المرتهن، أى أن يظل الشيء المرهون تحت يد الدائن المرتهن ولا يعود إلى الراهن، فإذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن بإرادة الدائن المرتهن وعلمه، انقضى الرهن؛ لأن ذلك يعتبر نزولاً عن الرهن. وتعتبر الحيازة مستمرة حتى لو تولى الدائن المرتهن للغير عن الشيء المرهون على سبيل الحيازة العرضية كما لو كان مستأجراً^(٢).

ولكن إذا كان الراهن أثناء حيازته للشيء قد تصرف فيه إلى شخص آخر حسن النية، فإن قاعدة الحيازة للمنقول سند الملكية تحمى المشتري فى مواجهة الدائن المرتهن؛ وهذا هو ما قصده المشرع بتحفظه، بأن عدم انقضاء الرهن بالرغم من رجوع الحيازة إلى الراهن يكون دون إخلال بحقوق الغير^(٣).

(٢) الشرط الخاص لنفاذ الرهن الحيازي فى حق الغير:

(أ) وجوب قيد الرهن العقارى: حيث نصت المادة ١١١٤ من القانون المدنى على أنه "يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب انتقال

(١) انظر: أ.د. حسام الأهوانى، مرجع سابق، بند ٦١٨، ص ٦٩٩.

(٢) انظر: أ.د. طلبة وهبة خطاب، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

(٣) انظر: أ.د. حسام الأهوانى، مرجع سابق، بند ٦١٩، ص ٦٩٩.

الحيازة أن يقيد عقد الرهن، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي.

وإذن فلا يكفي قيد الرهن وحده، بل يلزم أيضاً انتقال الحيازة، ولا يكتسب الدائن المرتهن مرتبة إلا منذ اجتماع الأمرين، فلو تعددت الرهون، فإن أسبقية القيد وحدها لا تكفي، بل لابد أن تقترن بوضع اليد^(١). فلو أن (أ) قيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٦؛ وارتهن (ب) ذات العقار، وقيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٧ وحاز العقار، فإنه يعتبر في المرتبة الأولى.

وطبقاً لقانون التسجيل كان شهر الرهن الحيازي العقاري يتم عن طريق التسجيل للإحتجاج بالرهن ليس فقط بالنسبة للغير بل حتى فيما بين المتعاقدين. وبصدور قانون الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦، أصبح شهر الرهن الحيازي يتم بطريق القيد وهو الطريق المقرر لشهر كافة الحقوق العينية التبعية العقارية^(٢).

(ب) نفاذ رهن المنقول المادي:

حيث نصت المادة ١١١٧ من القانون المدني 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.

(١) انظر: أ.د أحمد سلامة، مرجع سابق، بند ٢١٨، ص ٣٩٢.

(٢) انظر: أ.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٣٥٠، ص ٤٩٩.

ويتضح من هذا النص، أنه إذا كان المرهون منقولاً مادياً، فيشترط لنفاذ رهنه في حق الغير، أن يكون مكتوباً أيّاً كانت قيمته، فالكتابة هنا شرط لنفاذ الرهن لا لإثباته، ولذلك يجب تدوين عقد الرهن في محرر ولو كانت قيمة الشيء المرهون لا تزيد على مائة جنيهاً^(١).

وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن باجتماع شرطي الحيازة والورقة ثابتة التاريخ، فإذا انتقلت الحيازة أولاً ثم اكتسب الرهن بعد ذلك تاريخاً ثابتاً، فإن مرتبة الرهن تتحدد من التاريخ الأخير. وإذا اكتسب التاريخ الثابت أولاً ثم انتقلت الحيازة، فإن مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ الحيازة^(٢).

(١) انظر: ا.د محمد أليوب شنب، مرجع سابق، بند ١٨٩، ص ٢٦٣.

(٢) انظر: ا.د حسام الأهواني، مرجع سابق، بند ٦٢٢، ص ٧٠١.

المطلب الثاني

سلطات الدائن المرتهن في مواجهة الغير

من المتفق عليه، إنه إذا نشأ الرهن الحيازي صحيحاً بين طرفيه وكان نافذاً في مواجهة الغير، فإن الدائن المرتهن يمكنه مباشرة الحقوق المخولة له قانوناً التي ترتب له حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين "الحق في الحبس" وأن يتقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة "حق التقدم" وأن يتقاضى حقه من ثمن هذا لشيء في أي يد يكون "حق التتبع".

أولاً: الحق في حبس الشيء المرهون:

تنص المادة ١١١٠ مدنى على أنه "١- يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون على الناس كافة، دون الإخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون".

"٢- إذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة".

حيث أنه بمقتضى الحق في الحبس يمكن للدائن المرتهن الإمتناع عن التخلي عن الشيء المرهون، طالما أنه لم يستوفي حقه كاملاً سواء كان الشيء المرهون منقول أو عقار.

وإذا كان الشيء المرهون في حيازة أجنبي اتفق عليه طرفا العقد، فإن هذا الشخص المعين هو بمثابة حائزاً لحساب الدائن المرتهن وعليه حبس الشيء المرهون وإذا أخل بذلك فيعتبر مسؤولاً عما يلحق الدائن من ضرر.

ويمكن للدائن المرتهن أن يتمسك بحقه في الحبس في مواجهة المدين الرهن الذي لا يحق له استرداد الشيء المرهون إلا إذا استوفى دينه. وكذلك يمكن للدائن المرتهن أن يتمسك بذلك في مواجهة المالك الحقيقي إذا كان الرهن غير المالك للشيء المرهون وكان الدائن قد تسلم الشيء وهو حسن النية يعتقد أن الرهن هو المالك.

كما يخول الحق في الحبس للدائن المرتهن إذا خرج الشيء من يده دون إرادته أو دون علمه استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة. وعلى ذلك، يستطيع الدائن المرتهن أن يسترد الشيء المرهون في حالة فقده أو سرقة، فلو كان منقولاً وباعه شخص إلى مشتري حسن النية، فيجوز للدائن المرتهن استرداده من المشتري عن طريق دعوى استرداد الشيء المسروق خلال ثلاث سنوات من تاريخ خروجه من حيازته.

ثانياً: سلطة التتبع:

يستفاد من تعريف الرهن الحيازي الوارد في نص المادة ١٠٩٦ أن الدائن المرتهن له الحق في اقتضاء دينه بالأولوية من ثمن الشيء المرهون في أي يد، ومعنى ذلك أن الدائن المرتهن يتتبع المرهون في مواجهة من انتقلت إليه ملكيته من الغير، فينفذ عليه إذا حل أجل الدين ولم يحصل الوفاء به. وبناء على ذلك، إذا كان الشيء المرهون عقاراً وانتقلت ملكيته إلى شخص آخر كان للدائن المرتهن أن ينفذ عليه في مواجهة المالك الجديد.

وإذا كان منقولاً، فيكون للدائن أيضاً الحق في تتبعه، إذا انتقلت ملكيته إلى الغير، إلا أنه قد يصطدم من الناحية العملية بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ثالثاً: سلطة التقدم:

- حق الدائن المرتهن في التقدم بحسب مرتبة رهنه:

للدائن المرتهن باعتباره صاحب حق عيني تبعي أن يستعمل سلطة التقدم والأولوية في استيفاء دينه من ثمن الشيء المرهون. حيث يفترض استعمال سلطة التقدم أن هناك دائنين آخرين يتنازعون مع الدائن المرتهن على ثمن الشيء المرهون ولاسيما إذا كان هذا الشيء غير كافي للوفاء بديونهم جميعاً.

وعلى هذا الأساس، يمكن للدائن المرتهن أن يتقدم على كل الدائنين العاديين بشرط أن يكون رهنه نافذاً في مواجهتهم، كذلك يتقدم الدائن المرتهن على الدائنين المرتهنين الآخرين، متى كانوا في مرتبة تالية له، أي أنه يلزم أن يكون سابقاً عليهم في المرتبة، والعبرة بتاريخ قيد الرهن عند ترتيب هؤلاء الدائنين.

فإذا كان الشيء المرهون عقاراً، فإن مرتبة الدائن المرتهن تتحدد بانتقال الحيازة وقيد الرهن، فإذا حصل تراحم بين أكثر من دائن مرتهن رهنأً حيازياً، فإن الأسبقية بين هؤلاء الدائنين تتحدد على أساس الأسبقية في قيد الرهن وحيازة العقار المرهون.

أما إذا كان الشيء المرهون منقولاً، فإن الأسبقية تكون بانتقال الحيازة وتدوين الرهن في ورقة ثابتة التاريخ.

- **حق الدائن المرتهن في التقدم على ثمن المال المرهون أو المال الذي حل محله:**

يستعمل الدائن المرتهن حقه في التقدم بحسب مرتبه رهنه على ثمن الشيء المرهون، فإذا هلك الشيء المرهون أو تعرض للتلف كله أو بعضه، باشر الدائن المرتهن سلطته في الأولوية على المال الذي حل محل الشيء المرهون إعمالاً لقاعدة الحلول العيني التي قررها المشرع فيما يتعلق بالرهن الرسمي وفقاً لنص المادة ١٠٤٩ والتي أحال عليها المشرع في الرهن الحيازي وفقاً لنص المادة ١١٠٢.

وبناء على ذلك، يمكن للدائن المرتهن أن يباشر حقه في الأولوية على المال الذي يحل محل الشيء المرهون في حالة هلاكه أو تلفه من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

- **حق الدائن المرتهن في التقدم على الدين المضمون وملحقاته:**

تكفل الأولوية للدائن المرتهن استيفاء الدين المضمون وملحقاته الواردة بنص المادة ١١١١ من القانون المدني والتي تنص على أن الرهن يضمن:
أ- المصروفات الضرورية التي أنفقت على الشيء مثل نفقات حفظ المرهون وإصلاحه.

ب- التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء ، فإذا كان الشيء المرهون حيواناً مصاباً وترتب على حيازة الدائن له أن انتقلت العدوى إلى ماشيته، فإن المدين الراهن يكون مسؤولاً على أساس المسؤولية التقصيرية ويصبح الرهن ضامناً بمرتبه للتعويض المستحق.

ج- مصروفات العقد الذى أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء.

د- المصروفات التى يقتضيها تنفيذ الرهن، كالنفقات التى يتكبدها الدائن المرتهن عند تسلم الشيء المرهون من المدين الراهن عند قيام الرهن ثم كذلك نفقات رده عند انقضاء الرهن.

هـ- جميع الفوائد المستحقة حتى رسو المزداد مع مراعاة ما جاء بنص المادة ٢٣٠.

الفصل الثالث

إنقضاء الرهن الحيازي

يهدف الرهن الحيازي إلى ضمان الوفاء بالتزام المدين، لذلك فهو يدور معه وجوداً وعدماً، كذلك فهو ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون.

كما ينقضى الرهن بصفة أصلية مع بقاء الدين الأصلي قائماً، وسوف نتعرض إلى انقضاء الرهن بصفة تبعية ثم إلى إنقضاء الرهن بصفة أصلية في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول

إنقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

حيث تنص المادة ١١١٢ مدنى على أنه "ينقضى حق الرهن الحيازي بإنقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التى يكون للغير حسن النية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته".

ويتبين من هذا النص، أنه إذا إنقضى الدين المضمون، فإن الرهن ينقضى بصفة تبعية، وهناك أسباب عديدة لإنقضاء الدين مثل الوفاء والمقاصة أو الإبراء أو اتحاد الذمة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الراهن هو المدين، فإن الدين المضمون لا ينقضى بالتقادم، طالما أن الشيء المرهون تحت يد الدائن المرتهن، حيث يعتبر ذلك إقراراً ضمناً باستمرار وجود الدين ينقطع به التقادم، وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٨٤ من القانون المدنى.

ويلزم أن يكون الوفاء بالدين كلياً حتى ينقضى الرهن، فإذا تبقى منه جزء بقى المرهون بأكمله ضامناً للوفاء به.

مع الوضع فى الاعتبار، أنه إذا كان حق الرهن ينقضى بإنقضاء الدين، فإن الرهن يعود من جديد إذا زال سبب إنقضاء الدين، فإذا كان الوفاء هو سبب

إنقضاء الدين مثلاً ثم تبين أن الوفاء باطل لصدوره من غير ذى أهلية، يعود الدين المضمون ويعود معه الرهن تباعاً^(١).

بحيث لا يضر الغير حسن النية الذى يكون قد تلقى حقاً على الشئ المرهون فى الفترة ما بين انقضاء الرهن وعودته، فإذا اشترى شخص مثلاً العقار المرهون بحسن نيه وسجل عقده فى خلال هذه الفترة، فلا يجوز أن يصيبه ضرر من جراء عودة الرهن ولا يمكن أن يسرى الرهن فى مواجهته.

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٦٨.

المبحث الثاني

إنقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية

قد ينقضى الرهن بصفة أصلية، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١١١٣ مدنى من خلال النص على بعض أسباب انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية، حيث يمكن إنقضاء الرهن بسبب تنازل الدائن عنه وهلاك الشئ المرهون وإتحاد الذمة. وسنعرض لهذه الأسباب على النحو التالى:

١ - تنازل الدائن المرتهن عن الرهن:

قد يتنازل الدائن المرتهن عن الرهن دون الدين أى يظل الدائن محتفظاً بحقه الشخصى قبل المدين، بحيث يصبح مجرد دائن عادى بعد أن كان دائناً مرتهناً.

وقد تناول المشرع ذلك فى المادة ١١١٣ مدنى التى تنص على أن حق الرهن الحيازي ينقضى "إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية فى من تولى الدائن باختياره عن الشئ المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا يفيد فى حق هذا الغير إلا إذا أقره".

ويلزم لصحة تنازل الدائن عن الرهن ضرورة توافر الأهلية اللازمة وهى بنص المادة ١١١٣ هى أهلية الابراء من الدين الذى يعتبر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فتكون الأهلية المطلوبة هى أهلية التبرع.

وقد يكون النزول عن مرتبة الرهن صريحاً، كما يجوز أن يستفاد ضمناً عن طريق تخلى الدائن المرتهن بإختياره عن الشيء المرهون وموافقته على التصرف فيه دون تحفظ.

٢- زوال الرهن بسبب اتحاد الذمة:

ينقضى الرهن الحيازي في حالة اتحاد الذمة عندما يصبح الدائن المرتهن مالكا للشيء المرهون، كما هو الحال إذا ورثه أو اشتراه، فلا يجوز للشخص أن يباشر الرهن على ملكه، بحيث يزول حق الرهن إذا اجتمع مع حق الملكية في يد شخص واحد.

٣- زوال الرهن بسبب هلاك الشيء المرهون:

ينقضى الرهن بهلاك الشيء المرهون، فالرهن ينقضى طالما هلك المرهون كله، بينما إذا تبقى جزء ولو يسير من المرهون، فإنه يظل مثقلاً بالرهن.

وفي كل الحالات التي ينقضى فيها الرهن بهلاك الشيء المرهون، فإنه ينتقل حق الدائن المرتهن بمرتبته إلى المال الذي يحل محله في ذمة الراهن مثل مبلغ التعويض أو التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

الباب الرابع

حق الامتياز

تمهيد:

عرض المشرع لحقوق الامتياز في المواد ١١٣٠ إلى ١١٤٩ وذلك في فصلين: الأول في الأحكام العامة "المواد من ١١٣٠ إلى ١١٣٦" والثاني في أنواع الحقوق الممتازة "المواد من ١١٣٧ إلى ١١٤٩". وسوف نتبع نفس الخطة في عرضنا لحقوق الامتياز.

الفصل الأول الأحكام العامة

أولاً: تعريف حق الامتياز^(١):

عرف المشرع المصري حق الامتياز في الفقرة الأولى من نص المادة ١١٣٠ التي تقرر أن "الامتياز أولوية^(٢) يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته".

(١) حيث ترجع نشأة حقوق الإمتياز إلى القانون الروماني بيد أنه لم يكن لحق الامتياز في القانون الروماني نفس الطبيعة التي له في التشريعات الحديثة ، فالامتياز عند الرومان لم يكن حقاً عينياً بل كان مجرد أولوية يمنحها القانون لبعض الدائنين العاديين على بعضهم الآخر مراعاة منه لصفة ديونهم.

وبعد ذلك انتقل حق الامتياز من القانون الروماني الى القانون الفرنسي القديم ، ولم يكن للامتياز الا نفس المعنى الذي كان له عند الرومان ثم تغيرت طبيعة الامتياز تدريجياً من مجرد أولوية على الديون العادية الى أولوية على ديون الدائنين المرتهنين. وفي مطلع القرن التاسع عشر، ارتقى الامتياز الى مرتبة الحق العيني، حيث أصبح للدائن الذي له حق امتياز متقدماً على جميع دائني مدينه حتى الدائنين المرتهنين منهم.

(٢) فإذا كان المشرع قد اشار في تعريف الامتياز الى فكرة معينة وهي فكرة الاولوية أو الافضلية، فإن هذه الفكرة لا يختص بها الامتياز وإنما هي تعبر عن جوهر التأمينات جميعاً. لمزيد من التفاصيل انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، المجلد الثاني، ط٢، منشورات دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ص ٦٤٠؛ د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص ٩٦٩ وما بعدها، د. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥١٣؛ و د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، الكتاب الثالث ، الاصدار الخامس، دار الثقافة، عمان - الاردن، ٢٠٠٦، ص ٢٧٧.

كما يعرفه البعض بأنه "سلطة يقررها القانون للدائن مراعاة لصفة حقه تخوله أن يستوفى هذا الحق من مال معين أو من مجموع أموال مدينه بالأولوية على سائر الدائنين^(١).

