الدكتور
عبدالرازق احمد السنهورى

الوسيط
فى
شرح القانون المدنى

الجزء العاشر والاخير
التامينات الشخصية والعينية

تنقيح
المستشار احمدمدحت المراغى
رئيس محكمة النقض الاسبق

طبعة تحتوى على اخر المستجدات فى التشريع والقضاء والفقة

٢٠٠٤

منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه
الناشر

الناشر: منشأة المعارف جلال حزى وشركاه

٤٤ شارع سعد زغلول - محطة الرمل - ت/ف: ٤٨٧٣٣٠٣ - ٤٨٥٣٠٥٥ الإسكندرية
٣٢ شارع دكتور مصطفى مشرفه - سوتير - ت: ٤٨٤٣٦٦٢ - ٤٨٥٤٣٣٨ الإسكندرية
الإدارة: ٢٤ شارع ابراهيم سيد أحمد - محرم بك - ت/ف: ٤٩٧٠٠١٠ - ٣٩٢٢١٦٤ الإسكندرية
Email: monchaa@maktoob.com

حقوق التأليف: محفوظة، ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو أى جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الإيداع بدار الكتب والوثائق القومية

إسم الكتاب: الوسيط فى شرح القانون المدنى
إسم المؤلف: الدكتور / عبد الرزاق أحمد السنهورى
إسم المنقح: المستشار / أحمد مدحت المراغى
رقم الإيداع: ٥٥١٧ / ٢٠٠٣
الترقيم الدولى: I.S.B.N. : 3 - 1138 - 03 - 977

التأمينات الشخصية
والتأمينات العينية

كلمة تمهيدية

١ – الدائن العادي له ضمان عام على جميع أموال المدين : رأينا في الجزء الثاني من الوسيط (فقرة ٥٢٤) أن الفقرة الأولى من المادة ٢٣٤ مدني تنص على أن " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه " ، فأموال المدين إذن هي الضمان العام (gage commun) للدائنين .ولكن الدائنين يكونون في هذا الضمان العام ، من الناحية القانونية ، على قدم المساواة . فإذا اتسع لهم جميعاً أموال المدين ، استوفوا حقوقهم كاملة . أما إذا لم تتسع لهم أموال المدين ، واتخذوا جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال ، فإنهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه ، فلا يحصل كل منهم إلا على جزء من هذا الحق . وهذا ، كما قدمنا ، إذا استطاع الجميع أن يتخذوا إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب . أما إذا تخلف بعضهم لسبب أو لآخر ، وتقدم الباقون ، فهؤلاء الأخيرون هم الذين يتقاسمون أموال المدين ، فيحصلون على كل حقوقهم أو على بعضها . ولا يبقى للمتخلف منهم مال يذكر ينفذ عليه بحقه ، فيضيع عليه هذا الحق .

وللدائن ، بما له من ضمان عام على أموال المدين ، أن يتخذ طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . والطرق التحفظية إما طرق يتخذها الدائن في حقه هو كما إذا قطع التقادم بالنسبة إلى هذا الحق أو قام بقيد رهن ضامن له أو طلب تحقيق إمضاء مدينه على سند الدين ، أو طرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين كأن يضع الأختام عليها أو يحرر محضر جرد بها أو يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه . والطرق التنفيذية تكفل بيانها تقنين المرافعات ، ويسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي (titre exéeutoire) كحكم أو ورقة رسمية ، ويكون التنفيذ عادة بالحجز على أموال المدين وبيعها وتوزيع ما ينتج من ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة (distribution par conlribution) ، كل دائن بنسبة حقه كما سبق القول [١] . والطرق الوسطى ما بين التحفظية والتنفيذية ترد جميعها إلى المبدأ العام الذي تقدم ذكره ، وهو أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، وقد عدد التقنين المدني منها خمسة . الطريق

(١) الوسيط ٢ فقرة ٥٢٥ .

الأول هو الدعوى غير المباشرة ، يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه عنه ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . والطريق الثاني هو الدعوى البولصية ، يدفع الدائن بها عن نفسه غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصرف ويستبقى بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه. والطريق الرابع هو الحق في الحبس ، يحبس به الدائن مالا في يده للمدين حتى يستوفى حقاً له مرتبطاً بهذا المال ، فهو أقوى من إجراء تنفيذي لأن الدائن لا يستوفى منه بمجرد حبسه مال المدين بل يجب عليه التنفيذ على هذا المال . والطريق الخامس هو شهر إعسار المدين ، وإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهي أقوى من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفي وحدها للوفاء بحق الدائن بل يجب على الدائن اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء حقه من أموال المدين الذي شهر إعساره [1] .

٢ — الضمان العام للدائن لا يكفي : على أنه إذا كانت جميع أموال المدين ضماناً عاماً للدائن ، وكان هذا منطقياً من الناحية القانونية ، فإنه لا يكفي من الناحية الفعلية . فقد رأينا أن 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 المشاركة في التنفيذ على أموال المدين .