نستخلص من هذا التعريف، أن حقوق الامتياز تعني اعطاء اولوية معينة لشخص معين من الأشخاص معينين في استيفاء حقه فهو يفيد بالضرورة عدم خضوع هذا الشخص لقسمة الغرماء فالامتياز في جوهره ليس الا محابة لدائن معين وتفضيله بالتالي على سائر الدائنين وعلى طائفة منهم وهو ما يتفق مع معنى الاصل اللاتيني لكلمة امتياز فهي اشتقاق من عبارة أي القانون الذي يعمل من اجل الفرد^(٢).

كما أن الامتياز لا يتقرر إلا بناء على نص القانون، وإذا لم يوجد نص يقرر الامتياز، فإنه يمتنع على القاضي أن يعطى صفة الامتياز لدين معين مهما كانت طبيعته، كذلك لا ينشأ الامتياز بناء على الاتفاق، فحقوق الامتياز من النظام العام، ولا يملك المدين باتفاقه مع الدائن أن يسبغ على دين هذا الأخير صفة الامتياز بغير نص في القانون^(٣).

(١) انظر: ا.د نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، ط ١، ٢٠١٠ م، ص ٢٧١.

(٢) انظر: احمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٦٨، ص ٤٠٨.

(٣) انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٤١٢، ص ٥٦٣.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنه، إذا باع شخص عقاراً واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بجزء منه بصفته مستأجراً، فإن الاتفاق على اعتبار حق المستأجر حقاً ممتازاً غير ذي أثر؛ لأن الامتياز لا يقوم إلا بناء على نص قانوني^(١).

ثانياً: خصائص حق الامتياز:

١- حق الامتياز تأمين قانوني: فلا يتقرر حق الامتياز إلا بمقتضى نص في القانون، فلا يمكن أن يتقرر حق الامتياز بناء على إتفاق بين الأطراف أو بناء على أمر من القضاء. ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان:

أ- أنه لا يجوز للأفراد ولا للقاضي اعتبار حق ما ممتازاً إلا إذا قضى القانون باعتباره ممتازاً.

ب- إقرار الامتياز لبعض الديون يعد استثناءً من الأصل القاضي بالمساواة بين الدائنين، فيجب تفسير النصوص المقررة لحقوق الامتياز تفسيراً ضيقاً، فالاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره.

٢- حق الامتياز تأمين عيني تبعي: حيث أن حق الامتياز يوجد دائماً لضمان الوفاء بالتزام معين أو بدين معين. فالامتياز يلزم الدين المضمون نشوءاً وانتقالاً وانقضاء، كما أنه يمنح صاحبه مزيّتي التتبع والتقدم ولاسيما عندما يكون محله عقاراً.

(١) نقض مدني جلسة ١٩٥٥/٥/٥، مجموعة أحكام النقض المدني، س٦، ص ١١٠٩.

٣- حق الامتياز هو تأمين غير قابل للتجزئة: يتقرر حق الامتياز على جميع المال المثقل به، إلى أن ينقضي الدين بشكل كامل. فإنقضاء جزء من الدين الذي يضمه الامتياز لا يؤدي إلى تحرير جزء مقابل من المال المثقل بالامتياز.

ومع ذلك، فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، ويمكن للدائن الممتاز أن يتنازل صراحة أو ضمناً عن الاستفادة من أحكامها.

٤- حق الامتياز قد يرد على مال معين من أموال المدين وقد يرد على جميع أمواله: فإذا تقرر حق الامتياز على منقول معين كان تأميناً منقولاً، وإذا تقرر على عقار معين كان تأميناً عقارياً، وأن تقرر على جميع أموال المدين كان تأميناً مختلطاً ويسمى إمتيازاً عاماً^(١).

ثالثاً: تقسيم حقوق الإمتياز:

اتخذ المشرع المصري من المحل الذي يرد عليه حق الامتياز أى من حيث الأموال التي ترد عليه معياراً لتقسيمه إلى قسمين: حقوق الإمتياز العامة وحقوق الإمتياز الخاصة، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١١٣٢ مدنى بقولها "ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٧٤.

لذلك قسم المشرع حقوق الامتياز إلى نوعين هما : حق الامتياز العام وهو الذي يرد على جميع أموال المدين بغض النظر عما إذا كانت منقولاً أو عقار، وحق الامتياز الخاص الذي يرد على منقول أو عقار معين.

رابعاً: آثار حقوق الامتياز:

تتشترك حقوق الامتياز سواء كانت امتيازات عامة أو امتيازات خاصة على عقار أو خاصة على منقول في أنها جميعاً تخول صاحبها الحق في التقدم وفقاً للمرتبة التي يحددها القانون، أما التتبع فهو مقصور على حقوق الامتياز الخاصة دون حقوق الامتياز العامة.

مع الوضع في الاعتبار، أنه إذا كان حق الامتياز الخاص وارد على منقول، فإن حق التتبع قد يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز متى كانت حيازة المنقول المثقل بالإمتياز لشخص حسن النية^(١).

(١) شهر حقوق الامتياز:

أن حقوق الامتياز منها ما يجب تسجيلها وشهرها ومنها ما لا يتطلب ذلك، فحقوق الامتياز العامة وكذلك حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول اعفاها المشرع من التسجيل، وبالتالي فهي ليست بحاجة الى تسجيلها وشهرها حتى تكون نافذة في حق الغير من دائني المدين. أما حقوق الامتياز الخاصة على العقار، فيجب شهرها حتى تنفذ في مواجهة الغير، ومن هذه الحقوق امتياز

(١) انظر: ا.د نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق ، ص ٢٥٦.

بائع العقار والشريك المتقاسم في العقار. وهو ما سوف نتناوله على النحو التالي:

حقوق الامتياز التي لا يجب فيها الشهر: وهذا تشمل حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً، بالإضافة إلى ذلك، فإن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول لا يتوقف نفاذها على شهرها، لعدم وجود نظام لشهر الحقوق العينية على منقول، وبالتالي يثبت الامتياز بالدين في هذه الحالات في مواجهة المدين والغير بمجرد قيام الدليل على وجود حق الامتياز.

حقوق الامتياز التي يجب فيها الشهر: وهذه تشمل حقوق الامتياز الخاصة على عقار التي يتوقف نفاذها على شهرها "تسجيلها" وتحدد مرتبتها من وقت القيد.

(٢) حق التقدم:

- حقوق الامتياز على اختلاف أنواعها تخول لصاحبها حق التقدم في استيفاء حقه من ثمن المال محل الامتياز ومن كل مقابل يحل محله، وبالأسبقية على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين بحسب المرتبة المحددة لكل حق بنص القانون، ولقد حدد التقنين المدني المصري مراتب حقوق الامتياز التي وردت فيه.
- فإذا تساوت الحقوق الممتازة في المرتبة فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

(٣) حق التتبع:

- حق الامتياز العام لا يثبت لصاحبه حق التتبع، وتبرير ذلك أن حق الامتياز العام لا يرد على مال معين بالذات من أموال المدين، إنما يرد على كل أموال المدين الموجودة لديه عند التنفيذ.
- أما حق الامتياز الخاص باعتباره يرد على مال معين من أموال المدين - سواء أكان عقاراً أو منقولاً - فإنه يرتب لصاحبه حق تتبع هذا المال في أي يد يكون.
- وتجدر الإشارة إلى أن حق التتبع باعتباره مظهر أساسياً لنفاذ حق الامتياز قبل الغير يجد أساسه ومبرره في شأن حق الامتياز الخاص على العقار في قاعدة القيد التي يتحقق بها إعلام الغير بحق الامتياز.
- إذا كان الحائز للمنقول حسن النية يجهل ما ينقل المال من حق امتياز، انتقلت إليه ملكية المنقول خالية من كل قيد أو تكليف، وعلى ذلك إذا تصرف المدين في المنقول المثقل بحق الامتياز بنقل ملكيته أو برهنه حيازياً، وحازه المتصرف إليه وهو حسن النية فلا يحتج عليه بحق الامتياز.
- أما إذا كان من حاز المنقول ليس حسن النية أو لم يتوافر له السبب الصحيح، كان لصاحب الامتياز تتبع المنقول تحت يده، كما أن له تتبعه إذا كان المنقول قد سرق أو ضاع وذلك خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع.

- ولما كان حق التمتع يتهدد بالتعطل إذا استطاع الغير الاستناد لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، فلقد خول المشرع صاحب حق الامتياز إذا ما خشي لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، أن يطلب من القاضي وضعه تحت الحراسة.

خامساً: إنقضاء حق الامتياز:

تنص المادة ١١٣٦ مدنى على أنه "ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام إنقضاء هذين الحقين ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك".

فإذا نشأ حق الامتياز ضماناً للوفاء بالالتزام المضمون، فإنه ينقضى بصفة تبعية تبعاً لإنقضاء الدين المضمون بالوفاء أو بغيره من طرق إنقضاء الالتزامات.

وعلى هذا ينقضى حق الامتياز، أيّاً كان محله، بصفة تبعية، إذا انقضى الدين المضمون به أيّاً كان سبب هذا الانقضاء.

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

تنقسم الحقوق الممتازة وفقاً لما أورده المشرع إلى قسمين: الأول يشمل حقوق الامتياز العامة، وحقوق الإمتياز الخاصة الواقعة على منقول والثاني يشمل حقوق الإمتياز الخاصة الواقعة على عقار، وهو ما سوف نتناوله على النحو التالي في مبحثين.

المبحث الأول

حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

أورد المشرع في المواد من ١١٣٨ إلى ١١٤٦ حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على المنقول، حيث رتبها المشرع فيما بينها بحسب درجة امتيازها، ففي المرتبة الأولى المصروفات القضائية، وفي المرتبة الثانية امتياز المبالغ المستحقه للخرانة العامة، وفي المرتبة الثالثة امتياز حفظ المنقول وفي المرتبة الرابعة الامتيازات العامة، وفي المرتبة الخامسة مصروفات الزراعة والآلات الزراعية، وفي المرتبة السادسة امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق، وفي المرتبة السابعة امتياز بائع المنقول وامتياز الشريك المتقاسم في المنقول.

١ - إمتياز المصروفات القضائية:

نصت المادة ١١٣٨ مدنى على أن "المصروفات القضائية التى انفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها، لها إمتياز على ثمن هذه الأموال، وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين انفقت المصروفات فى مصلحتهم، وتتقدم المصروفات التى انفقت فى بيع الأموال على تلك التى انفقت فى إجراءات التوزيع".

وترجع الحكمة من تقرير هذا الامتياز إلى أن المصروفات التي ينفقها أحد الخصوم في سبيل دعوى يستفيد منها باقى الدائنين، حيث تقتض العدالة بأن يتقدم الشخص الذى قام بانفاق المصروفات القضائية على كل الدائنين الذين استفادوا منها.

وبالتالى، تستحق المصروفات القضائية الحماية ليستردها من انفقها قبل أن يأخذ أياً من الدائن شيئاً من أجل تشجيع أى من الدائنين على الانفاق فى الدعوى على ما هو فى مصلحة جميع الدائنين.

مع الوضع فى الاعتبار، أن الامتياز يقع على ثمن هذه الأموال لا على عين الأموال وهذا الامتياز غير خاضع للتسجيل لأحتمال ورود المصروفات القضائية على منقول وليس عقار.

المبالغ المضمونة بهذا الامتياز: تشمل المبالغ المضمونة بهذا الامتياز كل المصروفات القضائية التى انفقت وفقاً للقانون فى حفظ أموال المدين وتصفيته لمصلحة جميع الدائنين.

ويلزم توافر ثلاثة شروط لإعتبار المصروفات القضائية ممتازة:
أولاً: أن تكون المصروفات قد انفقت فى إجراءات قضائية من أجل المحافظة على أموال المدين وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين لتحقيق المصلحة المشتركة لهم.

مثال ذلك: نفقات الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليسية ودعوى شهر إفلاس التاجر ودعوى الحراسة.

ثانياً: أن تكون هذه المصروفات قد أنفقت من أجل تحقيق مصلحة كل الدائنين الذين يحتج عليهم بالامتياز، فإذا لم يستفد منها إلا من أنفقها، فإنه لا يكون له امتياز على أموال المدين.

مثال ذلك: المصروفات التي ينفقها أحد الدائنين في سبيل مطالبة المدين بدينه من أجل الحصول على حكم يثبت وجود هذا الدين في ذمة الأخير.

ثالثاً: أن تكون المصروفات قضائية، بمعنى أن تكون قد انفقت في إجراءات قضائية صحيحة يفرضها القانون.

وبناء على ذلك، لا يتقرر الامتياز للمصروفات التي تتفق في إجراءات ودية كمصروفات القسمة الودية للأموال الشائعة التي تجرى باتفاق الشركاء.

محل الامتياز: هو الثمن الذي رسا به المزاد في بيع الأموال المنقولة أو العقارية التي انفقت المصروفات لأجل حفظها وبيعها وهذا الامتياز يعتبر عاماً إذا ورد البيع بالمزاد العلني على كل أموال المدين ويعتبر الامتياز خاصاً إذا ورد على أعيان محددة عقار كانت أم منقول.

مرتبة الامتياز: يتقدم هذا الامتياز في المرتبة الأولى بين الإمتيازات والرهون والتأمينات.

٢- امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة:

تنص المادة ١١٣٩ مدني على أن "المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط

المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن، وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أى حق آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي عدا المصروفات القضائية".

والحكمة من تقرير هذا الامتياز هي أن أموال الدولة لا غنى عنها في تسيير المرافق العامة لذلك يجب حمايتها لتتمكن من تنفيذ انشطتها.

المبالغ المضمونة بهذا الامتياز: يضمن الامتياز الضرائب والرسوم وغيرها من المبالغ المستحقة للحكومة.

محل الامتياز: يتعين محل الامتياز طبقاً لما تقضى به القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن، فقد ينص المشرع على أن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة يرد على منقولات أو عقارات معينة، كما هو الشأن بالنسبة للضريبة على العقارات المبينة وغيرها.

مرتبة الامتياز: يأتي امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة بعد المصروفات القضائية أى في المرتبة الثانية.

٣- امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه:

تنص المادة ١١٤٠ مدنى على أنه "١- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه.

٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة، أما فيما بينهما فيقدم بعضها على بعض حسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها".

والحكمة من تقرير هذا الامتياز، أن العدالة تقتضى المحافظة على حقوق الدائن الذى أنفق مصروفات من أجل حفظ المنقول من الهلاك أو التلف مثل نفقات إنقاذه من الحريق أو الغرق بأن يتقدم على سائر الدائنين فى استيفاء ما أنفقه، لأنه لولا هذه المصروفات التى أنفقها فى حفظ المنقول لنقصت قيمته.

المبالغ المضمونة بهذا الامتياز: يثبت الامتياز على المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه أو إصلاحه وهو ما ينطبق على كل المصروفات التى أنفقت حتى يكون المنقول صالحاً للاستعمال الذى أعد له.

مثال ذلك: إذا كان المنقول سيارة وأصابها عطل، فإن أجره الميكانيكى الذى قام بإصلاحها يكون مضموناً بهذا الامتياز، وإذا كان المنقول حيواناً وأصابه مرض، فإن الأجر الذى يحصل عليه الطبيب البيطرى الذى قام بعلاجه يكون مضموناً بهذا الامتياز^(١).

بينما لا يضمن الامتياز المصروفات التحسينية أو الكمالية التى تتفق على المنقول من أجل زيادة قيمته دون أن تستهدف حفظه.

محل الامتياز: يرد الامتياز على كل المنقول الذى حفظ أو أصلح وليس فقط على ما زاد فى قيمته بسبب الحفظ أو الترميم.

مرتبة الامتياز: يقع امتياز البائع فى حفظ المنقول وترميمه فى المرتبة الثالثة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٨٤.

فإذا حصل تزامن بين مصروفات حفظ المنقول والترميم، فإنه وفقاً لنص المادة ١١٤٠ من القانون المدني، فإن المبالغ التي صرفت مؤخراً تكون لها الأولوية على المبالغ التي صرفت قبلها على أساس أنه لولا المصروفات الأخيرة لهلك المنقول ولضاعت جميع الأموال والمصروفات التي أنفقت قبل ذلك.

٤- حقوق الامتياز العامة:

تنص المادة ١١٤١ مدني على أنه "١- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول أو عقار:

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبه والعمال وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة.

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة.

٢- وتستوفى فى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها".

يتبين من هذا النص، أن حقوق الامتياز العامة تنحصر فى ثلاث حالات الأولى: امتياز الأجراء والثانية: امتياز حقوق الموردين والثالثة: امتياز النفقة. أولاً: امتياز الأجراء:

قرر المشرع امتياز الأجور للعمال وغيرهم لإعتبارات إنسانية، فهم فى الغالب يعتمدون فى معاشهم على أجورهم التى تعتبر مصدر الرزق الوحيد.

ويستفيد من هذا الامتياز كل من يؤدي عملاً لحساب شخص آخر ويقوم على رابطة التبعية بينهما سواء عمل لحسابه أم لحساب أشخاص آخرين، ويدخل في هذا المفهوم حارس المنزل والطاهى وسائق السيارة والمرضعة ومربية الأطفال وكل من يؤدي عمله بالساعة أو باليوم أو بالأسبوع أو الشهر، وعلى عكس هذا لا يشمل كل من لا تربطه رابطة تبعية برب العمل كالمقاول، فلا يكون أجره مضمون بهذا الامتياز.

المبالغ المضمونة بهذا الامتياز: لا يضمن الامتياز إلا المبالغ التي تستحق للأجير في مقابل عمله، ويدخل فيها كل ما يتقاضاه الأجير من أجور أو مكافآت وبذل الانتقال، بينما ما لا يدخل في الأجر أو حكمه فلا يضمنه الامتياز كالتعويض عن الفصل التعسفي.

ولا يشمل الامتياز إلا المبالغ المستحقة للأجير عن الستة أشهر الأخيرة فقط، أما ما زاد عن هذه المدة، فلا يعد إلا ديناً عادياً لا يضمنه هذا الامتياز.

ثانياً: امتياز حقوق الموردين: يضمن هذا الامتياز نفقات توريد المأكّل والملبس للمدين وأسرته، طالما كان ذلك لسد حاجتهم وليس من أجل الإتجار فيها.

وترجع الحكمة من تقرير هذا الامتياز هو التيسير على المدين لتمكينه من الحصول على المواد الضرورية للمعيشة والحفاظ على صحته هو ومن يعوله عن طريق توفير الضمان لموردي هذه المواد الضرورية بالحصول على قيمة ما يقدمونه إلى المدين واستيفاء حقوقهم بالتقدم على سائر دائني المدين.

ثالثاً: امتياز النفقة:

يضمن هذا الامتياز النفقة الواجبة على المدين المقررة بناء على حكم قضائي أو قانوناً لأقاربه وزوجته وذلك عن الستة الأشهر الأخيرة. ويتقرر هذا الامتياز على أساس الاعتبارات الإنسانية التي تقتضي ضمان استيفاء الشخص للنفقة اللازمة لمعيشته.

٥- امتياز نفقات الزراعة المستحقة في مقابل آلات الزراعة:

تمثل الزراعة إحدى المقومات الاقتصادية في الوطن العربي لذلك أوجب اعتبارات العدالة النص على هذا الامتياز، حيث أنه لولا نفقات الزراعة والمبالغ التي صرفت في مقابل الآلات الزراعية وإصلاحها لما استطاع المزارع الحصول على محصوله، فكان من العدل أن يتقدم من أنفق هذه المبالغ على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من قيمة ذلك المحصول^(١).

حيث تنص المادة ١١٤٢ مدنى على أن:

١- "المبالغ المنصرفة في البذور والسماد وغيرها من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد، ويكون لها امتياز على المحصول التي صرفت في إنتاجه وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة.

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر.

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٨٩.

٣- وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات.

ويتضح من هذا النص، بأن هناك نوعين من الامتياز: امتياز نفقات ومصروفات الزراعة، وامتياز المبالغ المستحقة في مقابل الآلات الزراعية.

أولاً: امتياز نفقات ومصروفات الزراعة:

المبالغ المضمونة بهذا الامتياز: يشمل هذا الامتياز عدة مبالغ وديون أنفقت في أعمال الزراعة نذكرها على النحو التالي:

- ثمن البذور والسماد وغيرها من مواد التخصيب والمبيدات الحشرية.
- أجور عمال الزراعة الذين قاموا بتجهيز الأرض للزراعة واعداد المحصول مثل نفقات الحرث والبذر والتسميد والرى والحصاد وتعبئة المحصول وأجرة المواشى التى تستخدم فى اعداد المحصول للزراعة.

محل الامتياز: يقع الامتياز على المحصول الذى أنفقت هذه المصروفات فى إنتاجه وإعداده.

ويوجد هذا الامتياز سواء كان الذى يستغل الأرض لحسابه هو مالك الأرض نفسه أو كان مستأجراً لها أو صاحب حق انتفاع عليها.

مرتبة الامتياز: يحتل المرتبة الخامسة بعد امتياز المصروفات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخرانة العامة و امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه والامتيازات العامة.

ثانياً: امتياز المبالغ المستحقة في مقابل الآلات الزراعية:

يهدف هذا الامتياز إلى تيسير الحصول على الآلات لتيسير الاستغلال الزراعي.

المبالغ المضمونة بهذا الامتياز: يقع الامتياز على الآلات الزراعية التي تستعمل في أعمال الزراعة والحصاد، كآلات حرث الأرض وريها وجمع المحصول، ولا تدخل الحيوانات والمواشي في عموم الآلات على الرغم من الدور الهام الذي تلعبه في أعمال الزراعة والحصاد.

محل الامتياز: هو الآلة الزراعية ذاتها وليس المحصول، ويبقى الامتياز حتى ولو انتقلت ملكية الآلة إلى الغير، مع مراعاة أن حق التمتع قد يسطم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، كذلك يبقى الامتياز حتى لو أصبحت الآلة عقاراً بالتخصيص، حيث أنها لا تفقد ذاتيتها في هذه الحالة^(١).

مرتبة الامتياز: يأتي هذا الامتياز في نفس مرتبة نفقات ومصروفات الزراعة.

٦- امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق:

أولاً: امتياز المؤجر:

تنص الفقرة الأولى من نص المادة ١١٤٣ مدني على أن "أجرة المبنى والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي".

(١) انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٤٤٧، ص ٦٠٤.

يتضح من هذا النص، أن القانون منح مؤجر المبنى والأرض الزراعية امتيازاً على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز أو محصول زراعي ضماناً لكل حق له على المستأجر من الأجور المستحقة بموجب عقد الإيجار.

الحقوق المضمونة بهذا الامتياز: يضمن امتياز المؤجر الاجره المستحقة عن مده الايجار، إذا لم تزد على سنتين، كما يضمن أيضاً كل حق آخر تولد للمؤجر بمقتضى عقد الايجار مثل التعويض الذى يدفعه المستأجر للمؤجر لإخلاله بالالتزام بالمحافظة على الشئ المؤجر.

محل الامتياز: يرد امتياز المؤجر على كل ما يكون موجود في العين المؤجرة من أشياء قابله للحجز عليها حتى يتمكن المؤجر من بيع هذه الأموال من أجل استيفاء حقه من ثمنها وهو ما لا يتحقق في حالة إذا كان البيع الجبرى غير جائز.

كما يمكن أن يرد هذا الامتياز على المنقولات المملوكة لغير المستأجر كما هو عليه الحال بالنسبة إلى المنقولات المملوكة لزوج المستأجر سواء كان المؤجر يعلم أو لا يعلم بملكية الزوجة لهذه المنقولات وقت وضعها في العين المؤجرة.

وكذلك يرد الامتياز على المنقولات المملوكة للغير، طالما أن المؤجر حسن النية ولا يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بحق الغير عليها.

وأخيراً، يقع الامتياز أيضاً على المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن، إذا كان المؤجر قد اشترط على المستأجر صراحه في عقد الايجار عدم جواز التأجير من الباطن، حتى ولو كان المؤجر يعلم في وقت وضعها أنها غير مملوكة للمستأجر الأصلي.

مرتبه الامتياز: يقع امتياز المؤجر في المرتبه السادسه، ويعطى له سلطة استيفاء حقه أو دينه المضمون بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبه.

ومن أجل المحافظة على هذا الامتياز، فقد منح القانون للمؤجر إمكانية أن يحبس جميع المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة التي يرد عليها الامتياز، كما يحق للمؤجر أن يوقع عليها الحجز الاستحقاقى فى يد الحائز خلال ثلاثين يوماً من تاريخ خروجها ، إذا خرجت هذه المنقولات من العين المؤجره دون علمه^(١).

ثانياً: امتياز صاحب الفندق:

تنص الفقرة الأولى من نص المادة ١١٤٤ مدنى على أن "المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، يكون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته".

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٩٣.

الحقوق المضمونة بهذا الامتياز: إن الحقوق المضمونة بالامتياز هي عبارة عن المبالغ المستحقة لصاحب الفندق قبل النزيل من أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه.

مع الوضع في الاعتبار، أنه يستفيد من هذا الامتياز كل من يقدم المأوى سواء قدم معه الطعام أو لم يقدمه، بينما لا يستفيد من الامتياز، إذا كان الشخص يقدم الطعام أو الشراب فقط دون المأوى كصاحب المطعم أو الكافيهات أو غيرها.

ويكون الامتياز عن المبالغ المستحقة في ذمة النزيل من أجرة النوم وثمان الطعام والشراب وجميع الخدمات التي قدمت للنزيل ومن معه من أفراد أسرته وكذلك أجرة إيواء السيارة في جراج الفندق ونفقات إيواء الحيوانات التي يصطحبها النزيل في الفندق مثل الخيول أو الكلاب، كما يشمل الامتياز جميع المبالغ المستحقة لصاحب الفندق الناشئة عن شراء أشياء للنزيل أو بدفع مبالغ لحسابه أو ما اعطى له على سبيل القرض.

ولا يضمن الامتياز إلا المبالغ المستحقة من النزيل في أثناء إقامته الحالية دون المبالغ المستحقة عن المرات السابقة.

محل الامتياز: يرد الامتياز على الأمتعة والأشياء التي أحضرها النزيل معه وتابعوه وهم الزوجة والأولاد والخدم، بحيث يدخل في الأمتعة جميع المنقولات المادية التي يحضرها النزيل معه في الفندق مثل الملابس والنقود والحيوانات والمجوهرات، حتى ولو لم تكن في حيازة النزيل ذاته بل كانت مودعة في أمانات الفندق.

ويقع امتياز صاحب الفندق على هذه الاشياء ولو كانت مملوكة للغير، طالما كان صاحب الفندق حسن النية أي يجهل تعلق حق الغير بها، بينما لا يرد الامتياز إذا كانت هذه الاشياء مسروقة أو ضائعة، فإنه يحق لمالكها استردادها خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع.

مرتبة الامتياز:

يقع امتياز صاحب الفندق في المرتبة السادسة شأنه في ذلك شأن امتياز المؤجر.

ويجب على صاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه، بحيث ينقضى الامتياز، إذا خرجت الأمتعة من الفندق برضاء صاحبه ودون معارضة منه، بينما يظل حق الامتياز عليها إذا خرجت الأمتعة دون علمه أو بغير رضاه.

٧- امتياز بائع المنقول وامتياز المتقاسم في المنقول:

تنص الفقرة الأولى من نص المادة ١١٤٥ مدنى على أنه "ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية".

والحكمة من تقرير هذا الامتياز، أن البائع هو الذى باع المنقول استيفاء لثمنه، حيث أنه لولا هذا البائع لما دخل في ذمة المشتري أى مقولات، فمن العدالة أن يكون له الأولوية في استيفاء حقه من ثمن المنقول على دائئى

المشتري الآخرين، إذ لو أجاز لهؤلاء أن يشاركوا البائع الذى لم ينفذ على الشئ من أجل استيفاء حقه أو أن يتقدموا عليه لترتب على ذلك الإثراء على حسابه^(١).

الحقوق المضمونة بهذا الامتياز: يضمن هذا الامتياز الثمن والباقي من الثمن، والملحقات كنفقات المطالبة بالثمن والفوائد والمصروفات التى يكون البائع قد أنفقها لحساب المشتري.

وفيما عدا الثمن وملحقاته، فلا يتضمن الامتياز مبالغ التعويضات المستحقة للبائع قبل المشتري لإخلاله بالتزام من التزاماته، وهذا بخلاف امتياز المؤجر.

محل الامتياز: يقع امتياز بائع المنقول على المبيع نفسه، ويظل الامتياز قائماً مادام المبيع قائماً ومحتفظاً بذاتيته، بينما ينقضى الامتياز فى حالة هلاك الشئ المبيع أو اندماجه فى شئ آخر.

ومن هذا المنطلق، ينقضى امتياز بائع مواد البناء إذا استخدمت هذه المواد فى تشييد المباني، وينقضى امتياز بائع خيوط الغزل إذا استخدمت لتكون قماشاً^(٢).

مرتبة الامتياز: يقع امتياز بائع المنقول فى المرتبة السابعة بعد حقوق الامتياز الواقعة على منقول.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ١٩٦.

المبحث الثاني

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

(١) امتياز بائع العقار: حيث نصت المادة ١١٤٧ على أن 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".

محل الامتياز: يشترط لثبوت هذا الامتياز أن يكون هناك بيع لعقار، وأن يكون

ثمن المبيع أو ملحقاته لا يزال في ذمة المشتري^(١).

وإذا كان المبيع عدة عقارات تحمل كل عقار منها بالامتياز ضماناً للثمن

الخاص به، إلا وإذا كان البيع قد شمل العقارات جملة وبثمن إجمالي لا يتجزأ،

فإن الامتياز يتقلها جميعاً ضماناً لكل الثمن.

شهر الامتياز ومرتبته: يلزم شهر حق الامتياز الخاص على العقار حتى يمكن

الاحتجاج به في مواجهة الغير، ولا تكون له مرتبة إلا من يوم القيد (م ١٢ من

قانون الشهر العقاري). ويلزم القيد حتى ولو كان عقد البيع مسجلاً^(٢).

(٢) امتياز المقاول والمهندس المعماري:

تنص المادة ١١٤٨ مدنى على أن ١ - "المبالغ المستحقة للمقاولين

والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى

١ انظر: ا.د احمد سلامة، مرجع سابق، بند ٢٥٨، ص ٤٥٤.

٢ انظر: ا.د محمد على إمام، مرجع سابق، بند ٤٧٨، ص ٦٤٠.

إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو فى صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه.

٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد".

الحقوق المضمونة بهذا الامتياز: يشمل الامتياز المبالغ المستحقة للمقاول أو المهندس المعماري نظير قيامه بتشديد البناء أو غيره من المنشآت ويشمل ذلك ملحقات تلك المبالغ كالفوائد وغيرها من المصروفات، ولكن المبالغ التى تتمتع بالامتياز مقيدة بحد أقصى وهو ألا تتعدى تلك المبالغ ما يكون قد زاد بسبب الأعمال فى العقار وقت بيعه.

محل الامتياز: يرد الامتياز على المنشآت التى قام المقاول أو المهندس المعماري بتشديدها ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب عمله فى قيمة العقار وقت بيعه.

حيث يقع الامتياز على الأبنية التى تم تشييدها ولكنه لا يشمل الأرض المقامة عليها.

فإذا أقام مقاول مبنى على أرض فضاء، فلا يرد الامتياز على كل قيمة الأرض وما تم تشييده عليها، بل يرد على الفرق بين قيمة الأرض دون مبنى وقيمتها بما عليها من مبنى والعبارة فى الزيادة فى قيمة العقار بوقت بيعه (١).

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

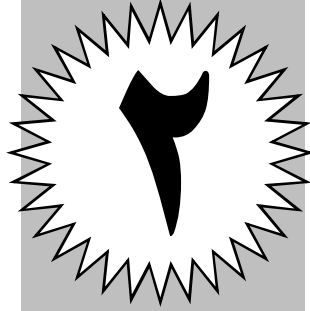
مرتبة الامتياز: يجب أن يقيد هذا الامتياز حتى يكون نافذاً في مواجهة الغير، بحيث تحتسب مرتبة الامتياز من وقت قيده.

مع الوضع في الاعتبار، أنه عند التزاحم مع حق عيني آخر من الحقوق واجبة القيد على العقار تكون الأسبقية بتاريخ القيد.

(٣) امتياز الشريك المتقاسم في العقار:

تنص المادة ١١٤٩ مدنى على أنه "للشركاء الذين اقتسموا عقاراً، حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله له القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد".

ويقوم هذا الامتياز على مبدأ المساواة بين المتقاسمين، فالمتقاسم في العقار الذى لم ينل منه نصيباً يكافئ حصته، فيتقرر له أن ينال معدلاً في ذمة شركائه بالنظر إلى أن هؤلاء قد حصلوا على زيادة على نسبة حقوقهم في المال الشائع، فمقتضى العدل أن يتقدم الشريك صاحب الحق في المعدل على الدائنين الآخرين العاديين والتاليين له في المرتبة لاقتضاء حقه قبلهم، فهذا الامتياز يضمن المساواة بين الشركاء المتقاسمين التي تقتضى تمكين كل شريك في المال الشائع أن ينال نصيبه فيه كاملاً وإلا أثرى شركاؤه بلا سبب على حسابه.



الجزء الثاني

التأمينات الشخصية

"عقد الكفالة"

الباب الأول

الكفالة

وسوف نقسم دراستنا في هذا الباب إلى أربعة فصول على النحو

التالي:

الفصل الأول: التعريف بالكفالة.

الفصل الثاني: انعقاد الكفالة.

الفصل الثالث: آثار الكفالة.

الفصل الرابع: انقضاء الكفالة.

الفصل الأول

التعريف بالكفالة

تمهيد:

من المتفق عليه، أنه من أهم صور التأمينات الشخصية ما يعرف باسم عقد الكفالة، كما أنه بالنظر إلى أهميته، فقد أفردت لها أغلب التشريعات القانونية نصوص ومواد خاصة لتنظيمها بالشكل الصحيح، ولم يكن القانون المدنى المصرى بمنأى عن تنظيم الكفالة حيث نظمها من المادة (٧٧٢) إلى المادة (٨٠١) في القانون المدنى المصرى، ويكمن مضمون الكفالة بدخول شخص ثالث في العملية التعاقدية بحيث يكون هذا الشخص كفيلاً وضامناً إن لم يلتزم الشخص الذي قام بكفالته (المدين) بسداد ودفع ما عليه من التزام فيحل محله الكفيل إجباراً بسداد الالتزام.

المبحث الأول

ماهية الكفالة

يحظى مفهوم (عقد الكفالة)^(١) باهتمام بالغ من قبل الباحثين والمهتمين، فهو ليس وليد هذه السنوات، بل تدارسه سابقاً العلماء والفقهاء، وتناولوه تفصيلاً وتحليلاً، لأهميته في تعاملات الناس فيما بينهم. وسنوضح فيما يلي تعريفه (لغةً واصطلاحاً وقانوناً).
أولاً: عقد الكفالة لغةً:

وردت كلمة (كَفَلَ) بالقرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾^(٢)، أي ضمّها إلى نفسه، وفي حديث السنة النبوية الشريفة قوله ﷺ: "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين..."^(٣)، أي الذي يضمّه إليه^(٣).

(١) لم تكن الكفالة متميزة عن التضامن في المديونية في القانون الروماني، حيث كان الكفيل مدينًا متضامنًا مع المدين الأصلي، ولم يكن لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن. حيث كان الدائن يستطيع اتخاذ إجراءات التنفيذ سواء في مواجهة المدين الأصلي أو في مواجهة الكفيل.