ثم إن المدين قد يتهاون في تقاضي حقوقه من مدينه ، إما إهمالا أو غشاً ، لأن ما يستوفيه من هذه الحقوق ينفذ عليه دائنوه . وإذا كانت الدعوى غير المباشرة أعطاها القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الإهمال أو الغش ، فهي سلاح غير كاف . إذ يجب على الدائن أن يستوفى 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 . وقد يتصرف المدين غشاً في ماله لإخراجه من ضمان دائنيه، وإذا كانت الدعوى البولصية أعطاها القانون سلاحاً للدائن ضد هذا الغش ، فهي سلاح غير كاف . إذ يشترط فيها توافر شروط كثيرة ، وما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ولا يستأثر به الدائن الذي باشر الدعوى البولصية ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي باشر الدعوى غير المباشرة . وكذلك قل عن دعوى الصورية ، فإن ما ينتج منها يتساوى فيه جميع الدائنين ، ولا يستأثر به الدائن الذي باشر دعوى الصورية . وهكذا يستطيع المدين أن يتصرف في أمواله غشاً ،

---

(١) أنظر في كل هذا الوسيط ٢ فقرة ٥٢٦ .

أو يتصرف فيها تصرفاً صورياً ، وأن يهمل في تقاضي حقوقه ، ويستطيع أن يزيد في ديونه إضراراً بدائنيه ، ولا يعصم الدائنين من كل ذلك ما قرره القانون من أن أموال المدين جميعها ضامنة لديونه . ولذلك كان الدائن العادي (créaneier chirographaire) [1] تحت رحمة مدينه ، لا ملاذ له إلا أمانة هذا المدين ونزاهته ، وإلا يسره وملاءته [2] .

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

٣ – التأمينات الخاصة – تأمينات شخصية وتأمينات عينية :

والتأمينات الخاصة نوعان : تأمينات شخصية (sûretés personnlles) وتأمينات عينية (sûretés rélles). فالتأمينات الشخصية هي ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي ، فيصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان أو أكثر ، كلهم مسئولون عن الدين إما في وقت واحد أو على التعاقب . وبذلك يكفل حق الدائن ، لا ذمة واحدة هي ذمة المدين، بل أكثر من ذمة ، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على غيره من المسئولين الآخرين عن حقه ، وقد يرى في ذلك تأميناً كافياً لحقه . والتأمينات العينية تتلخص في تخصيص مال معين ، يكون عادة مملوكاً للمدين ، لتأمين حق الدائن . فيكون للدائن حق عيني على هذا المال ، هو حق تبعي (accessoire) ، ويكفل هذا التأمين العيني الوفاء بحق الدائن . فالدائن يتقدم أولا الدائنين العاديين (droit de préférence) ، بل والدائنين الأنزل في المرتبة ، في استيفاء حقه من هذا التأمين الخاص ، بحيث إذا حجز على هذا المال الأخير وهو لا يزال ملكاً للمدين ، تقدم بحقه على جميع الدائنين على الوجه السالف الذكر في استيفاء هذا الحق من الثمن الذي يباع به هذا التأمين ، وفي هذا ضمان كاف للدائن مادام التأمين الخاص مملوكاً للمدين . فإذا انتقلت ملكية هذا التأمين الخاص من المدين إلى غيره كمشتر ، فإن الدائن يتبعه (droit de suite) في يد من انتقل إليه ، ويستطيع ، أن يحجز عليه وهو في يد الغير ويستوفي منه حقه ، وفي هذا ضمان كاف للدائن إذا خرج التأمين الخاص من ملكية المدين . وبذلك يكفل التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه ، سواء بقي في ملكية المدين أو خرج من هذه الملكية .

---

(١) ويسمى الدائن الذي يحمل سنداً عادياً لحقه (chirspephum, cedula) دائنا عاديا (eédulires ou ceduliero) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٤٨٥ .

والتأمينات ، شخصية كانت أو عينية ، مصدرها في الغالب هو العقد . فالعقد هو المصدر الغالب في التأمينات الشخصية ، وبخاصة عقد الكفالة إذ الكفالة لا تكون إلا بعقد . وكذلك هو مصدر أهم أنواع التأمينات العينية ، أي الرهن الرسمي والرهن الحيازي . والعقود التي تقرر التأمينات ، شخصية كانت أو عينية ، تسمى بعقود الضمان (contrats de garanite) . وقد يكون القانون مصدر التأمينات الخاصة ، كما هو الأمر في التضامن وعدم التجزئة في بعض أحوالها وفي الدعوى المباشرة وفي حقوق الامتياز . وقد يكون مصدرها القضاء ، كما هو الأمر في حق الاختصاص .

والتأمينات كما رأينا توفر ضماناً كافياً للدائن ، وهي في الوقت ذاته تضع تحت يد المدين أداة للثقة والائتمان (instrument de crédit) . إذ هي تمكنه من أن يقدم لدائنه ضماناً كافياً لحقه ، فيستطيع أن يحصل عن هذا الطريق على ما يحتاج إليه من المال مادام قادراً على أن يقدم لدائنه الضمان الكافي . والائتمان (crédit) من أهم وسائل التعامل ، ولا بد منه في مجتمع متحضر . إذ لا بد من أن يتوافر عند الشخص الوسائل اللازمة لتحقيق قدرته على تقديم التأمينات الكافية لدائنه من عناصر يسر وملاءة ، فيستطيع بذلك أن ينتفع بكل ما في حوزته من طاقات مالية ، وأن يحصل على ما يقابل ذلك من المال .وهذا هو الائتمان الذي تتميز به المجتمعات المتحضرة ، فلا بد في هذه المجتمعات من أن تنمو وسائل الائتمان وتقوى ، ليس فحسب لفائدة الدائن ، بل أيضاً وبوجه خاص لفائدة المدين نفسه [1] . وإذا لم توجد وسائل الائتمان والتأمينات الخاصة، كان تفضيل دائن على آخر موكولا للصدف ، أو لسرعة المبادرة من قبل الدائن ، أو لتواطؤ المدين مع بعض الدائنين دون الآخرين ، أو لهذه الأسباب جميعاً ، أو لغيرها من الأسباب [2] .

٤ — مقومات التأمينات الخاصة : ويمكن أن يحسب من مقومات التأمينات الخاصة مقومات ثلاثة :

أولا — التأمين الخاص ، شخصياً كان أو عينياً ، يكفل دائماً حقاً شخصياً . فالدائن له حق شخصي في ذمة المدين ، ويريد أن يطمئن لاستيفائه هذا الحق في ميعاد استحقاقه ، فيطالب مدينه بتقديم تأمين خاص ، كفالة أو رهن أو غير ذلك من التأمينات الخاصة ، فيكفل التأمين الخاص على هذا الوجه حقاً شخصياً لدائن في ذمة المدين . ولم توجد

---

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٥٩ .

(٢) كولان وكابيتال ٢ فقرة ١٣٨٧ .

التأمينات الخاصة إلا لكفالة الحقوق الشخصية الثابتة في ذمة المدينين للدائنين ، حتى يتخطى هؤلاء بها عقبة إعسار المدين أو غشه أو إهماله أو غير ذلك مما سبق أن قدمناه .

وإذا كان التأمين شخصياً ، فإن التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل مثلا أو في ذمة المدين المتضامن يضمن التزامه شخصياً في ذمة المدين الأصلي . وكذلك لو كان التأمين الخاص تأميناً عينياً ، فبالرغم من أن التأمين العيني هو حق عيني ، إلا أن هذا الحق العيني يضمن حقاً شخصياً ، فيكون المتبوع حقاً شخصياً ويكون التابع حقاً عينياً [1] .

ثانياً – والتأمين الخاص يضمن أي حق شخصي ، أياً كان مصـــدره ، وأياً كان محله .

فيجوز ضمان الحق الشخصي الذي يكون مصدره العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون ، لا فرق بين مصدر ومصدر ، فكل هذه حقوق شخصية يجوز ضمانها بتأمينات خاصة . وعلى ذلك يجوز للملتزم بالعقد أن يقدم مثلا كفيلا بالتزامه أو يقدم رهناً ، وكذلك يجوز للملتزم بالعمل غير المشروع أن يقدم كفالة أو رهناً عن التزامه بالتعويض عن هذا العمل ، كما يجوز ذلك للملتزم بالإثراء بلا سبب أو للملتزم بالقانون .

ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصي ، أياً كان محله . فقد يكون محل الحق الشخصي نقل حق عيني أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، فيقدم المدين بهذا الالتزام كفالة أو رهناً مثلا لضمان التزامه . فالمقاول يقدم رهناً أو كفالة لضمان التزامه بالعمل الذي تعهد بالقيام به ، ويقدم ذلك المتعهد بعدم المنافسة . ولكن الغالب أن التأمين الخاص يقدم لضمان نقل حق عيني ، ويرجح أن يكون ضماناً للوفاء بمبلغ من النقود .

ثالثاً – والتأمين الخاص ، وهو يضمن حقاً شخصياً ، يكون تابعاً له غير مستقل عنه. فيسير معه أينما سار ، ويتبعه في نشأته ومصيره وانقضائه وهذه التبعية من أهم مقومات التأمين الخاص ، وقد تقررت في كثير من النصوص . ففي حوالة الحق مثلا قررت المادة ٣٠٧ مدني أن الحوالة تشمل الحق بضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن – وفي حوالة الدين قررت المادة ١/٣١٨ مدني أن يبقى للدين المحال به ضماناته ، على أن الكفيل شخصياً كان أو عينياً لا يلتزم بالضمان إلا إذا رضى الحوالة إذ لا يجبر الكفيل على كفالة

---

(١) ويقرر بعض الفقهاء (للنظر محمد كال مرسي في التأمينات الشخصية العينية الطبعة الثالثة ص ١٣) أنه يجوز أن يضمن التأمين الخاص حقاً عينياً ، كالكفالة أو الرهن الذي يقدمه المنتفع بمنقول لمالك الرقبة ليضمن به رد هذا المنقول .ولكن يلاحظ أن المنتفع هنا إنما قدم كفالة أو رهناً لضمان شخصي ، هو الالتزام بالرد أو دفع تعويض عند عدم الرد(عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠) .

شخص لا يرتضيه (م ٢/٣١٨ مدني) . وفي الوفاء مع الحلول قررت المادة ٣٣٩ مدني أن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات [١] .

وكذلك الكفالة تتبع الالتزام المكفول ، فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً (م ٧٧٦ مدني) . والرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وانقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك (م ١٠٤٢ مدني) .

فالتأمين الخاص لا بد أن يتبع حقاً شخصياً لضمانه ، فإذا لم يقم هذا الحق الشخصي لم يقم التأمين الخاص ، وإذا انقضي الحق الشخصي لأي سبب من أسباب الانقضاء انقضي معه التأمين الخاص، إذ أن التابع يتبع الأصل (accessorium sequitur principale) [٢].

٥ – قسمان لهذا الجزء العاشر : وينقسم هذا الجزء العاشر إلى قسمين : القسم الأول في التأمينات الشخصية ، والقسم الثاني وهو الأهم في التأمينات العينية .

---

(١) وأنظر في تحديد الالتزام المواد ٣٥٦ – ٣٥٨ مدني .

(٢) أنظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠ . شمس الدين الوكيل فقرة ١٨ .