ولم تتحقق فكرة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي - إلا وقت متأخر ولاسيما في عهد جستنيان، ففي هذا الوقت لم يكن للدائن أن ينفذ على الكفيل قبل أن ينفذ على المدين طبقاً لقاعدة الدفع بتجريد المدين وكذلك كان الحال في القانون الفرنسي القديم إذا اختلطت في أول عهود هذا القانون الكفالة مع التضامن في المديونية ثم بدأت الكفالة تتميز عن التضامن، حتى أصبح الكفيل يضمن ديناً في ذمة الغير. لمزيد من التفاصيل انظر: د. ياسر احمد كامل الصيرفي، شرح التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٠١.

(٢) سورة آل عمران، الآية (٣٧).

(٣) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، الجامع الصحيح المختصر، بدون طبعة، دار ابن كثير، جمهورية لبنان، بيروت، ١٩٨٧م، رقم ٥٦٩٥.

كما جاءت كلمة الكفالة في كُتب اللغة بِعِدَّة معانٍ، فالكفالة في اللغة تعني: "كفل الرجل، وبالرجل كفلا، وكفالة: ضمنه، ويقال: كفل المال، وكفل عنه المال لغريمه فهو كافل، وأكفل فلاناً المال، أي جعله يضمنه" ^(١).

ثانياً: عقد الكفالة اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء والعلماء في تعريف كلمة الكفالة، هذا الاختلاف يُعزى إلى اختلافهم فيما يتعلّق بالآثار الناجمة عنها.

حيث استعملها علماء الحنفية بالمسمّى الأول وهو (الكفالة)، أما علماء الحنابلة والمالكية والشافعية فمعهم جاءت (الكفالة) بمسمّى الضمان. بعد ذلك جاءت مجلة "الأحكام العدلية" وقنّنت موادها بها، ومن خلالها عمّم هذا المسمّى (الضمان)، وشاع في أروقة المحاكم والوسط القضائي ^(٢).

هذا، وعرّف علماء الحنفية (الكفالة) بأنّها: "ضم ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل في المطالبة مُطلقاً"، أمّا تعريف مجلة "الأحكام العدلية" فنصّ: "الكفالة ضم ذمّة إلى ذمّة في مطالبة شيء، أي أن يضم أحد ذمّة آخر، ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمتم حق ذلك" ^(٣).

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الطبعة الأولى، بدون ناشر، جمهورية لبنان، بيروت، ١٩٩٠م، مادة كفل، ص ١٣٠.

(٢) انظر: د. إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، الكفيل الآثار المترتبة على عقد الكفالة المالية في الشريعة الإسلامية والقانون الإماراتي، الطبعة الأولى، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دولة الإمارات العربية المتحدة، دبي، ٢٠١٤م، ص ٢٤.

(٣) سعاد أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، دولة فلسطين، ٢٠٠٧م، ص ١٠.

ثالثاً: عقد الكفالة قانوناً:

حيث أوردت المادة ٧٧٢ من القانون المدني المصري^(١) تعريفاً للكفالة بقولها الكفالة هي "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه".

ويتضح لنا من هذا التعريف: أن عقد الكفالة ينشأ نتيجة وجود علاقة مديونية تقوم بين الدائن والمدين، وأن الكفيل هنا يأتي لضمان الوفاء بتلك المديونية، وأنه لولا عقد الكفالة لأصبح الكفيل غريباً عن علاقة المديونية هذه التي نشأت بين المدين والدائن^(٢). فالكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن بمقتضى هذا العقد يتعهد الكفيل بأن يفي بالالتزام للدائن إذا لم يفي به المدين ذاته، كما أن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة، وبمعنى آخر يتبين أن عقد الكفالة ينشأ نتيجة وجود علاقة مديونية.

كما يبدو من هذا التعريف الوارد بنص المادة سالفة الذكر بأن المشرع المصري تفادى باستخدامه لفظ "شخص" بدلاً من لفظ "إنسان" الواردة في التقنين القديم ضيق الصياغة الذي لم يكن ليتسع إلا للشخص الطبيعي فقط. ثم إن المشرع بصياغته للنص على هذا النحو، تفادى ما كان لتثيره التعاريف المقترحة في لجنة المشروع من التباس.

(١) بينما عرّف القانون العُماني الكفالة من خلال قانون المعاملات المدنية في مادته رقم (٧٣٦) بأنها "ضم ذمّة إلى ذمّة في المطالبة بتنفيذ التزام".

(٢) انظر: د. أحمد كمال أحمد صبري، الكفالة وفقاً للقانون العُماني، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، دولة الإمارات العربية المتحدة، العين، ٢٠٢١م، ص ٣٢.

ثم إنه استبدل بعبارة "الكفيل يقوم بالوفاء إذا لم يؤده المدين" عبارة عامة تقرر أن الكفيل يضمن تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن "بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين بنفسه"، بحيث يكون مفهوماً عدم انحصار الكفالة في كفالة الالتزام بإعطاء مبلغ نقدي وإمكانية كفالة أي التزام مهما كان مصدره (الفعل النافع، الفعل الضار - القانون - عقد).

وعلى هذا الأساس، يمكن كفالة أي التزام أيا كان مصدره وأيا كان وصفه، كما أن الكفيل يتعهد للدائن "المكفول له" حتى يكون مفهوماً أن الكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن، وأن الكفالة تتم بمجرد توافق إرادتي الدائن والكفيل، دون حاجة إلى رضا المدين.

وهو ما يعني جواز كفالة المدين بغير علمه أو رغم معارضته ورضاه بحيث أن مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل قد يكون قانونياً.

ولقد عنى المشرع في تعريف الكفالة بإبراز الطابع التبعية، الذي يعتبر السمة المشتركة للتأمينات الشخصية والعينية على حد سواء لالتزام الكفيل، بنصه على أن "الكفيل يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين بنفسه".

المبحث الثاني

أطراف عقد الكفالة وإثباته

أولاً: أطراف عقد الكفالة:

يتكون عقد الكفالة من طرفين: هما الكفيل وهو الطرف الأول أما الطرف الآخر فهو الدائن ويسمى بالمكفول له، بينما المدين فليس طرفاً في عقد الكفالة.

أ- الكفيل:

هو "أحد أطراف عقد الكفالة وهو من يضمن للدائن سداد الدين في حالة تخلف المدين عن الوفاء.

ويلزم أن يتوافر لدى الكفيل أهلية التبرع، ويحق للدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إن لم يوفي به المدين، فهو ضامن للدين في حالة عدم سداد المدين له فهو ملزم بسداده بدلاً من المدين للدائن الذي له الحق في مطالبة الكفيل بالسداد.

ب- المكفول له:

والمكفول له هو الدائن الأصلي الذي يكون له دين لدى المدين الذي يدخل طرف آخر لزيادة الثقة في السداد وفي حالة التأخر أو التخلف عن السداد يقوم هذا الكفيل بالسداد بدلاً عنه في حالة رغبة الدائن في مطالبة الكفيل في السداد ولا يمنع ذلك الكفيل من الرجوع على المدين للمطالبة بما سدده عنه.

ثانياً: إثبات عقد الكفالة:

نصت المادة (٧٧٣) من القانون المدني المصري على أنه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة"، يستخلص من هذا النص أن الكتابة _سواء كانت عرفية أو رسمية_ ضرورية لإثبات التزام الكفيل، ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة على أساس عقد رضائي. والإثبات بالكتابة ضروري فيما بين الكفيل والدائن، أما فيما بين الكفيل والمدين، عندما يريد الأول الرجوع على الثاني بعد أن يفي بالالتزام، فلا تشترط الكتابة، ويخضع الإثبات هنا للقواعد العامة، فيجوز الإثبات بالبينة والقرائن.

المبحث الثالث

خصائص الكفالة

يتميز عقد الكفالة ببعض الخصائص التي تميزه عن باقي العقود، فهو عقد رضائي بين طرفيه، وهو أيضاً من عقود الضمان الشخصي، كما أنه عقد تابع لعقد آخر هو العقد الذي نشأ الالتزام الأصلي الذي يلتزم فيه في الأصل مدين آخر غير الكفيل إلا أنه لزيادة الثقة في السداد فيتم إدخال الكفيل برضائه ليتعهد بالسداد في حالة تخلف المدين الأصلي، كما أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يتعهد بالسداد للدائن في حالة تخلف المدين عن السداد.

وأخيراً، فإن عقد الكفالة من عقود التبرع؛ لأنه عمل مدني بحسب الأصل لذلك فلا بد أن يكون الكفيل اهلاً قانوناً لهذا التعاقد.

وسوف نتعرض إلى هذه الخصائص التي يتميز بها عقد الكفالة على

النحو التالي:

أولاً: الكفالة عقد رضائي:

الكفالة عقد رضائي ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن، فلا حاجة في انعقاده إلى شكل خاص، فالكفالة تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود وهي الرضائية.

مع الوضع في الاعتبار، أن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة، حيث أن رضاء أو عدم رضاء هذا الأخير لا أثر له على انعقاد عقد الكفالة^(١).

ثانياً: الكفالة عقد ضمان شخصي:

الأصل في الكفالة هو ضمان الوفاء بالتزام ناشئ عن مصدر آخر غير عقد الكفالة، إذاً فهو ضمان يكفل للدائن الحصول على حقه، وبالتالي فهو يقتصر على إعطاء الدائن حق مطالبة الكفيل بدين المدين، ولكن لا يمنح هذا العقد للدائن سلطة على شيء معين مما يملكه الكفيل مما يجعله عقداً شخصياً وليس عينياً، وهذا هو ما يميز الكفالة عن الرهن وذلك لأن الرهن يكون بوضع شيء عيني مادي تحت سيطرة الدائن^(٢).

نستخلص مما سبق، أن الكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف إلى التزام المدين أي أنها تمنح الدائن ضماناً شخصياً بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه وبذلك يكون كل من (المدين والكفيل) مسؤولاً مسؤولية شخصية في جميع أمواله عن الوفاء بالتزام المدين^(٣).

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي، أنها لا تجنب الدائن تماماً مخاطر الاعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر اعسار مدينه،

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٢) صلاح بن خليفة القبالي، خصائص عقد الكفالة، اثير عمان زاوية قانونية، ٢٠١٩م

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الإلتزام، دار الفكر العربي، ١٩٩٨ ص ٣٤.

الا أن هذا الاحتمال ما زال قائماً بالنسبة للكفيل^(١) غير انه في الوقت الحاضر، وبعد شيوع استخدام الكفالة، أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة أكثر أماناً، لا سيما بعد تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى لتقديم ضمانها للمشروعات وللأفراد للحصول على الائتمان اللازم. والبنوك مؤسسات مليئة مالياً لذا يزول شبح تعرضها للافلاس.

ثالثاً: الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

لما كان أطراف عقد الكفالة هما الدائن والكفيل بمقتضاها يتعهد الأخير للدائن بضمان حقه لدى المدين، فالكفالة تعتبر عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل، فهي لا ينشأ عنها سوى التزام الكفيل، قبل الدائن، بالوفاء بالالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، ولا يغير طبيعتها أن يتقاضى الكفيل مقابلاً من المدين أو الدائن، فقد ينشأ عنها حقوق للكفيل قبل المدين، لأن هذه الحقوق تجد مصدرها في عقد آخر بين الكفيل والمدين أو في قواعد الفضالة أو مبادئ الإثراء بلا سبب^(٢). مع الوضع في الاعتبار، أنه ليس معنى أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد أنها تتعقد بالإرادة المنفردة للكفيل وحده بل هي عقد لا ينعقد إلا بتبادل وتطابق إرادتي كل من الكفيل والدائن^(٣).

(١) د نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٣٠٧.

(٢) انظر: د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٢.

(٣) انظر: فايز أحمد عبد الرحمن، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٢٠٤؛ د. أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ٣٦.

كما قد يكون هناك التزام من جانب الدائن لمصلحة الكفيل بأن يلتزم الدائن للكفيل بمقابل ما نظير الكفالة فيتحقق قيام التزامات على عاتق كل من طرفيها، حيث تصبح الكفالة عقداً ملزماً للجانبين^(١).

ومع ذلك، يذهب بعض الفقه إلى أنه إذا اشترط الكفيل على الدائن أن يؤدي له مقابلاً نقدياً نظير الضمان، فإن العقد لا يظل كفالة بل يصبح صورة من التأمين إذ يعتبر تعهد الضمان تأميناً للدائن من خطر اعسار مدينه. بينما يرى البعض الآخر من الفقه، أن اشتراط الكفيل مقابلاً للكفالة لا ينفي عنها صفة الكفالة ما دام الكفيل يتعهد بتنفيذ التزام المدين إذ لم يقم هذا الأخير بالوفاء به.

رابعاً: الكفالة عقد تابع:

تهدف الكفالة إلى ضمان الوفاء بدين من الديون، فالالتزام الكفيل يتبع التزام المدين في وجوده وصحته، فلا تنشأ الكفالة إلا إذا وجد التزام أصلي، ولا يكون التزام الكفيل صحيحاً إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً وفكرة التبعية هي التي تحكم أثار الكفالة، فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبل أن

(١) وهذا هو ما نصت عليه المادة ٧٨٤ مدني مصري من "التزام الدائن بالمحافظة على التأمينات التي تضمن الحق بجانب الكفالة، وإلا وجب أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات".

وكذلك المادة ٧٨٥ مدني مصري "ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات اللازمة ضد المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً".

يرجع على المدين، ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين أي أن التزام الكفيل يتبع التزام المدين في وجوده وصحته وآثاره وانقضائه.

نتيجة لذلك، فإن التزام الكفيل، كالتزام تابع يتبع الالتزام الأصلي من حيث الوجود، الصحة الوصف، النطاق، الآثار والانقضاء.

فأما من حيث الوجود، فإنه لا تطبق أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التحقق من وجود التزام المدين الأصلي، بحيث أن نفاذ التزام الكفيل يتوقف على وجود التزام المدين الأصلي مستوف لشروط وجوده القانوني.

أما من حيث الصحة فتظهر التبعية حيث لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً". بحيث يكون التزام الكفيل باطلاً إذا كان الالتزام المكفول باطلاً.

أما من حيث الوصف فيتبع التزام الكفيل الالتزام الأصلي المكفول من حيث الوصف سواء كان معلقاً على شرط أو مقترناً باجل ومن ثم تجوز الكفالة في الدين الشرطي، بحيث يكون التزام الكفيل له نفس وصف الالتزام المكفول سواء معلقاً على شرط واقف أو فاسخ على ما سنتبين أحكامه تفصيلاً فيما بعد .

أما من حيث النطاق، لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين للدائن، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أخف.

ذلك أن من مقتضى تبعية التزام الكفيل لالتزام الأصلي المكفول من ناحية وإن المدين هو صاحب المصلحة في الدين من ناحية أخرى، أن التزام

الكفيل لا يجوز أن يزيد عن التزام المدين الأصلي أو أن يكون أشد عبئاً منه، فلا يجوز مثلاً أن يكون منتجاً لفوائد إذا كان الالتزام الأصلي غير منتج لها ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً أو حالاً بينما الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مضافاً لأجل.

وإذا خالف التزام الكفيل هذه القواعد، فكان أشد وأكثر عبئاً من التزام المدين الأصلي، فإن الجزاء لا يكون البطلان وإنما إنقاصه إلى ما يعادل الالتزام المكفول.

أما من حيث الآثار، فإنه يمكن للكفيل أن يحتج بجميع الدفعات التي يحتج بها المدين، بحيث يكون له التمسك بالدفعات المتعلقة بالمدين) سواء استقلاً عن تمسك المدين بها ودون انتظار لتمسكه بها سواء تبعاً لتمسك المدين بها سواء رغم نزول المدين عنها.

خامساً: الكفالة عقد تبرع بحسب الأصل^(١):

تعتبر الكفالة من العقود التي يلتزم فيها الكفيل بالضمان دون أي مقابل كونها تبرع من جانبه لكفالة المدين.

ولكن بالإمكان أن تكون الكفالة ليست تبرعاً وتكون من عقود المعاوضة^(٢) بحيث يأخذ الكفيل مبلغ مقابل كفالته سواء كان من الدائن أو المدين فيصبح حينها العقد عقد معاوضة^(٣).

(١) هو العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما يعطيه مثل عقد الهبة.

(٢) كما إذا قدم أحد البنوك ضماناً لأحد عملائه في مقابل أجر.

(٣) هو العقد الذي يحصل فيه كلا المتعاقدين على مقابل لما يعطيه مثل عقد البيع وعقد الإيجار.

المبحث الرابع

أنواع الكفالة

يمكن أن نقسم الكفالة من حيث مصدرها إلى كفالة اتفاقية وقانونية وقضائية، كما تنقسم بحسب محل الالتزام إلى كفالة عينية وشخصية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أنواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها:

تُقسم الكفالة من حيث مصدرها إلى ثلاثة أنواع، وهي:

١ - الكفالة الاتفاقية:

وهي التي تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن، بحيث يلتزم الأول بتقديم كفيل للثاني لكي يضمن دينه في حالة تخلفه عن الوفاء به، وهذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة.

وقد يسعى المدين إلى الحصول على كفيل يضمنه لكي يقدمه للدائن حتى يحصل من هذا الأخير على ائتمان جديد أو يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه للكفالة ويكون مصدرها إرادة الكفيل المنفردة^(١).

٢ - الكفالة القانونية:

تكون الكفالة قانونية عندما يلتزم المدين بأن يُقدم كفيل في الأحوال التي يوجب القانون فيها على المدين تقديم كفيل للدائن.

(١) انظر: د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، أركان الكفالة - آثار وانقضاء الكفالة، الطبعة الرابعة، المنشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠١٩م، ص ٣٤ وما بعدها.