القسم الأول

التأمينات الشخصية

تمهيـــــد

٦ – ظهور التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية : بدأت التأمينات الشخصية ، كالتضامن والكفالة ، في الظهور في المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية ، وكان لذلك سببان :

(السبب الأول) إن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً ، إذ كان يسبقها تنظيم حق الملكية ، ثم تفريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق ، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية . وهذا كله يفترض تقدماً في الحضارة ، وتنوعاً في الحقوق .ولذلك تأخرت التأمينات العينية في الظهور عن التأمينات الشخصية ، إذ أن هذه التأمينات الأخيرة لم تكن تفترض إلا أن تضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب .وكانت التأمينات الشخصية في روما هي الأولى في الظهور فعلا ، ولم تظهر التأمينات العينية وبخاصة حق الرهن إلا في وقت متأخر تحت تأثير القانون اليوناني [١] .

(والسبب الثاني) أن التأمينات كان ظهورها بادئ ذي بدء أمراً طبيعياً ، إذ كان المدينون في أول الأمر من الطبقة الفقيرة لا تملك ما تقدمه تأميناً عينياً ، فقد كانت التأمينات العينية تقوم في أساسها على العقار .وكان العقار هو ملك الأسرة جميعاً إذ كان يمثل الثروة الحقيقية ، ويمثل الأسرة رئيسها فهو وحده الذي يحوز العقار ولا يملكه. أما بقية أفراد الأسرة فكانوا يلجئون إلى التأمينات الشخصية ، ويساعدهم على ذلك قيام روابط الأسرة والتضامن فيما بين أفرادها . فكان الفرد لا يعدم من أفراد قبيلته ، ثم من أفراد أسرته ، من تضامن معه ويكفل الدين عنه ، فكان النظام الاجتماعي للقبيلة ثم للأسرة يهيئ السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة [٢] .

٧ – تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية : ولما ظهرت التأمينات العينية ، بعد أن تطور القانون على النحو السالف الذكر ، كان ظهورها سببه تفوقها على التأمينات الشخصية . فالتأمينات الشخصية هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى ، وقد يكون كل من الذمتين معسراً فلا تكون هذه التأمينات ضماناً كافياً لحق الدائن . أما في التأمينات العينية فأن مالا معيناً ، ويكون غالباً من أموال المدين ، يخصص لوفاء حق الدائن ،

---

(١) جوسران ٢ فقرة ١٤٦١ ص ٧٩٢ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٥ – پلانيول وريپير بولانجيه ٢ فقرة ١٩١٦ ص ٦٢٢ .

ويثبت للدائن عليه حق التقدم وحق التتبع على النحو الذي بيناه . فإذا كان هذا المال كافياً للوفاء بحق الدائن ، وفي أكثر الأحوال يكون وافياً لأن الدائن لا يقبله عادة إلا لأنه يفي بحقه، أصبح الدائن في مأمن من إعسار المدين بما له من حق التقدم ، وفي مأمن من غشه إذا تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع . فيكون الدائن ، بفضل ما له من تأمين عيني ، أكثر أمناً على حقه مما لو كان له مجرد تأمين شخصي . بل يكون عادة في أمن تام ، واثقاً كل الوثوق من الحصول على حقه في ميعاد استحقاقه [1] .

وكذلك اختفت بعض أسباب ظهور التأمينات الشخصية ، فضعف التضامن العائلي وهو التضامن الذي كان سبباً في ظهور المسئولية التضامنية والكفالة ، ولم تعد الأقارب يضمن بعضها بعضاً فيما عدا الزوج والزوجة . وباختفاء عهد الإقطاع ، اختفت العلاقة فيما بين التابع والمتبوع ، فلم يعد المتبوع يكفل التابع . ولم يكد المدين يجد كفيلا له إلا لقاء أجر ، وأغلب ما يكون ذلك لدى المصارف [2] .

٨ – رجوع التأمينات الشخصية إلى الظهور في القانون التجاري:

على أن بعض عيوب الشهر في التأمينات العينية ، وهي تقوم على عماد من الشهر ، أرجعت إلى الظهور التأمينات الشخصية . هذا إلى أن التضامن ظهر مرة أخرى بين الزراع وبين صغار التجار ، ومن هذا أخذت التأمينات الشخصية التبادلية تظهر فيما بينهم ، وقد استبدل بالتضامن العائلي تضامن الطوائف من زراع وتجار [3] .

هذا إلى أن التأمينات الشخصية رجعت إلى الظهور بوجه خاص في القانون التجاري، بفضل رقي نظام المصارف . فأصبح المصرف هو الذي يضمن عميله ، لقاء عمولة يتقاضاها منه . ويضمن المصرف عميله بطرق مختلفة ، منها أن يتقدم بنفسه مباشرة كفيلا (caution) لعميلة ، ومنها أن يقبل الكمبيالة من عميله ، وهذا القبول (aval) يتضمن ضرباً من الكفالة ومنها أن يقبل تحويل شيكات عليه [4] .

---

(١) أنظر في هذا المعنى كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٦ ص ٨٨٨ .وقد ظهر تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية ظهوراً واضحاً ، حتى قورن ما بين النوعين من التأمينات وضربت الأمثال في ذلك. فقيل في القانون الروماني Plus eat cautionisin re quam in persona ، وقيل في القانون الفرنسي القديم Mieut vaut gaige en arche (caffre)que pleige (cautem) en place وقال Piaige plaide, gage rend, Loysel etpailleur eat occason de double procés.

(٢) بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

(٣) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٧ .

(٤) أنظر القانون الفرنسي الصادر في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المواد ٢٥ – ٢٧ – وأنظر بلانيول وريپير بولانجيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

كذلك رجعت الكفالة إلى الظهور فيما بين الشركات التجارية ، فكثيرا ما تكفل الشركة الأصلية شركة أخرى متولدة منها ، أو تجعل هذه الشركة المتولدة عنها تكفلها. وقد حل التضامن ما بين الشركات محل التضامن العائلي [1] .

٩ – أنواع التأمينات الشخصية : ويجب أن يستبعد من التأمينات الشخصية ما يأتي :

أولا – الحق في الحبس، وما يتضمنه هذا الحق من الدفع بعدم التنفيذ . فإن الدائن يحبس تحت يده مالا خاصاً للمدين حتى يستوفى منه حقه ، فهو لا يمت إلى التأمينات الشخصية بصلة ، بل هو أقرب إلى التأمينات العينية لأن الدائن يحبس في يده مالا معيناً مملوكاً للمدين . على أنه ليس من التأمينات العينية ، فصاحب التأمين العيني يكون له على المال المعين المملوك للمدين حق عيني مقترن بحق التقدم وحق التتبع ، أما هنا فليس للدائن حق عيني على المال المحبوس وليس له عليه لا حق تقدم ولا حق تتبع [2]. وقد قدمنا أن الحق في الحبس هو وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية ، إذ هو أقوى من الإجراءات التحفظية فهو يمهد للتنفيذ ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ هو وحده لا يكفي للتنفيذ بل يجب اتخاذ إجراءات تنفيذ حتى يستوفي الدائن حقه [3]. وقد سبق بحث كل من الحق في الحبس [4] والدفع بعدم التنفيذ [5] .

ثانياً – والكفالة العينية لا تدخل في التأمينات الشخصية . وإذا وجد كفيل هنا ، فإنه لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل في التأمينات الشخصية ، بل يقدم مالا مملوكاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن، ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العيني (caution réelle) . فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة ، وهي في الواقع من الأمر تأمين عيني لا تأمين شخصي ، ولكنه يتميز بأن الذي يقدمه ضماناً لحق الدائن ليس هو المدين كما هو الأمر عادة في التأمين العيني ، بل شخص آخر غير المدين يضمن المدين بأن يقدم عيناً مملوكة له يجعلها رهناً في التزام المدين [6] . وسنبحث الكفالة العينية عند بحث الرهن ، لأنها في حقيقتها رهن .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٧ .

(٢) أنظر في أن الدفع بعدم التنفيذ وكذلك الحق في الحبس لا يدخل في عداد التأمينات الشخصية ولا في عداد التأمينات العينية ، جوسران ٢ فقرة ١٤٦٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١ .

(٤) أنظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٥) أنظر الجزء الأول من الوسيط .

(٦) بودري وفال في الكفالة فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

ويبقى بعد الذي استبعدناه التأمينات الشخصية بمعناها الصحيح . وهي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن . فالتأمينات الشخصية ليست إذن بحقوق عينية كما هو الأمر في التأمينات العينية ، بل هي التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين ، ولذلك سميت بالتأمينات الشخصية .

وضم ذمة إلى ذمة أخرى قد يكون على قدم المساواة ، فيستطيع الدائن أن يرجع أولا على أي مدين مسئول دون تمييز بين مدين ومدين . ويتحقق ذلك في تضامن المدينين [1] ، وفي عدم تجزئة الدين [2] ، وفي الإنابة غير الكاملة [3] ، وفي الدعوى المباشرة [4] . وقد سبق بحث كل ذلك فلا نعود إلى بحثه ، وهو على كل حال يعد داخلا في التأمينات الشخصية .

وقد يكون ضم ذمة إلى ذمة أخرى عبارة عن ضم ذمة تابع إلى ذمة متبوعة . ويكون ذلك إما بالترتيب أي أن الدائن يرجع أولا على المدين الأصلي ثم على المدين التابع ويتحقق ذلك في الكفالة العادية ، أو في وقت واحد فيرجع الدائن على المدين الأصلي أو على المدين التابع أيهما يشاء ويتحقق ذلك في الكفالة مع تضامن الكفيل مع المدين .

فلا يبقى إذن للبحث هنا ، في التأمينات الشخصية ، إلا الكفالة ، سواء كان الكفيل غير متضامن مع المدين أو كان متضامناً معه . وعلى ذلك نقتصر في بحثنا في هذا القسم على الكفالة ، دون غيرها من التأمينات الشخصية .

١٠ – خطة البحث في الكفالة : ونجعل بحثنا في الكفالة في مقدمة وفصول ثلاثة :

المقدمة – في تعريف الكفالة وتطورها التاريخي وخصائصها ، وفي الالتزام بتقديم كفيل ، وفيما استحدثه التقنين المدني الجديد .

والفصل الأول – في أركان الكفالة .

والفصل الثاني – في آثار الكفالة .

والفصل الثالث – في انقضاء الكفالة .

---

(١) أنظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٢) أنظر الجزء الثاني من الوسيط .

(٣) أنظر الجزء الثالث من الوسيط .

(٤) أنظر الجزء الثاني من الوسيط .

مقـــدمة (*)

١١ – التعريف بالكفالة – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٢ مدني على ما يأتي :

" الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " (١) .

(*) مراجع في الكفالة : (Troplong) في الكفالة سنة ١٨٤٦ – بون (Pont) في العقود الصغيرة ٢ فقرة ١ – فقرة ١٥٠ – جبوار في الكفالة – بوردي وفال في عقود الغرر والوديعة والكفالة والصلح الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٧ – أوبري ورو وأسمان في العقود والمسئولية الجزء السادس الطبعة السادسة سنة ١٩٥١ – بيدان وقواران الجزء الثالث عشر في التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية سنة ١٩٤٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه الجزء الحادي عشر الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – بلانيول وريبير بولانجيه الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندير الجزء الثاني الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – جوسران الجزء الثاني الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ = دي باج في القانون المدني البلجيكي الجزء السادس سنة ١٩٤٣ أنسيكلو بيدي داللوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ cantionnement .