ومن أمثلة الكفالة القانونية في القانون المدني المصري، مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع، حيث يكفل المتبوع التابع فيما يرتكبه الأخير من أفعال تلحق الضرر بالغير، طالما أن المتبوع يملك حق الاشراف والرقابة على التابع، أو إذا ارتكب التابع أي خطأ أثناء تأديته لوظيفته^(١).

٣- الكفالة القضائية:

تكون الكفالة قضائية في الحالات التي يكون مصدر التزام المدين بتقديم كفيل للدائن هو حكم القضاء تطبيقاً لنصوص قانونية معينة^(٢).

(١) حيث ذهبت محكمة النقض المصريه في أحكامها الصادرة عنها إلى اعتبار المتبوع في حكم الكفيل المتضامن مع التابع، كفالة مصدرها القانون وليس العقد.

(٢) ومن أمثلة هذه النصوص ما ورد في المادة ٣/٨٢٩ مدني مصري "١- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية، والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان.

٢- وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما يستحق من التعويضات".

وكذلك المادة 2/900 مدني مصري "يجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة، الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضاً منها، وذلك مقابل كفالة، أو بدون تقديمها".

ثانياً: أنواع الكفالة حسب محل الالتزام:

١ - الكفالة الشخصية:

هي الكفالة العادية التي ترتب التزاماً في ذمة الكفيل بضمان الوفاء إذا لم يفي به المدين، حيث يستطيع الدائن أن يستوفى حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكفى أموال الأول للوفاء بالدين^(١).

٢ - الكفالة العينية:

تعرف الكفالة العينية بأنها اتفاق بأن يقدم الكفيل مالاً مملوكاً له أو عقار أو منقولاً من أجل ضمان دين على غيره.

حيث يسمى هذا الكفيل بالكفيل العيني إذا رهن عقاراً أو منقول رهناً رسمياً أو حيازياً، فهو لا يضمن الوفاء إلا في الحدود المال الذى قدمه، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية كما هو عليه الحال في الكفالة الشخصية.

(١) انظر: د. أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ٤٣.

الفصل الثاني

انعقاد الكفالة

عقد الكفالة كغيره من العقود لا بد أن يتوافر فيه الشروط اللازمة
توافرها في إبرام العقود بصفة عامة، وهي الرضا والمحل والسبب، وسوف
نتناول هذه الأركان على النحو التالي:

المبحث الأول

الرضا بالكفالة

رأينا أن الكفالة من العقود الرضائية، فهي لا تتعقد إلا بتراضي^(١) كل من الكفيل والدائن، فلا يلزم حصول الرضا من جانب المدين، فهو لا يعد طرفاً في العقد، فالكفالة تتعقد بغير علمه ورغم معارضته وفقاً لما نصت عليه المادة ٧٧٥ من القانون المدني.

مع الوضع في الاعتبار، أنه لكي يتم التراضي على الكفالة، فإنه يلزم أن يعبر المتعاقدين وهما الكفيل والدائن عن إرادتهما، بأن يصدر إيجاب من أحدهما يقابلة قبول من الطرف الآخر.

كما يجب أن يتوافر لدى طرفي العقد إرادة معتبرة قانوناً، حيث يشترط أن يكونا مميزين على الأقل حتى تتعقد الكفالة صحيحة، فإذا كان أحد طرفي العقد سواء الكفيل أو الدائن غير مميز، فإن الكفالة تقع باطلة بطلاناً مطلقاً^(٢).

ومن هذا المنطلق، فإنه يلزم توافر مجموعة من الشروط لهذا التراضي لكي ينتج آثاره القانونية في الكفالة، الأمر الذي يدعو للتساؤل حول كيفية التأكد من صحة هذا العقد وإثباته.

(١) من الأفضل استخدام لفظ التراضي بدلاً من الرضا، لأن لفظ الرضا يعنى رضا شخص واحد بينما التراضي يعبر عن توافق أو تطابق الارادتين، أى تراضي المتعاقدين فى عقد الكفالة وهما: الدائن والكفيل. لمزيد من التفاصيل انظر: ا.د سمير كامل، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٣٢.

(٢) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

المطلب الأول

التراضي بين الكفيل والدائن

تتعقد الكفالة بمجرد أن تتطابق إرادتي كل من الكفيل والدائن، أي صدور إيجاب من جانب الكفيل وقبول من جانب الدائن، وذلك بأن يتعهد الأول للثاني بأن يفي بالتزام المدين الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه، فالمطلوب إذن هو رضا طرفي العقد وهما الكفيل والدائن، أما المدين فلا حاجة لرضائه، لأنه ليس طرفاً للعقد، لذلك قد تعقد الكفالة دون إذن منه، أو حتى دون علمه، بل الأكثر من ذلك قد تعقد الكفالة رغم معارضته^(١).

(١) مع الوضع في الاعتبار، أنه لا يؤثر رضا المدين في انعقاد الكفالة ولا في صحتها، حيث أنها قد تنعقد دون موافقته أو حتى بغير علمه أو رغم معارضته، فهي تنعقد صحيحة في جميع هذه الصور بمجرد توافق إرادتي الكفيل والدائن كما سبق القول، وإنما يظهر ذلك الأثر عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفَّى عنه الدين، ففي الحالة التي تعقد فيها الكفالة بإذن المدين، بل وبطلب منه - وهو الوضع الغالب -، فإن الكفيل يرجع عليه بدعوى الوكالة، وإذا عُقدت بعلم المدين أو بغير علمه، ولكن دون إذنه، يرجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة، أما إذا عُقدت الكفالة بالرغم من معارضة المدين، فإن الكفيل يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

المطلب الثاني

شروط صحة التراضى

لا يكفي وجود الرضا فى الكفالة لى ترتب آثارها القانونية، وإنما يلزم أن يكون هذا الرضا صحيحاً، وهو لا يكون كذلك إلا بتوافر شرطين هما: التمتع بالأهلية، وأن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضا، وسوف نتناول هذه الأمور على النحو التالى:

أولاً: التمتع بالأهلية^(١):

أ- أهلية الكفيل:

لما كان الأصل أن عقد الكفالة بالنسبة للكفيل هو من عقود التبرع، فإن الكفالة تعتبر بالنسبة للكفيل من الأعمال الضارة ضرراً محضاً، فإنه يجب أن تتوافر في الكفيل أهلية المتبرع، فالكفيل المتبرع لا يتقاضى فائدة على القرض، ويقصد بأهلية التبرع أهلية الأداء الكاملة التي يشترط فيها بلوغ سن التمييز القانوني وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٤ مدني مصري) وخلو الإرادة من العيوب وألا يكون مصاب بأى عارض من عوارض الأهلية. وعلى هذا الأساس، تقع كفالة القاصر بالنسبة إلى دين على شخص آخر باطلة، إذا كانت الكفالة تبرعاً بدون مقابل.

(١) أما فيما يخص المدين الذي تعقد الكفالة عادة لمصلحته، فليس طرفاً في العقد، لذا لم يشترط القانون المدني المصرى رضاه وموافقة على الكفالة، بل أنه أجاز انعقادها دون علمه، بل ورغم معارضته.

ب - أهلية الدائن:

تعتبر الكفالة بالنسبة للدائن عملاً نافعاً نفعاً محضاً، فلا تشترط فيه سوى التمييز حتى تكون كفالة صحيحة ، طالما كانت الكفالة دون مقابل، أما إذا كانت الكفالة بعوض أى بمقابل، حينئذ تكون الكفالة بالنسبة للدائن من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فيلزم أن يكون لديه أهلية كاملة ^(١).

ثانياً: يجب أن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضا:

حتى ينعقد عقد الكفالة صحيحاً - وفقاً للقواعد العامة - فإنه يلزم ألا يكون إرادة الكفيل معيبة بأى عيب من عيوب الإرادة مثل الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال.

فإذا كان عقد الكفالة هو من العقود الملزمة لجانب واحد، حيث أنه لا يرتب التزامات سوى على جانب واحد فقط هو الكفيل وليس الدائن، فإنه يمكن تصور وقوع إرادة الكفيل فى عيب من عيوب الرضا على النحو التالى^(٢):

١. الإكراه: هو رهبة تتبعث فى نفس الشخص فتدفعه إلى التعاقد ^(٣).

(١) من الأفضل استخدام لفظ التراضى بدلاً من الرضا، لأن لفظ الرضا يعنى رضا شخص واحد بينما التراضى يعبر عن توافق أو تطابق الارادتين، أى تراضى المتعاقدين فى عقد الكفالة وهما: الدائن والكفيل. لمزيد من التفاصيل انظر: ا.د سمير كامل، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٣٢.

(٢) انظر: د. أحمد كمال أحمد صبرى، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٣) انظر: د. أحمد شوقى عبد الرحمن، مصادر الالتزام، ص ٥٨.

مثال: حمل الزوج زوجته بما له من سلطة عليها أن تكفله في دين كبير عليه، وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع الوفاء بهذا الدين، ويجب أن يثبت الكفيل المكره (وهي الزوجة في المثال) أن الدائن يعلم أو يستطيع أن يعلم أن الكفيل تعرض للإكراه من المدين.

٢. **الغلط:** هو عبارة عن وهم يقوم في ذهن أحد المتعاقدين فيصور له الشيء على خلاف حقيقته.

ويجب أن يكون الغلط جوهرياً ويبلغ حداً من الجسامة، بحيث يمتنع على المتعاقد الواقع في الغلط من إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط (المادة ١/١٢١ مدني مصري).

مثال: أن يقع الكفيل في غلط جوهري، كأن يعتقد أن الدين لا يرتب فوائد، وإذا به يرتب فوائد.

٣. **التدليس:** هو إيقاع المتعاقد في غلط أي إيهامه بغير الحقيقة لدفعه إلى التعاقد.

مثال ذلك: كأن يوهم الدائن الكفيل بأن المدين موسر أو أن هناك ضمانات أخرى تضمن الوفاء بالدين.

٤. **الاستغلال:** هو استغلال أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش أو هوى جامح عند إبرام العقد وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل، أو على مزايا لا تتناسب البتة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد.

المبحث الثاني

محل الكفالة

إن محل الالتزام في عقد الكفالة هو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه، وذلك مهما كان مصدره وأياً كان محله، كأن يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو القانون، وسواء كان محله إعطاء شيء أو التزام بعمل أو الالتزام بامتناع عن عمل، كما يجوز أن يكون التزام الكفيل محلاً لكفالة أخرى، وهذا ما يسمى بكفيل الكفيل، أو ما يطلق عليه بـ: "المُصدّق"، فيلتزم هذا الأخير بوفاء الالتزام المكفول إذا لم يف به الكفيل، ونظراً لأن الكفالة تابعة للالتزام أصلي، فإنها توجد بوجوده وتعدم بعدمه، كما أنها تتبعه في الصحة والبطان.

والشروط الواجب توافرها في محل الكفالة هي ذات الشروط المطلوبة في محل أي عقد طبقاً للقواعد العامة، وهي أن يكون محل العقد (الالتزام المكفول) موجوداً، وصحيحاً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

وجود الالتزام المكفول

الكفالة تقتضى وجود التزام أصلي، وضمان الوفاء بهذا الالتزام هو محل التزام الكفيل، وحتى يكون هذا الالتزام ممكناً، فإنه يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً، وإذا لم يوجد هذا الأخير كان محل الكفالة مستحيلاً في ذاته، وبالتالي يعتبر عقد الكفالة باطلاً.

وإذا كان يمكن أن يكون محل عقد الكفالة قابلاً للوجود، لذلك لا يوجد ما يمنع من كفالة الالتزام المستقبلي، أو الالتزام الشرطي، أو حتى الالتزام الطبيعي الذي يفتقر لعنصر المسؤولية، وسوف نتناول ذلك على النحو التالي:

أولاً: كفالة الالتزام المستقبلي:

إن القول بجواز كفالة التزام قبل وجوده يعد في الحقيقة تجاوزاً لأحد أهم خصائص عقد الكفالة وهي كونه عقد تبعي، إلا أن هذا التجاوز له ما يبرره، وهو أن متطلبات التعامل في الوقت الحاضر أصبحت تقتضي ذلك، لأن أصحاب الأموال لا يقبلون على منح الائتمان إلا إذا حصلوا مقدماً على ضمان يكفل لهم استيفاء حقوقهم، لكن في كل الأحوال لا تنتج كفالة الالتزام المستقبلي أثرها ولا تكون لازمة إلا إذا وجد هذا الالتزام فعلاً.

ويمكننا أن نذكر مثال على كفالة الدين المستقبلي كأن يقدم المشتري كفيلاً يضمنه في البضائع التي يشتريها من متجر معين.

ويعتبر ذلك تطبيقاً للقواعد العامة التي تنص على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً"^(١).

وقد ورد حكم كفالة الالتزام المستقبلي في نص المادة (١/٧٧٨) من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه: "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حُدّد مقدماً المبلغ المكفول.....".

ما يُستفاد من هذا النص، أن المشرع قيّد كفالة الدين المستقبلي بشرطين هما:
- يجب أن يكون الدين المستقبل المكفول محدداً مسبقاً في عقد الكفالة، فإذا كفّل شخص ثمن بضائع لم تشتتر بعد، وجب تحديد المقدار الذي كفّله الكفيل، فيُذكر مثلاً في عقد الكفالة أن الكفيل يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا، والحكمة من ذلك واضحة، وهي حماية الكفيل حتى لا يتورط في كفالة دين لا يعلم مقداره.

- جواز رجوع الكفيل في الدين المستقبلي قبل نشوء الدين المكفول، إذا لم يكن قد حدد مدة معينة لكفالاته، فالكفالة في هذه الحالة تكون عقد غير لازم، فإذا لم يُعين الكفيل مدة لقيام كفالاته ورجع فيها قبل أن ينشأ الدين كله أو بعضه، فلا يكون ضامناً لما ينشأ من دين في المستقبل، أما إذا حدد الكفيل كفالاته بمدة معينة فلا يجوز له أن يرجع فيها طوال هذه المدة، بل يجب عليه الوفاء بالدين الأصلي متى وُجد الدين وحل أجله إذا لم يف به المدين خلال تلك المدة.

(١) انظر: الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المدني المصري.

ثانياً: كفالة الالتزام الطبيعي:

الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص، لأنه ينقصه عنصر المسؤولية ويتضمن فقط عنصر المديونية، بخلاف الالتزام المدني الذي يتوافر على عنصرَي المديونية والمسؤولية، ويترتب هذا الالتزام في جميع الأحوال التي ينقضي فيها الالتزام المدني بالتقادم، وهو ما نصت عليه المادة (٣٢٠) من القانون المدني بقولها: "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ولكن يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي..."، لذلك إذا قام المدين بالوفاء بهذا الالتزام اختيارياً لا يعد متبرعاً وإنما مؤدي في الأصل لالتزام قانوني سقط عنه عنصر المسؤولية فأصبح أدبياً.

وقد جاء القانون المدني الجزائري خالياً من أية إشارة لمسألة كفالة الالتزام الطبيعي، لكن الفقه الغالب يرى بعدم جواز كفالته، لأنه إذا كان المدين غير ملزم بأداء الالتزام الطبيعي، فلا يُستساغ عقلاً أن يضمن شخص آخر الوفاء به إذا لم يف به المدين الأصلي.

معنى ذلك أنه لا يُتصور كفالة الدين المتقادم، لأن الكفالة في هذه الحالة يترتب عليها التزام مدني واجب الوفاء من الناحية القانونية في مواجهة الكفيل، مع أن الدين المكفول ليس كذلك، معنى ذلك أن الكفيل يصبح ملتزماً أصلياً لا تبعياً، وهو ما يتناقض مع خاصية تبعية الكفالة للدين الأصلي، التي من مقتضياتها ألا يكون التزام الكفيل في كل الأحوال أشد من التزام المدين الأصلي، وهو ما أكدت عليه المادة (٦٥٢) بقولها: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول".

المطلب الثاني

أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً

كما سبق أن ذكرنا بأن فكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على كل أحكام الكفالة، وعليه حتى يكون التزام الكفيل قائماً وصحيحاً يجب أن يكون التزام المدين الأصلي صحيحاً، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة (٧٧٦) من القانون المدني بقولها: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، فالالتزام الكفيل يدور مع الالتزام الأصلي صحةً وبطلاناً ووجوداً وعدمًا.

المطلب الثالث

أن يكون الالتزام المكفول معيناً أو قابلاً للتعيين

وهو الشرط الثالث الذي يجب أن يتوافر في محل أي عقد، وبالتالي فهو لا يخص عقد الكفالة وحده، ولكون محل الكفالة تابعاً للالتزام الأصلي المكفول، فإن هذا الأخير يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين حتى يتحدد على ضوءه التزام الكفيل الذي يمثل محل عقد الكفالة، ويتحدد الالتزام المكفول بتعيين طرفيه ومحلّه ومصدره.

فبالنسبة لتعيين طرفي الالتزام الأصلي المكفول يتحقق بتعيين كل من المدين والدائن بذكر كل ما يدل عليهما من اسم ولقب وعمر ومهنة ومكان إقامة، وتظهر الحاجة في تعيين المدين في ضرورة تعرف الكفيل على الشخص الذي سيرجع عليه إذا ما اضطر للوفاء للدائن بالالتزام المكفول، أما أهمية تعيين الدائن فهي نابعة من كونه طرف في عقد الكفالة، إذ لا يتصور إبرامه دون تعيينه.

أما فيما يتعلق بتعيين محل الالتزام المكفول، فيجب ذكر نوعه من حيث كونه مبلغاً من النقود أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين مثلاً.

وليس هذا فحسب، بل يتطلب الأمر كذلك تعيين الالتزام المكفول من حيث مصدره، ويتحقق ذلك بذكر الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الالتزام،

فيذكر مثلاً أن مصدر الدين المكفول عقد قرض، أو أنه تعويض عن فعل ضار، أو الإثراء بلا سبب، أو القانون.