محمد كامل مرسي في العقود المسماة سنة ١٩٤٩ – عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ – محمود جمال الدين زكي دروس في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٧ –محمد كامل على إمام في التأمينات الشخصية والعينية – سليمان مرقس في عقد الكفالة سنة ١٩٥٩ – منصور مصطفى منصور في عقد الكفالة سنة ١٩٦٠ .

ملاحظة : الإشارة إلى هذه المراجع تكون باسم المؤلف فقط .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد .ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٠ – ص ٤٢٤) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق م ٦٠٤/٤٩٥ : الكفالة عقد به يلتزم إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا كان هذا الآخر لا يؤديه . وتجوز الكفالة بالدين بدون علم المدين بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٣٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٠٨ : الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام . (والتعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي : ويتفق في مجموعة مع تعريف التقنين المدني المصري) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٥٣ (موافق) .

ويؤخذ من هذا التعريف [1] أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن . أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة ، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين ، وتجوز أيضاً رغم معارضته [2] . والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين ، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل ، فيجب أن يكون مذكوراً في وضوح ودقة في عقد الكفالة . وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود ، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملا أو امتناعاً عن عمل . فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود ، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض من جزاء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود ، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل [3] .

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول ، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن ، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي . فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل [4] [أ] ، والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي كما سنرى في خصائص الكفالة .

---

(١) أنظر في صدد تعريف الكفالة ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ — ص ٤٢٣ . هذا والكفيل لا يلتزم التزاماً معلقاً على شرط واقف هو عدم وفاء المدين الأصلي بالدين ، كما قد يفهم خطأ من التعريف . بل الكفيل يلتزم التزاماً منجزاً هو وفاء للدين الأصلي . ولكن له إذا رجع الدائن عليه قبل أن يرجع على المدين أن يطلب من الدائن تجريد المدين إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد ، وسيأتي بيانها (محمد كامل مرسي فقرة ٦ ص ١٥ — ص ١٦ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥ ص ٣٢ — محمود جمال الدين زكي فقرة ١٣ ص ٣٤ — محمد على إمام فقرة ١٠ ص ٢٠ — سليمان مرقس فقرة ٤ ص ٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤ ص ٨) .

(٢) أنظر م ٧٧٥ مدني — وأنظر ما يلي فقرة ٢٨ .

(٣) أنظر ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد في لجنة الأستاذ كامل صدقي وهي اللجنة التي أعدت مشروع الكفالة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢١ في الهامش .

(٤) ومن هنا كانت الكفالة الشخصية هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ، فيصبح للدائن مدينان بدلا من مدين واحد ، ولا بد أن يكون كل من هذين المدينين معسراً إعساراً تاماً حتى يضيع على الدائن حقه (بودري وفال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١) .

(1) أ — مقتضى عقد الكفالة أن الكفيل يتعهد بأداء مبلغ الدين للدائن إذا لم يوف له المدين .
(جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨ الطعنان رقما ٣٤٨ ، ٣٩٥ لسنة ٦١ ق) .

ب — النص في المادة ٧٧٢ من القانون المدني على أن " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأني يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " يدل على أن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل مما مؤداه أن التزام الكفيل لا ينقضي بموته وإنما يبقى هذا الالتزام في تركته وينتقل إلى ورثته .
(جلسة ١٩٨٧/٣/٢ الطعن رقم ١٠٥٠٨ لسنة ٥٠ ق) .

أما أن الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل ، فذلك ظاهر من أن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية كما سبق القول .وعلى ذلك يجب أن يستبعد من نطاق الكفالة المبالغ من النقود أو القيم المنقولة التي تودع ضمانا لدين وتسمي هي أيضاً بالكفالة (cautionnement) ، فهذه إنما هي تأمين عيني (sûreté réelle) . وهي رهن حيازة يضمن في العادة دين تعويض عن خطأ قد يرتكبه المدين في أثناء عمله ، كما لو كان المدين صرافاً عاماً أو مقاولا، وتسرى على هذا التأمين أحكام الرهن الحيازي [1] . كذلك يستبعد من نطاق الكفالة ، وهي تأمين شخصي كما قدمنا ، الكفالة العينية . فالكفيل العيني (caution réelle) يقدم شيئاً مملوكاً له ، عقاراً كان أو منقولا ، رهناً لوفاء دين الغير . والرهن هنا إما أن يكون رهناً حيازياً إذا وقع على عقار أو منقول ، أو رهناً رسمياً إذا وقع على عقار . وفي جميع الأحوال لا يكون الكفيل العيني ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه ، أي أن التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي ، ومن أجل هذا نستبعد الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية . ولا يكون الكفيل العيني مسئولا شخصياً عن الدين المضمون ، بل الذي يضمن الدين هو العين التي قدمها رهناً ، سواء كان الرهن رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . فإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى غير الكفيل العيني انتقلت إلى هذا الغير مرهونة في الدين ، ولا يكون الكفيل العيني مسئولا شخصياً عن الدين كما قدمنا . وإذا تخلى الكفيل العيني عن العين المرهونة للدائن ، أو فقد حيازتها بأي سبب /، فإن كفالته العينية للدين تنتهي ، لأنه غير ملتزم إلا التزاماً عينياً (propter rem) . وهذا بخلاف الكفيل الشخصي ، فإنه يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، وينتقل هذا ا لالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته ، ويكون مسئولا في جميع أمواله لا في مال معين بالذات .ولكن لا يكون للدائن في الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن في أموال مدينه ، ولذلك يزاحمه سائر دائني الكفيل الشخصي ، ولا يتركز الدين في عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق المتقدم وحق التتبع كما تتركز الكفالة العينية [2] .