والحكمة من اشتراط تعيين مصدر الالتزام المكفول ظاهرة، وهي أنه قد يكون للدائن تجاه مدينه دينين متساويين في القيمة، لكن أحدهما مصدره عقد بيع والثاني عقد قرض أو حتى فعل ضار، فيكون من الضروري تحديد أي من الدينين يضمنه الكفيل، وإلا فإن الكفالة لا تتعقد، لأن الكفيل قصد ضمان دين معين بالذات وليس أي دين للدائن تجاه مدينه.

أولاً: قصر التزام الكفيل على جزء من الالتزام الأصلي:

في جميع الأحوال التي يكون فيها محل الالتزام المكفول قابلاً للتعيين، فإن التزام الكفيل يجب ألا يتجاوز حدود الالتزام الأصلي، لكن يجوز أن يكون أقل منه في مقداره أو في شروطه أو في أوصافه، وهذا هو ما نصت عليه المادة (١/٧٨٠) من القانون المدني بقولها: "لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول...".

طبقاً لهذا النص، لا يجوز للدائن والكفيل أن يتفقا على التزام هذا الأخير بمبلغ أكبر من مبلغ الدين المكفول، وإذا كان الدين الأصلي مستحق الأداء في أجل معين في أول مارس ٢٠١٠، فلا يجوز الاتفاق على جواز الرجوع على الكفيل قبل ذلك، ولكن إذا مدَّ الدائن أجل الدين الأصلي لفائدة المدين تأجلاً في حق الكفيل بنفس المدة، وإذا تحولَّ الدين الأصلي إلى التزام طبيعي فلا يبقى مدنياً في حق الكفيل، بل يتحول أيضاً في حقه إلى التزام طبيعي.

وقد تساءل الفقه عن حكم الكفالة التي تتعقد بشروط أشد من شروط الالتزام الأصلي المكفول، فيما إذا كانت باطلة كلية أم تعتبر صحيحة فقط في حدود الالتزام الأصلي؟.

استقر الرأي الراجح على أنه إذا انعقدت الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام الأصلي، كأن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل التزام المدين، أو إلزام الكفيل بدفع فوائد إذا كان الدين الأصلي غير منتج لها، فإن هذه الكفالة لا تُعد باطلة كلية، بل تعتبر صحيحة في حدود الالتزام الأصلي، بمعنى يجب إنقاص التزام الكفيل إلى حدود التزام المدين.

وإذا كان لا يجوز الاتفاق على أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، فإنه على العكس تماماً يجوز أن يكون بمبلغ أقل وبشروط أخف.

ثانياً: كفالة الكفيل:

تنص المادة ٧٩٧ مدنى على أنه "يجوز كفالة الكفيل، وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل".

يستفاد من هذا النص، أنه يجوز كفالة الكفيل ويسمى كفيل الكفيل "مصدق"، بحيث يخضع كفيل الكفيل فى علاقته بالكفيل إلى نفس القواعد التى يخضع لها الكفيل فى علاقته بالمدين، وبالتالي تكون كفالة الكفيل تابعة للكفالة الأصلية ومرتبطة بها وجوداً وعدماً، بحيث يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن بكافة الدفوع المتعلقة ببطلان وإنقضاء الكفالة الأصلية^(١).

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢١٧.

المبحث الثالث

سبب الكفالة

تنص المادة ١٣٦ مدنى على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

حيث أن سبب العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد الذى حمل الشخص على قبول التعاقد والذى لولاه لما أبرم هذا العقد.

مع الوضع فى الاعتبار، إن تحديد ركن السبب في عقد الكفالة ليس بالأمر الهين كما هو عليه الحال في العقود الأخرى، وترجع هذه الصعوبة إلى الطبيعة الخاصة للكفالة فهي تحتوى على علاقات قانونية متعددة، فإذا كانت الكفالة تتعد بين الدائن والكفيل، إلا أن المدين يعتبر عنصراً هاماً فيها، فيظهر أثره فيها بشكل أو بآخر، وخاصة في سبب التزام الكفيل.

وإذا كانت الكفالة من عقود التبرع بحسب الأصل، فإنها تكون صحيحة إلا إذا بنيت على سبب مشروع، بينما تكون الكفالة باطلة، إذا كان الباعث الذى دفع الكفيل إلى التبرع غير مشروع وعلم به الدائن وقت الكفالة يستوى فى ذلك أن يكون التبرع من الكفيل إلى المدين أو من الكفيل إلى الدائن^(١).

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢١٨.

ويمكننا أن نذكر مثال - في حالة التبرع من الكفيل إلى الدائن - إذا
كفل شخص دين على شخص آخر لدى دائن مقابل انتقام الأخير له من شخص
ثالث.

بينما في حالة التبرع من الكفيل إلى المدين، كما لو كفل شخص دين
على امرأة بقصد حملها على إقامة علاقة غير مشروعة معه ^(١).

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٢١٨.

الفصل الثالث

آثار الكفالة

متى كان انعقد عقد الكفالة صحيحاً، فإنه أثاره تترتب فيما بين عاقيه
وهما: الدائن والكفيل، فإذا لم يتمكن الدائن من استيفاء حقه من المدين كان له أن
يرجع على الكفيل لمطالبته بسداد الدين بمقتضى عقد الكفالة.
وإذا كان عقد الكفالة هو عقد تابع لالتزام أصلي، فيترتب على ذلك أن
تنشأ علاقة بين الكفيل والمدين في حالة ما إذا وفى هذا الكفيل بالمدين المكفول
للدائن.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول فى الأول: العلاقة بين
الدائن والكفيل ثم نتبعه بدراسة العلاقة بين الكفيل والمدين فى المبحث الثانى.

المبحث الأول

العلاقة بين الدائن والكفيل

المطلب الأول

ميعاد مطالبة الدائن للكفيل

إذا كان الكفيل يلتزم بموجب عقد الكفالة بضمان تنفيذ التزام المدين أو الوفاء به إذا لم يف المدين نفسه، ويترتب على ذلك أن حق الدائن في مواجهة الكفيل يتمثل في مطالبة الدائن للكفيل في الوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يف المدين نفسه.

مع الوضع في الاعتبار، أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالدين قبل حلول أجل هذا الأخير، كما لا يجوز للدائن أن يقوم بالتنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين، وأخيراً لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على التأمين العيني. وهذا هو ما سوف نتناوله على النحو التالي:

أولاً: وجوب حلول أجل الدين بالنسبة للكفيل:

لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول أجل الكفالة، والغالب أن يكون أجل التزام الكفيل هو نفسه أجل الالتزام المكفول، إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان زيادة أو نقصاناً عن الأجل الأصلي، فيتغير تبعاً لذلك ميعاد مطالبة الدائن للكفيل للوفاء بالدين، ونميز هنا بين حالتين، هما:

الحالة الأولى: عند الاتفاق بين الدائن والكفيل على تحديد أجل التزام الكفيل، وهنا طبعاً يجب ألا يكون أجل التزام الكفيل أشد من أجل التزام المدين الأصلي،، ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين، إلا بعد حلول أجل التزامه، حتى ولو كان أجل الدين الأصلي قد حل قبل ذلك.

ومثال ذلك: إذا كان أجل الدين الأصلي هو: ٢٠١٢/١٢/٣١، واتفق الدائن مع الكفيل على أن يكون أجل الدين بالنسبة لهذا الأخير هو: ٢٠١٣/١/١٨، فهنا لا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل بالوفاء بالدين الذي لم يف به المدين في الأجل المحدد له، إلا بعد حلول الأجل الخاص به.

الحالة الثانية: عند عدم الاتفاق على تحديد أجل لالتزام الكفيل، فهنا يحل الأجل بالنسبة إليه بحلول أجل الدين الأصلي، لكن قد يحدث أن يتغير أجل الدين الأصلي باتفاق طرفيه (الدائن والمدين) أو بحكم قضائي، فهل يتأثر بذلك الأجل الممنوح للكفيل؟. إن الإجابة على هذا التساؤل تختلف حسب الفرضين التاليين:

الفرض الأول: إذا اتفق الدائن والمدين أو صدر حكم قضائي بمد أجل الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من مد الأجل، ولا يجوز مطالبته قبل حلول الأجل الجديد.

الفرض الثاني: إذا حدث العكس وتم الاتفاق بين الدائن والمدين على تعجيل أجل الالتزام الأصلي، فإن الكفيل يجب ألا يضار من هذا الاتفاق،

وبالتالي لا يجوز مطالبته إلا عند حلول الأجل الأصلي، والسبب في ذلك هو حماية الكفيل من هذا الاتفاق الذي يضر به.

ثانياً: وجوب رجوع الدائن على المدين أولاً قبل رجوعه على الكفيل:

من المتفق عليه، أنه إذا كان عقد الكفالة عقد تابع للالتزام سابق وهو التزام المدين قبل الدائن، فإن صفة التبعية تقتضي ألا يطالب الدائن الكفيل بالوفاء بالالتزام إلا بعد أن يطالب المدين أولاً، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ من القانون المدني بقولها: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين".

يستفاد من هذا النص أنه وإن كان لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل وحده بالوفاء بالدين إلا بعد رجوعه على المدين، والمقصود بالرجوع في النص المذكور هو المطالبة القضائية، بمعنى أن يرفع الدائن الدعوى على المدين ليحصل على حكم يلزمه بالوفاء، لذلك لا يكفي مجرد إعدار الدائن للمدين لاستعمال حقه في الرجوع على الكفيل.

ويترتب على ذلك أن المطالبة الودية لا تُعد رجوعاً بالمعنى الوارد في النص، مما يحتم على الدائن رفع دعوى قضائية على المدين أولاً لإلزامه بالوفاء، حتى يتمكن من الرجوع على الكفيل في حال عدم إمكان الوفاء بالدين من قبل المدين في الأجل المحدد، ومع ذلك توجد حالتين يعفى فيهما الدائن من شرط رفع الدعوى على المدين أولاً حتى يستطيع الرجوع على الكفيل، وهما:

- حالة ما إذا أفلس المدين وتعذر على دائنيه اتخاذ إجراءات فردية ضده، فإنه يكفي هنا تقدم الدائن بحقه في تفليسة المدين، لكي يستطيع أن يستعمل حقه في الرجوع على الكفيل، وإذا لم بفعل يسقط حقه في الرجوع على الكفيل.
- حالة ما إذا كان لدى الدائن سنداً رسمياً صالحاً في ذاته للتنفيذ على المدين، وهنا يكون الدائن في غنى عن رفع دعوى قضائية على مدينه، إذ يكفي أن يكلف المدين بالوفاء بالدين، حتى يتمكن من الرجوع على الكفيل.
- أما إذا استعمل الدائن حقه في الرجوع على الكفيل قبل أن يستنفذ حقه في الرجوع على المدين، ورفع دعوى المطالبة بالدين على الكفيل مباشرة، فإن لهذا الأخير أن يدفع بوجوب الرجوع على المدين، وسوف نتعرض إلى هذا الدفع عند التطرق إلى دفع الكفيل لرد مطالبة الدائن.

المطلب الثاني

الدفع الممنوحة للكفيل لرد مطالبة الدائن

المقصود بدفع الكفيل، الأوجه التي يستطيع من خلالها هذا الأخير أن يتمسك بها في مواجهة الدائن إذا طالبه بدفع الدين، وهدف الكفيل من إبداء هذه الدفع هو إما تأجيل المطالبة أو تقرير براءة ذمته.

مع الوضع في الاعتبار، أن الدفع التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن، قد يكون أساسها الدين الأصلي المكفول، كما قد يكون أساسها عقد الكفالة ذاته، لذلك نتناول هذه الدفع في فرعين كما يلي:

الفرع الأول

الدفع الناشئة عن الدين المكفول

يحق للكفيل أن يتمسك بجميع الدفع التي يستطيع المدين التمسك بها في مواجهة الدائن، لأن تبعية التزام الكفيل تجعله يتأثر بكل ما يؤثر في الالتزام المكفول، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨٢ مدنى على هذا بقولها: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

نستخلص مما سبق، أنه يستطيع الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل ما يستطيع المدين الأصلي أن يدفع به مطالبته، ومن هذه الدفع ما يؤدي إلى بطلان الالتزام المكفول، كالدفع بالبطلان لانعدام الرضا أو المحل أو السبب.

كما له أن يتمسك بالدفع المؤدية إلى انقضاء الالتزام المكفول كالوفاء، التجديد، والتقدم، أو ما يؤدي إلى تأخير المطالبة كالدفع بالرجوع على المدين أولاً.

وللكفيل أن يتمسك أيضاً بقبالية العقد الذي أنشأ الالتزام الأصلي المكفول للإبطال لأي عيب شاب رضا المدين، كالغلط أو التدليس أو الإكراه، أو لنقص الأهلية.

الفرع الثاني

الدفع الناشئة عن عقد الكفالة

إذا كان التزام الكفيل تابعاً للالتزام الأصلي فإنه يتأثر بكل ما يؤثر فيه، إلا أن التزام الكفيل له استقلاله خاصة به، بحيث يحق للكفيل - وفقاً للقواعد العامة - أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل ما يتعلق بصحة أو نفاذ أو انقضاء التزامه بصرف النظر عن الالتزام الأصلي.

وعلى هذا الأساس، فإنه يمكن للكفيل أن يدفع مطالبة الدائن ببطلان عقد الكفالة في حالة تخلف أي ركن من أركان انعقاده أو إذا شاب إرادته أي عيب من عيوب الإرادة مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه^(١).

كما منح المشرع المصري الكفيل دفوعاً خاصة به مراعاة لمصلحته على أساس أن عقد الكفالة بالنسبة له هو عقد تبرع مما يسمح للكفيل بالتمسك

(١) انظر: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

بالدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين (المادة ١/٧٨٨) (الدفع بالتجريد) المادة ٢/٧٨٨ أو التمسك) بالدفع بالتقسيم في حالة تعدد الكفلاء (المادة ١/٧٩٢) وفيما يلي نتناول الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين والدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم بشيء من التفصيل:

أولاً: الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين:

سبق أن ذكرنا، أن الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ منحت الكفيل دفعاً يرد به مطالبة الدائن، وهو عدم جواز مطالبة الأخير للكفيل إلا بعد مطالبة المدين الأصلي، وقنا أنه طبقاً لهذا النص يجب على الدائن مطالبة المدين أولاً، أما إذا طالب الكفيل وحده أو قبل أن يطالب المدين فإن دعواه ترفض.

وهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة الكفيل، وبالتالي يجوز له التمسك به أمام القاضي في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو في مرحلة الاستئناف، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

ولكي يُسمح للكفيل التمسك بهذا الدفع يجب توافر الشروط التالية:

- ألا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في هذا الدفع صراحة أو ضمناً، سواء وقت انعقاد الكفالة أو بعد انعقادها، لأن هذا الدفع مقرر لمصلحته.

- يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، لأن الدائن هنا يستطيع الرجوع على الكفيل المتضامن ابتداءً دون أن يكون له الحق في الدفع بوجوب الرجوع

على المدين أولاً، لأن الكفيل الذي يقبل التضامن مع المدين يكون قد تنازل عن الحماية التي قرر لها القانون بمحض إرادته.

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٧٩٣ مدنى بقولها "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد".

وتجدر الإشارة إلى أن التضامن الذى يكون من شأنه حرمان الكفيل من التمسك بالدفع بالتجرد هو التضامن مع المدين وليس تضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء^(١).

- أن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع^(٢)، فلو كان المدين معسراً، فلا فائدة من تمسك الكفيل بوجوب الرجوع على المدين أولاً، لكن إذا كان للمدين بعض الأموال التي تكفي لسداد بعض الديون جاز للكفيل التمسك، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع، ولكن أخذ به الفقه استناداً للقاعدة التي تقضي بأن: "لا دعوى ولا دفع إلا بناء على مصلحة"، وهنا نشير إلى أن القاضي هو الذي يقدر ما إذا كانت هناك مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع من عدمه، ويقع على الدائن عبء إثبات إعسار المدين أو عجزه الظاهر عن الوفاء، مما يجعل مطالبته غير مجدية.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

(٢) وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ من القانون المدنى المصرى.

مما سبق نخلص إلى القول، أنه إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة في الدفع الذي تمسك به الكفيل، فإنه يجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، وذلك لعدم ثبوت الحق في رفعها بعد، وهذا الحكم لا يمس بأصل حق الدائن في مواجهة الكفيل، فهو لا يعدو سوى مجرد عقبة بسيطة في وجه الدائن، يجوز له بعدها الرجوع على المدين أولاً، فإن لم يوفى يرجع بعد ذلك على الكفيل.

ثانياً: عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين "الدفع بالتجريد":

تعريفه: هو حق بمقتضاه يستطيع الكفيل منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين الذي قام بكفالاته^(١).

حيث أعطى القانون للكفيل الحق في التمسك بالدفع بالتجريد - إذا توافرت شروط معينة - بأن يدفع مطالبة الدائن بعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على أموال المدين على أساس أن التزام الكفيل هو التزام تابع للالتزام الأصلي.

وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ مدنى على أنه "ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده للمدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

(١) د. منصور مصطفى منصور: عقد الكفالة، ، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠، الفقرة (٤٤)، ص ٨٢.

وسوف نتناول شروطه والآثار القانونية المترتبة عليه وكذلك بعض الصور الخاصة بالدفع بالتجريد على النحو التالي:

شروط الدفع بالتجريد: لكي يستطيع الكفيل الاستفادة من حق الدفع بالتجريد، يجب توافر الشروط التالية:

١ - يجب على الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع:

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ بقولها: "ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق"

حيث أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، لذا يجب على الكفيل التمسك به ولا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها على أساس أن هذا الدفع مقرر لمصلحة الكفيل.

٢ - يجب أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله:

حيث نصت المادة ٧٨٩ مدنى على أنه: "١ - إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله.