وأما أن التزام الكفيل الشخصي تابع للالتزام المكفول الأصلي ، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، وعند ذلك لا يكون هذا المسئول كفيلا شخصياً ولا العقد الذي التزم به بعقد كفالة . وعلى ذلك لا يعتبر عقد كفـــالة ما

---

(١) بوردي وفال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨٢ – وأنظر أيضاً بون ٢ فقرة ٣ – جيوار فقرة ٣٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٠٩ – چوسران ٢ فقرة ١٤٧٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٥ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٨٩ ص ٨٨٩ .

(٢) بوردي وفال فقرة ٩٠٩ ص ٤٨١ .

يأتي [1] : (١) عقد الإنابة ولو كانت غير كاملة ، فإن المناب يلتزم بدفع دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، ولا يستطيع أن يحتج بالدفوع التي يحتج بها المنيب على المناب لدينه . (٢) القابل للكمبيالة وموقعوها ، وكلهم ملتزمون التزاماً أصلياً بدفع قيمة الكمبيالة ، ولذلك لا يعتبرون كفلاء [2] . (٣) المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتضامن مع سائر المدينين ، ولذلك لا يعتبر كفيلا لهم [3] . وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلي، فإنه يلتزم التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي ولذلك يكون كفيلا له [1] ، وسيأتي الكلام في الكفيل المتضامن . (٤) الوكيل بالعمولة الذي يضمن يسار العميل ؛ (convention ducroire) يلتزم التزاماً أصلياً ، ولذلك لا يعتبر كفيلا للعمل [4] . (٥) عقد تأمين يسار المدين (assurance credit) لا يعتبر عقد كفالة ، فإن المؤمن لا يضمن يسار المدين ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بموجب عقد التأمين ، لا بوفاء دين المدين ذاته ، بل بتعويض الدائن عن الضرر الذي يلحقه من جراء إعسار المدين . (٦) عقد التعهد عن الغير (promesse prour autrui, contrat de porte fort)—لا يعتبر عقد كفالة ، إذ أن المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير ، بل يلتزم التزاماً أصلياً بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم [5] . فإذا ما وافق الغير على أن يلتزم ، فقد قام المتعهد بالتزامه ، ولا يكفل بعد ذلك يسار الغير [6] ، ولذلك لا يعد كفيلا له [1] .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٣ .

(٢) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٩ — ١ — ١٣ .

(٣) بودري وفال فقرة ٩١٨ ص ٤٨٥ .

(1) أ — التزام الكفيل — متضامنا أو غير متضامن — يعتبر التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي ، فلا يسوغ النظر في أعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي .

(جلسة ١٩٨٤/١/٤ الطعن رقم ١٧١٧ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ١٣٤) .

(جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ ق س ٣١ ص ٥٣٤) .

ب — التزام الكفيل — متضامنا أو غير متضامن — هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي ، وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً مع سائر المدينين .

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٧٤٠ س ٢٧ ص ٦٣٧) .

(٤) بودري وفال فقرة ٩١٦ ص ٤٨٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٨ — وأنظر في إعادة التأمين وفي أن معيد التأمين يعتبر كفيلا بودري وفال فقرة ٩١٦ ص ٤٨٥ ، وأنظر عكس ذلك وأنه لا يعتبر كفيلا بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٨ .

(٥) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ — ويجوز التعهد عن الغير في تنفيذ التزام طبيعي أو في التزام قابل للإبطال ليس من النظام العام (أوبري ورو فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ هامش ٦) .

(٦) ومع ذلك قد يقرن المتعهد عن الغير تعهده بكفالة الغير في تنفيذ التزامه عندما يقبل هذا أن يلتزم : بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٧ — محمد كامل مرسي فقرة ١٥ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩ ص ٤١ .

١٢ – التطور التاريخي للكفالة : لم تكن الكفالة تتميز ، في أول عهود القانون الروماني ، عن التضامن في المديونية . فقد بدأ الكفيل يكون مديناً متضامناً مع المدين الأصلي، ولم يكن يوجد لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد (sponsio) يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن . فلم تكن الكفالة عند ذاك تتميز عن التضامن، بل كانت هي والتضامن شيئاً واحداً ، وكان الكفيل مديناً متضامناً مع المدين الأصلي .

ثم بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً في القانون الروماني ، وعرف هذا القانون أنواعاً ثلاثة من الكفالة : fidejussio, fidepromissio, sponsio . فكان من يلتزم في هذه الأنواع الثلاثة كفيلا للمدين ، ولكنه في النوعين الأولين كان يلتزم التزاماً أصليا مستقلا عن التزام المدين ، وفي النوع الثالث يلتزم التزاماً تابعاً ولكنه يبقى مع المدين[٢] .