٢ - ولا عبء بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذ كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية أو كانت أموالاً متنازعا فيها".

فلكي يكون الدفع بالتجريد مقبولاً وقائماً على أساس يجب أن تكون للمدين أموال يمكن للدائن التنفيذ عليها، ويقع على الكفيل عبء إثبات وجود

أموال للمدين صالحة وكافية للوفاء بكل الدين، حيث يقوم الكفيل بإرشاد الدائن إلى هذه الأموال على نفقته^(١)، ومثالها: مصروفات استخراج صور مستندات ملكية المدين للأموال التي أرشد عنها.

ويتضح من النص سالف الذكر أنه يشترط في أموال المدين التي يرشد عنها الكفيل الشروط الآتية:

- أن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين: ولا عبرة في هذه الأموال، إذا كانت منقولاً أو عقاراً، فالأموال الغير مملوكة له لا يعتد بها حتى ولو كانت في حيازته.

- أن تكون هذه الأموال قابلة للحجز عليها، وهو شرط يتفق مع الغاية من الإرشاد وهو التنفيذ.

- أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بكل الدين، فلا يكفي أن تفي إلا بجزء من الدين، فإن كانت الأموال التي يرشد عنها الكفيل لا تكفي لسداد الدين كله، فإنه لا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد، لأن الدائن سيضطر للتنفيذ مرتين وفي ذلك إجبار للدائن على القبول بالوفاء الجزئي وهو ما لا يجوز، فضلاً على أنه فيه إرهاب للمحكمة.

- أن تكون هذه الأموال موجودة في مصر، وذلك لتجنب إرهاب الدائن من خلال مباشرة إجراءات معقدة عند وجود الأموال في خارج الأراضي المصرية، هذا ولا يشترط أن تكون الأموال موجودة في مكان الوفاء بالدين.

(١) انظر: د. أحمد شرف الدين، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٧٠.

- وجوب ألا تكون هذه الأموال متنازع فيها، لأن الأموال المتنازع عليها غير مأمونة العاقبة، فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين، وبالتالي لا يمكن التنفيذ عليها من قبل الدائن.

ويكون المال متنازعاً فيه، إذا كانت هناك دعوى مرفوعة في شأنه أو كان محلاً لنزاع جدي، ومثالها المال الشائع حيث لا يمكن التنفيذ عليه إلا بعد الفصل في دعوى القسمة.

٣- ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين: وهو الشرط الذي أورده المادة ٧٩٣ من القانون المدني بقولها "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد".

يستفاد من هذا النص، بأن الكفيل المتضامن قد تخلص عن الحقوق التي منحها إياه المشرع في التمسك بالدفع بالتجريد، وهذا بخلاف الكفيل العادي الذي يبقى يستفيد من الدفع بالتجريد.

آثار الدفع بالتجريد: إذا ما توافرت شروط الدفع بالتجريد وتمسك به الكفيل، تعين على المحكمة قبوله والحكم به، ويترتب على ذلك الآثار القانونية التالية:

أ- وجوب البدء في التنفيذ على أموال المدين قبل أموال الكفيل:

إذا ما توافرت شروط الدفع بالتجريد، فإن أول أثر يترتب على قبوله من قبل المحكمة هو وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ويتحقق ذلك بمجرد إبداء الكفيل للدفع حتى تفصل المحكمة فيه، فإذا رُفض استمر الدائن في مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، أما إذا قبل من جانب المحكمة، فإنه يُمنع على الدائن الاستمرار فيها.

ب- تحمل الدائن نتيجة عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب: إذا ما أرشد الكفيل الدائن إلى أموال المدين، وكانت هذه الأخيرة قابلة للتنفيذ عليها، وقبلت المحكمة الدفع بالتجريد، فإن على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأموال، وإلا تحمل نتيجة إفسار المدين الناجمة على عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب، وهذا هو مانصت عليه المادة ٧٩٠ من القانون المدني، كما أنه يجب على الدائن أن يبذل عناية الرجل العادي في اتخاذ هذه الإجراءات، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على عاتق الكفيل.

ومثال ذلك: إذا أرشد الكفيل الدائن على منقولات المدين، وتراخى الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها، مما ترتب عليه تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها، ففي هذه الحالة يكون الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عما كان سيحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن أرشد عنها الكفيل، لأن سهولة إخفاء المنقولات أو تهريبها تقتضي السرعة في اتخاذ إجراءات التنفيذ.

ج- براءة ذمة الكفيل في حدود ما حصل عليه الدائن من حقه نتيجة التنفيذ على أموال المدين:

إذا ما باشر الدائن إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي أرشد عليها الكفيل في الوقت المناسب، واستوفى حقه كاملاً من ثمنها، برئت ذمة المدين، وبرئت معها ذمة الكفيل بالتبعية.

أما إذا لم يحصل الدائن على حقه كاملاً من تلك الأموال بسبب عدم كفايتها نتيجة انخفاض قيمتها عند التنفيذ عليها بسبب تقلبات السوق، أو ظهور دائنون آخرون يزاحمون الدائن، ففي جميع تلك الفروض لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بمقدار ما استوفى الدائن حقه من أموال المدين بعد التنفيذ عليها، وهنا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل بالباقي من حقه.

صورة خاصة للدفع بالتجريد: "عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على التأمين العيني":

حيث نصت المادة ٧٩١ مدنى على أنه "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً 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 التي خصصت لهذا التأمين".

ويتضح من النص السابق، بأنه يستلزم توافر شروط معينة حتى يستطيع الكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، هذه الشروط وهي:

١- أن يكون هناك تأمين عيني^(١) تقرر لضمان الدين المكفول، وهذا التأمين قد يكون رهناً رسمياً أو حيازياً، ولا يشترط أن يكون هذا التأمين العيني كاف للوفاء بالدين أم غير كاف للوفاء بالدين كله.

(١) ولقد اختلف الفقه القانوني في الشخص الذى يقع على عاتقه تقديم التأمين العيني المقرر لضمان الدين المكفول، هل المدين نفسه أو الغير (أي الكفيل العيني) فكان هناك رأيان مختلفان: الأول: يرى أنه يجب أن يقدم التأمين العيني من المدين نفسه، ولا ينصرف هذا الدفع إلا إلى أموال المدين وليس على أموال الكفيل العيني وذلك لأن الكفيل الشخصي والكفيل العيني تابعا للالتزام الأصلي.

٢- أن يكون التأمين العيني سابقاً أو معاصراً للكفالة وبمفهوم المخالفة إذا تقرر التأمين العيني بعد انعقاد الكفالة، فإن الكفيل لا يستطيع الدفع بالتفويض على هذا التأمين^(١).

٣- أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، وإلا جاز للدائن أن ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على التأمين العيني.

٤- يشترط أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد ولا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها؛ لأنه ليس من النظام العام، فهذا الدفع مقرر لمصلحته.

ثالثاً: الدفع بالتقسيم:

يثبت هذا الدفع لأحد الكفلاء الذي رجع عليه الدائن في مواجهة البقية في حالة تعددهم.

حيث نصت المادة ٧٩١ من القانون المدني على أنه: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وب عقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

الرأي الثاني: لا يشترط أن يكون التأمين العيني مقدماً من المدين بل أيضاً قد يكون مملوكاً لغيره "الكفيل العيني" وحجة هذا الرأي إن عبارة النص الواردة في المادة ٧٩١ من القانون المدني المصري جاءت مطلقة، وكذلك فإن مركز الكفيل الشخصي يختلف عن مركز الكفيل العيني إذ لا يجوز للأخير أن يدفع بتجريد المدين. لمزيد من التفاصيل انظر: همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، ٢٠٠٢، ص ١٦٢-١٦٣؛ د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، لإسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٨٣.

(١) انظر: د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ١٨٣.

نستخلص من النص السابق، أنه إذ تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين.

ولكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا الدفع لابد من توافر الشروط الآتية:

شروط الدفع بالتقسيم: يشترط في الدفع بالتقسيم ما يلي:

أ- تعدد الكفلاء: وهذا الشرط هو الفرض الأساسي الذي يقوم فيه الدفع بالتقسيم، فإذا كان هناك كفيل واحد فإن الدين لا ينقسم بينه وبين المدين، وبالتالي لا مجال للكلام عن التقسيم، لأن الكفيل يكون وحده مسؤول عن الدين كله.

ب- تعدد الكفلاء لدين واحد: لا يجوز للكفيل أن يطلب تقسيم الدين بينه وبين كفيله (أي كفيل الكفيل)، لأن التزاميهما مختلفان فالكفيل يضمن الالتزام الأصلي أما كفيل الكفيل فيضمن التزام الكفيل.

٣- أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين:

فإذا تعدد المدينون المتضامنون، وقدم كل منهم كفيلًا، أي لكل مدين كفيل، فلا يجوز لهؤلاء الكفلاء المتعددين أن يطلبوا التقسيم، بل يبقى كل منهم مسؤولاً عن كل الدين لأنه في التضامن يجوز للدائن مسائلة أي مدين بكل الدين لذا فإن كل كفيل لأي من المدينين مسؤول عن مجموع الدين، لذلك فلا انقسام بينهم (أي بين الكفلاء). أما إذا كان المدينين غير متضامنين، فإن الدين ينقسم بينهم (أي بين المدينين) وفيما بعد ينقسم بين الكفلاء.

ألا يكون الكفلاء متضامين فيما بينهم: لأنهم إذا كانوا متضامين فيما بينهم، يجوز للدائن الرجوع على أي منهم، ويطالبه بالوفاء بكل الدين عملاً بأحكام التضامن، وبالتالي يحرم أي منهم من التمسك بحق الدفع بالتقسيم في مواجهة الدائن.

و- تعدد الكفلاء بعقد واحد: لأنه في هذه الحالة يكون كل واحد منهم اعتمد على غيره من الكفلاء، وبالتالي انصرفت نيته إلى أنه لا يلتزم إلا بقدر نصيبه، لذلك قرر المشرع تقسيم الدين فيما بينهم بقوة القانون، أما إذا كان كل كفيل قد التزم بكفالة الدين بعقد مستقل، فإنه لا يكون قد اعتمد على بقية الكفلاء، وبالتالي لا ينقسم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحقه في التقسيم، وانقسام الدين في هذه الحالة يقع بمقتضى الشرط وليس بقوة القانون.

٢- آثار الدفع بالتقسيم: إذا توفرت الشروط السابقة الذكر، فإنه لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته من الدين، وإذا لم يتم الاتفاق على تحديد حصة كل كفيل في الدين، قسم الدين بينهم بالتساوي، ويقع التقسيم فيما بين الكفلاء المتعديدين وغير المتضامين بقوة القانون ولو لم يطلبه الكفلاء. ونتيجة لذلك، يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

مع الوضع في الاعتبار، أنه إذا أعسر أحد الكفلاء، فإن الدائن هو الذي يتحمل حصة المعسر منهم، ولا يمكن مطالبتهم بحصة المعسر.

المطلب الثالث

التزامات الدائن عند استيفاء الدين من الكفيل

يفرض القانون على الدائن بعض من الالتزامات في حالة ما إذا قام الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول إليه؛ حيث ألزم المشرع الدائن أن يسلم الكفيل المستندات اللازمة التي تمكنه من الرجوع على المدين، وإلا امتنع الكفيل عن الوفاء للدائن، كما ألزمه بأن ينقل للكفيل التأمينات التي تضمن الدين المكفول.

أولاً: الالتزام بتسليم المستندات:

حيث تنص المادة ١/٧٨٧ مدني مصري على أنه "يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع"، والمقصود بالمستندات هنا سند الدين المكفول، وكذلك مخالصة من الدائن تفيد استيفائه للدين من الكفيل^(١).

وحتى يستطيع الكفيل الحل محل الدائن، ومن ثم الرجوع بما وفى على المدين، فإنه يجب على الدائن أن يزوده بكل ما يفيد في الرجوع على المدين.

فإذا لم يلتزم الدائن بذلك، فإنه يحق للكفيل الامتناع عن الوفاء وأن يقوم بالإيداع القضائي لمبلغ الدين المكفول (المادة ٢/٣٤٩ مدني مصري).

(١) انظر: د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ١٨٦.

ثانياً: الالتزام بنقل التأمينات:

حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 787 مدني مصري على أنه "إذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل.

بينما تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه "إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين".

وإذا لم يقم الدائن بنقل التأمين، فإنه يحق للكفيل أن يمتنع عن الوفاء وإيداع المبلغ قضائياً أيضاً (المادة ٢/٣٤٩ مدني مصري).

المبحث الثاني

العلاقة بين الكفيل والمدين

إن الكفيل إذا وفّى للدائن، فله الحق في الرجوع على المدين بعد ذلك بما دفع، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، والكفيل لا يحق له الرجوع على المدين إلا إذا كان قد وفّى فعلا الدين للدائن، ورجوع الكفيل على المدين في هذه الحالة يقوم على أبسط مبادئ العدالة لأن المدين أثّر أو اغتنى على حساب الكفيل، إذ أن دينه قبل دائه قد انقضى بمال غيره، كما أن الكفيل افتقر بسبب المدين لأنه وفي بماله لدين غيره، وهو المدين، ولذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين طبقا للقواعد العامة للإثراء بلا سبب، ويكون رجوع الكفيل بأقل القيمتين، قيمة الإفتقار وكذلك قيمة الإثراء، ولكن المشرع لم يكتف بإعطاء الكفيل الحق في الرجوع على المدين وذلك طبقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب لكن نظم رجوع الكفيل بشيء من التفصيل وأعطى له دعويتين وهما دعوى شخصية تستند إلى عقد الكفالة وكذلك دعوى الحلول.

المطلب الأول

دعوى الكفالة

حيث تنص الفقرة الأولى من نص المادة ٨٠٠ مدنى على أنه "الكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه".

يتبين من هذا النص، أن المشرع المصرى منح الكفيل الذى وفى بالدين أو جزء منه دعوى شخصية تستند على عقد الكفالة بأن يرجع على المدين بما وفاه للدائن^(١).

وإذا كان من المتفق عليه، أن الكفيل الذى وفى بالدين لمصلحة الدائن يمكنه الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية سواء كانت الكفالة بعلمه أو بغير علمة إلا أنه يستثنى من ذلك الكفيل الذى يوفى بالدين للدائن رغم معارضة المدين أو أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين. وسوف نتناول شروط دعوى الكفالة وما يرجع به الكفيل على المدين على النحو التالى:

أولاً: شروط دعوى الكفالة:

١ - أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته:

من المسلم به، أن دعوى الكفالة تقتصر على الحالات التي تنعقد فيها، الكفالة دون معارضة المدين، فهذه المعارضة تنفى كل مصلحة له، فالغالب أن الكفالة تحقق مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معاً.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

بحيث يمكن للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الكفالة، إذا انتفتت المعارضة سواء أبرمت هذه الكفالة بعلمه أو بغير علمه. وتجدر الإشارة إلى أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة المدين أو مصلحة الدائن والمدين معاً، ومن النادر أن تتعد الكفالة لمصلحة الدائن وحده. أما حيث يثبت أن الكفالة قد عقدت من أجل تحقيق مصلحة الدائن وحده، فلا يمكن للكفيل أن يرجع على المدين على أساس دعوى الكفالة^(١).

٢ - قيام الكفيل بوفاء الدين للدائن:

يجب أن يوفى الكفيل بالدين لمصلحة الدائن، والوفاء يكون بتقديم الشيء المستحق أصلاً أو القيام بما يقوم مقامه مما يترتب عليه براءة ذمة المدين من الدين.

ويحق للكفيل أن يرجع على المدين على أساس دعوى الكفالة حتى ولو وفى بجزء من الدين إلى الدائن الذى قبل منه الوفاء الجزئى.

حيث تختلف دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كلياً، وللدائن أن يرجع في الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه، فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن، فإنه تقسم عليهم هذه الأموال قسمة غرماء.

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدى، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

٣- وفاء الكفيل بالدين للدائن عند حلول أجله:

يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد لم يكن له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل، إذ ليس للكفيل أن يجبر المدين على الوفاء قبل حلول الأجل.

٤- ألا يكون الوفاء قد حصل بخطأ من الكفيل:

يحق للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه من دين للدائن، بشرط أن يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين، أما إذا كان الوفاء بخطأ من جانب الكفيل بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كلياً أو جزئياً، فإنه لا يمكن للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه.

حيث أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل الوفاء بالدين، بعزمه على الوفاء فقد يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء. فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأنه لم يستفاد من هذا الوفاء، فإنه لا يمكن للكفيل أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه ويتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ.

ثانياً: ما يرجع به الكفيل على المدين:

حيث تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٠٠ مدنى على أنه "يرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات، على أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".

وكذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة سالفه الذكر على أنه "ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع".
أ- أصل الدين:

وهو كل ما دفعه الكفيل إلى الدائن لإبراء ذمة المدين، ويشمل ذلك مقدار الدين الأصلي، وكذا فوائد هذا الدين لو كان ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ما دامت تدخل ضمن الدين المكفول.
ب- المصروفات:

وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ما يكون قد أنفق الكفيل في الإرشاد على أموال المدين لتجريده ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل، لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذها ضده.

المطلب الثاني

دعوى الحلول

حيث تنص المادة ٧٩٩ مدنى على أنه "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين". يتضح من هذا النص، أنه يكفى لرجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون قد وفى الدين ويستوى أن تكون الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بدون علمه أو رغم معارضته وسواء كانت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن. وسوف نتعرض إلى شروط رجوع الكفيل بدعوى الحلول ثم عن ما يرجع به الكفيل.

أولاً: شروط دعوى الحلول:

هناك شرطان أساسيان للرجوع بهذه الدعوى:

- أن يكون الكفيل قد وفى بالدين عند حلول الأجل.
- أن يكون الدائن قد إستوفى حقه كاملاً من الكفيل.

ومن هذا المنطلق، فإن هناك اختلافاً بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية، حيث تستلزم الدعوى الأولى أن يوفى الكفيل بالدين كاملاً لمصلحة الدائن حتى يمكنه الرجوع على المدين بالمقارنة بالدعوى الثانية التى يكفى فيها أن يوفى الكفيل بجزء من الدين لمصلحة الدائن حتى يستطيع أن يرجع بالدعوى على المدين.

ثانياً: ما يرجع به الكفيل على المدين:

يترتب على حلول الكفيل محل الدائن ما يلي:

- يرجع الكفيل - وفقاً للقواعد العامة - بحق الدائن ذاته قبل المدين، وبما يلحق هذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يضمنه هذا الحق من تأمينات، وما يرد عليه من دفعات.

- يحل الكفيل محل الدائن في حقه قبل المدين: فيجب أن يكون حق الدائن لازال قائماً وقت الوفاء ليستطيع الكفيل الموفي أن يرجع به.

فإذا كان حق الدائن قد إنقضى بأي سبب أو تقرر بطلانه قبل الوفاء،

فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول.

- يرجع الكفيل بحق الدائن بما له من خصائص: فإذا كان حق الدائن تجارياً، فإن الحق الذي يرجع به الكفيل على المدين يكون تجارياً، بحيث يسرى عليه وسائل الإثبات وسعر الفائدة.

- يرجع الكفيل بحق الدائن بما يلحق هذا الحق من توابع: فلو كان حق الدائن منتجاً لفوائد بسعر معين إنتقل إلى الكفيل منتجاً للفوائد بهذا السعر.

- يحل الكفيل محل الدائن في حقه بما يضمنه من تأمينات سواء كانت تأمينات شخصية أو عينية، كان حق الكفيل في رجوعه على المدين مضموناً بهذا الرهن^(١).

(١) انظر: ا.د محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

- يحل الكفيل محل الدائن في مواجهة الكفيل بما يرد على هذا الحق من دفع، حيث يتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن كالدفع ببطان الإلتزام المكفول.

المبحث الثالث

العلاقة بين الكفلاء فيما بينهم

أولاً: إنقسام الدين في حالة تعدد الكفلاء غير المتضامنين:

حيث تنص المادة ٧٩٢ مدنى على أنه "١- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة. ٢- أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد أحفظ لنفسه بحق التقسيم".

نستخلص مما سبق، أن المشرع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد إعتد على الكفلاء الآخرين، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعديدين بقوة القانون، فلا يلتزم كل كفيل ابتداءً إلا بجزء من الدين فقط، أو بمعنى آخر لا يلتزم الكفيل إلا الوفاء بنصيبه من الدين.

ثانياً: عدم إنقسام الدين في حالة تعدد الكفلاء المتضامنين:

حيث تنص المادة ٧٩٦ مدنى على أنه "إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم".

يستفاد من هذا النص، أن تضامن الكُفلاء فيما بينهم يعنى إلترام كل منهم بكل الدين، ويجب على من تُوجه إليه المطالبة من الدائن أن يقوم بوفاء الدين

كله دون أن يتمسك بتقسيم المطالبة بينه وبين بقية الكفلاء، لأن حكم الكفلاء المتضامنين هو حكم المدينين المتضامنين.

ويرجع الكفيل الذي وفى بالدين على الكفلاء الآخرين بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الحلول محل الدائن، ويخضع الرجوع فى هذه الحالة إلى ذات القواعد التي يرجع فيها المدين المتضامن على المدينين الآخرين.

الفصل الرابع

انقضاء الكفالة

تمهيد:

كما سبق القول، بأن عقد الكفالة هو عقد تابع للالتزام الأصلي، ويقوم على ضمان الالتزام به، وبناء على ذلك فهو يتبع هذا الالتزام في الوجود والانقضاء والصحة والبطلان، ولذلك ينقضي بإنقضاء الالتزام الأصلي، أو ينقضي لانقضاء الالتزام الناشئ عن الكفالة بنفس الأسباب التي تنقضيها بها الالتزامات الأخرى ولو لم ينقضي الالتزام الأصلي سواء كان ذلك لأسباب عامة كاتحاد الذمة أو الإبراء أو الوفاء بالدين من جانب الكفيل أو لأسباب خاصة تتعلق بحق الكفيل، وسأتطرق لهذه الأسباب تباعاً في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

إذا كانت الكفالة تنشأ بعقد مستقل إلا أنها تكون تابعة للالتزام الأصلي.

أولاً: الأسباب العامة لإنقضاء التزام الكفيل:

١ - انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة:

إن انقضاء الالتزام الأصلي يستتبع انقضاء التزام الكفيل بصفة أصلية أو تبعية، لأنه لا بقاء للتابع بعد زوال الأصل، ويبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين حيث أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام، كما أنه ينقضي بمجرد انقضائه.

وقد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة دون أن ينقضي التزام المدين المكفول ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثة الكفيل فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية؛ لأنه ورث الدائن فأصبح دائناً لنفسه، ولكن الدين المكفول لا ينقضي فيستطيع الكفيل الذي أصبح دائناً باتحاد الذمة أن يرجع على المدين بالدين ذاته كما كان يرجع الدائن قبل موته. (١)

٢ - انقضاء التزام الكفيل بالإبراء:

إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، برئت ذمة الكفيل دون أن ينقضي الالتزام المكفول، فيكون الدائن قد أبرأ الكفيل، واستبقى المدين الأصلي، أما

(١) فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ١٨٥.

الفرض العكسي فلا يصح، فلا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي دون أن يبرئ ذمة الكفيل، وذلك لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين وزوال الأصل يستتبع زوال التابع.

وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء المتعدين، فلا يستتبع ذلك إبراء باقي الكفلاء، وتجوز مطالبتهم كل بقدر الحصة التي كفّلها إذا كانوا غير متضامين، وتجوز مطالبة أيهم بكل الدين بعد استئزال حصة الكفيل المبرأ إذا كانوا متضامين.

ثانياً: الأسباب الخاصة بإنقضاء التزام الكفيل:

هناك أسباب تنقضي بها الكفالة دون أن ينقضي الالتزام المكفول، وهذه الأسباب ليست مجرد تطبيق للقواعد العامة في انقضاء التزام الكفيل كما هو الحال في الأسباب العامة التي سبق تناولها بل هي أسباب خاصة بانقضاء الكفالة دون غيرها وهي ثلاثة أسباب على النحو التالي^(١).

انقضاء التزام الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئة من الضمانات:

حيث تنص المادة ٧٨٤ مدنى مصرى على أنه:

١- تُبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

٢- ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون.

(١) سعد محمود السيد، شرح التأمينات الشخصية، دار النهضة العربية، ٢٠١٤، ص ١٩٦.

يستفاد من نص المادة سالف الذكر، أنه يشترط لإنقضاء الكفالة توافر

شروط وهي:

- ١- أن يكون التأمين الذي اضاعه الدائن تأميناً خاصاً.
- ٢- أن يكون إضاعة التأمين نتيجة خطأ من جانب الدائن.
- ٣- وجوب ترتب ضرر يلحق بالكفيل، وإلا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة.
- انقضاء التزام الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين رغم إنذاره:

حيث تنص المادة ٧٨٥ مدنى مصرى على أنه "١- لا تُبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات، أو لمجرد أنه لم يتخذها.

٢- على أن ذمة الكفيل تُبرأ إذا لم يَقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً".

- انقضاء التزام الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

حيث تنص المادة ٧٨٦ مدنى مصرى على أنه "إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن".

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة بصفة تبعية

١ - انقضاء التزام المدين بالوفاء:

إذا وفي المدين بالتزامه برئت ذمته، وبرت ذمة الكفيل بطريق التبعية، وهذا في حالة الوفاء الكلي للدين، أما إذا وفي المدين ببعض الدين، فلا تبرأ ذمته أو ذمة الكفيل إلا بقدر ما وفاه ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل.

أما إذا قام بوفاء الدين للدائن شخص من الغير، فإن ذمة المدين، وكذلك ذمة الكفيل لا تبرأ من الدين، فالدين لا زال قائماً بكل دفعه وتأميناته، وحل الغير فيه محل الدائن.

بينما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر، فإن الدين يظل قائماً ولكن يتغير شخص المدين فقط، وفي هذه الحالة ينقضي التزام الكفيل، إلا إذا وافق الكفيل على ضمان المدين الجديد.

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحاً، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان الموفي أهلاً للوفاء، ومالكاً للشيء الذي وفي به، فإذا لم يكن كذلك، فإن الوفاء قد يكون باطلاً، أو قابلاً للإبطال، وإذا أبطل الوفاء فإنه يعتبر كأن لم يكن، وبالتالي لا ينقضي التزام المدين ولا التزام الكفيل^(١).

(١) د. محمد حسن قاسم، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٥٢.

٢ - انقضاء التزام المدين بالوفاء بمقابل:

إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل فالمقصود هنا هو الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن، فهنا تبرأ ذمة المدين من الدين عن طريق الوفاء بمقابل وتبرأ ذمة الكفيل أيضاً تبعاً لذلك، ولما كان الوفاء بمقابل هو عبارة عن تجديد ووفاء في نفس الوقت، فهو تجديد بتغيير محل الدين وبهذا التغيير أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم ويترتب على ذلك أن الدين الأصلي ينقضي وتتقضي معه تأميناته ومنها الكفالة.

ونتيجة لذلك، تبرأ ذمة الكفيل نهائياً لانقضاء الدين الأصلي عن طريق التجديد وهو الوفاء بالدين الجديد "المقابل" وذلك عن طرق نقل ملكية المقابل الذي حل محل الالتزام الأصلي من المدين إلى الدائن^(١).

٣ - انقضاء التزام المدين بالتجديد:

إذا انقضى التزام المدين بالتجديد بأن جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن، أو تغيير المدين، أو تغيير الدين في محله أو في مصدره، فإن الدين المكفول ينقضي، وتتقضي معه تأميناته ومنها الكفالة، ويحل محل الدين المكفول

(١) انظر: د. اسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠٠٩م، ص ٣٥.

دين جديد لا تنتقل اليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول إلا إذا نص القانون أو تبين من الظروف أو اتفق الأطراف على غير ذلك.

١- يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتابعه، و ينشأ مكانه التزام جديد.

٢- ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص القانون أو إذا تبين من الاتفاق، أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك، فإذا كان الالتزام الأصلي مضموناً بكفالة فإنقضائه بطريق التجديد يؤدي إلى انقضاء الكفالة، ولا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد إلا بنص في القانون أو في الاتفاق.^(١)

٤- انقضاء التزام المدين لاستحالة تنفيذه:

إذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ بسبب أجنبي، انقضت بانقضائه الكفالة، فإذا كان للدين كفيل ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كقوة قاهرة أو خطأ للغير، أو خطأ للدائن ذاته فإن محل الالتزام يتحول إلى تعويض، ولا تبرأ ذمة المدين من الالتزام في هذه الحالة، إلا بأداء التعويض كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض، أما إذا هلك الشيء بخطأ الكفيل، فإن ذمة الكفيل تبرأ من الدين، إذا يعتبر خطأ الكفيل سبباً أجنبياً

(١) فايز عبد الرحمن، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ٢٩.

بالنسبة إلى المدين وتبرأ ذمة الكفيل، ولكن يبقى هذا الأخير مسؤولاً عن خطئه كمدین أصلي بالتعويض نحو المدين^(١).

٥ - انقضاء التزام المدين بالتقادم:

إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم انقضت بانقضائه الكفالة، فإذا تقادم الدين الأصلي برنت ذمة الكفيل، تبعاً لذلك، حتى لو لم يتمسك المدين الأصلي بالتقادم أو تنازل عنه، فلو كان المدين الأصلي لم يتمسك بالتقادم، جاز للكفيل أن يتمسك به.

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٨٧ مدني مصري من أنه " ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضي التقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين والكفيل له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الأصلي، إذا تبرأ ذمته من الكفالة، وإن كان المدين الأصلي قد نزل عن التقادم جاز للكفيل أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البوليصة باعتباره دائناً للمدين الأصلي بما يوفيه الدائن.

٦ - انقضاء التزام المدين بالفسخ:

قد يزول التزام المدين بفسخ العقد الذي أنشأه فيصبح للدين كان لم يكن وتصبح الكفالة أيضاً كان لم تكن تبعاً للدين، مثل ذلك أن يضمن كفيل التزام

(١) انظر: د. أيمن سعد عبد المجيد، شرح التأمينات الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٩٦.

المشتري بدفع الثمن ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي، ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن، وكذلك يزول التزام الكفيل تبعاً لزوال التزام المشتري بدفع الثمن.

٧- انقضاء التزام المدين بالابطال:

إذا كان مصدر التزام المدين عقداً باطلاً بسبب تخلف التراضي وتخلف شروط المحل، أو عدم مشروعية السبب، أو مخالفة الشكل الذي تطلبه القانون للتصرف، أو كان قابلاً للإبطال لنقص الأهلية، أو لعيب من عيوب الإرادة كالغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال، وقضى بإبطاله فإن الدين ينقضي لإبطال مصدره وينقض معه التزام الكفيل باعتباره تابعاً له، عدا إذا كان المقصود من الكفالة هو ضمان نقص الأهلية ففي هذه الحالة إذا أبطل ناقص الأهلية العقد لنقص اهليته، فإن التزام الكفيل لا ينقضي بل يلتزم بصفته مدين أصلي.

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
٣	تمهيد
١١	الجزء الأول التأمينات العينية "الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق الاختصاص، حق الامتياز"
١٢	الباب الأول: الرهن الرسمي
٢٤	الفصل الأول: إنشاء الرهن الرسمي
٢٦	المبحث الأول: الشروط الموضوعية لعقد الرهن الرسمي
٤٢	المبحث الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد الرهن الرسمي
٤٦	الفصل الثاني: آثار الرهن الرسمي
٤٧	المبحث الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى المتعاقدين
٦٧	المبحث الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير
١٠٥	الفصل الثالث: انقضاء الرهن الرسمي
١٠٦	المبحث الأول: انقضاء الرهن بصفة تبعية
١٠٧	المبحث الثاني: انقضاء الرهن بصفة أصلية
١١٠	الباب الثاني: حق الاختصاص
١١٢	الفصل الأول: إنشاء حق الاختصاص
١١٣	المبحث الأول: شروط الحصول على حق الاختصاص
١١٩	المبحث الثاني: إجراءات الحصول على حق الاختصاص
١٢٣	الفصل الثاني: آثار حق الاختصاص وإنقاصه وانقضاؤه
١٢٣	المبحث الأول: آثار حق الاختصاص
١٢٥	المبحث الثاني: إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه

الصفحة	الموضوع
١٢٧	الباب الثالث: الرهن الحيازي
١٣١	الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي
١٣٢	المبحث الأول: الشروط العامة
١٣٤	المبحث الثاني: الشروط الخاصة
١٣٨	الفصل الثاني: آثار الرهن الحيازي
١٣٩	المبحث الأول: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمتعاقدین
١٤٠	المطلب الأول: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للراهن
١٤٤	المطلب الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن
١٥١	المبحث الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير
١٥٢	المطلب الأول: شروط نفاذ الرهن الحيازي في حق الغير
١٥٨	المطلب الثاني: سلطات الدائن المرتهن في مواجهة الغير
١٦٣	الفصل الثالث: انقضاء الرهن الحيازي
١٦٤	المبحث الأول: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية
١٦٦	المبحث الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية
١٦٨	الباب الرابع: حق الامتياز
١٦٩	الفصل الأول: الأحكام العامة
١٧٧	الفصل الثاني: أنواع الحقوق الممتازة
١٧٨	المبحث الأول: حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول
١٩٣	المبحث الثاني: حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار
١٩٧	الجزء الثاني
	التأمينات الشخصية "عقد الكفالة"
١٩٨	الباب الأول: الكفالة
١٩٩	الفصل الأول: التعريف بالكفالة
٢٠٠	المبحث الأول: ماهية الكفالة
٢٠٤	المبحث الثاني: أطراف عقد الكفالة وإثباته

الصفحة	الموضوع
٢٠٦	المبحث الثالث: خصائص الكفالة
٢١٢	المبحث الرابع: أنواع الكفالة
٢١٥	الفصل الثاني: انعقاد الكفالة
٢١٦	المبحث الأول: الرضا بالكفالة
٢١٧	المطلب الثاني: التراضي بين الكفيل والدائن
٢١٨	المطلب الثاني: شروط صحة التراضي
٢٢١	المبحث الثاني: محل الكفالة
٢٢٢	المطلب الأول: وجود الالتزام المكفول
٢٢٥	المطلب الثاني: أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً
٢٢٦	المطلب الثالث: أن يكون الالتزام المكفول معيناً أو قابلاً للتعيين
٢٢٩	المبحث الثالث: سبب الكفالة
٢٣١	الفصل الثالث: آثار الكفالة
٢٣٢	المبحث الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل
٢٣٢	المطلب الأول: ميعاد مطالبة الدائن للكفيل
٢٣٦	المطلب الثاني: الدفع الممنوحة للكفيل لرد مطالبة الدائن
٢٤٩	المطلب الثالث: التزامات الدائن عند استيفاء الدين من الكفيل
٢٥١	المبحث الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين
٢٥٢	المطلب الأول: دعوى الكفالة
٢٥٦	المطلب الثاني: دعوى الحلول
٢٥٩	المبحث الثالث: العلاقة بين الكفلاء فيما بينهم
٢٦١	الفصل الرابع: انقضاء الكفالة
٢٦٢	المبحث الأول: انقضاء الكفالة بصفة أصلية
٢٦٥	المبحث الثاني: انقضاء الكفالة بصفة تبعية