ثم عرف القانون البريطوري نوعاً جديداً لكفالة الغير هو (pacte de constitutum debiti alieni constituant) يلتزم بموجبه الكفيل بدفع دين في ذمة الغير . فإذا كان الدين

---

(١) بودري وفال فقرة ٩١٧ – وعلى العكس من ذلك ، يعتبر وكيل النقل بالعمولة (commissionnaile de transport) كفيلا لأمين النقل ، والضامن الاحتياطي للكمبيالة (aval) يعتبر كذلك كفيلا ، ويعتبر المشترى للبضائع كفيلا للبائع فيما يطلبه المشترى من المصرف لفتح حساب لبائعه (credit confirmé) ، لأن كلا من هؤلاء يلتزم التزاماً تابعاً لالتزام الأصيل (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٤) .
وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان الالتزام التزاماً أصلياً فلا يعتبر الملتزم كفيلا ، أو التزاماً تابعاً فيعتبر كفيلا (نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ داللوز ١٨٩٣ – ١ – ١٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٥) .

(٢) مونييه ٢ فقرة ٢٢٣ وما بعدها – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩١٦ – وكذلك كان الكفيل في الفقه الإسلامي متضامناً مع المدين الأصلي ، وللدائن أن يرجع على أيهما شاء . وقد نصت المادة ٦٤٤ من المجلة على أن " الطالب غير في المطالبة ، إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً " . أنظر في أن الكفالة هي التي جعلت أساساً للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي ، وساعد في ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجريد في هذا الفقه فللدائن أن يطالب بالدين أياً شاء المدين الأصلي أو الكفيل فتمشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد ، أما تاريخ الكفالة في الفقه الغربي فهو على العكس من ذلك إذ التضامن هو الذي وجد أولا وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب في النهاية حق التجريد : الوسيط ٣ فقرة ١٥٠ هامش ١ .
وقد منعت الزوجة من كفالة زوجها في القانون الروماني (sénatuseonuslta Velléien) ، وبقي عدم أهلية الزوجة لكفالة زوجها يلعب دوراً كبيراً في القانون الفرنسي القديم ، في بلاد القانون المكتوب بل وفي بلاد العرف ، حتى ألغي في سنة ١٦٠٦ ، وبقي ملغي منذ ذلك الوقت (كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٩٠) .

المترتب في ذمة الغير ديناً موجوداً ، وكانت نية الكفيل هي أن يكفل وفاء هذا الدين ، فقد كانت هذه هي الكفالة ، نشأت في القانون الروماني على هذا الوجه .

وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، إذ اختلطت في أول عهود هذا القانون الكفالة بالتضامن في المديونية .وبقيت الحال كذلك حتى بدأت تتميز شيئاً فشيئاً عن المديونية بالتضامن ، وأصبح الكفيل يضمن ديناً في ذمة الغير [1] .

١٣ – خصائص عقد الكفالة : أهم خصائص عقد الكفالة ما يأتي :

١ – عقد الكفالة عقد رضائي ، ينعقد بمجرد التراضي ما بين الكفيل والدائن ، فلا حاجة في انعقاده إلى شكل خاص . وإذا كانت المادة ٧٧٣ مدني تنص على أنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة " ، فالكتابة ليست ضرورية إلا للإثبات كما سيأتي . فهي ليست ضرورية لانعقاد الكفالة ، بل تنعقد الكفالة بمجرد التراضي كما قدمنا ، وتثبت بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . ولو كانت الكفالة عقداً شكلياً لا تنعقد إلا بالكتابة ، لما انعقدت إذا لم توجد الكتابة ، ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمن لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلا .

٢ – وعقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الكفيل . فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف-به المدين الأصلي ، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل [2] . وهذا هو الأصل . ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون الكفالة عقداً ملزماً للجانبين إذا التزام الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين

---

(١) هوريو في المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٢ ث ٢٢٣ وما بعدها – جيراردان في المجلة التاريخية الجديدة للقانون سنة ١٨٨٤ ص ٢٣٩ – وما بعدها – فورنييه في المجلة الانتقادية ١٥ سنة ١٨٨٦ ص ٦٩٧ فقرة ٥ و ص ٧٠٠ فقرة ٨ – بودان في المجلة الانتقادية ١٢ سنة ١٨٦٦ ص ٢١١ – وأنظر بودري وفال فقرة ٩١٠ – فقرة ٩١١ .

(٢) ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الكفالة أصبحت في التقنين المدني الجديد عقداً ملزماً للجانبين ، ويستدل على ذلك بأن هذا التقنين فرض على الدائن أن يتخذ إجراءات مطالبة المدين بالدين في الوقت المناسب . ولا نرى أن هذا التزام ترتب في ذمة الدائن من شأنه أن يجعل الكفالة ملزمة للجانبين ، وإلا لوجب القول أيضاً بأن هناك التزاماً في جانب الدائن بالمحافظة على التأمينات (م ٧٨٤ مدني) وبالتقدم في تفليسة المدين (م ٧٨٦ مدني) . وإنما هذه شروط وضعها التقنين المدين وأوجب على الدائن مراعاتها حتى يستطيع استيفاء الدين كاملا من الكفيل ، ومعنى ذلك أن الكفالة تلزم بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين ، ولكن بشرط أن يتخذ الدائن الاحتياطات اللازمة حتى لا يضيع على الكفيل حقه في الرجوع المدين ؛ ومن هذه الاحتياطات اتخاذ إجراءات مطالبة المدين في الوقت المناسب ، والمحافظة على التأمينات ، والتقدم في تفليسة المدين .

فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر ، ويكون عقد الكفالة في هذا الحالة ملزماً للجانبين .

وإذا كان المدين هو الذي يلتزم بدفع مقابل للكفيل كما يقع أحياناً ، وبخاصة إذا كان أحد المصارف هو الذي يقدم كتاب مضمون للمدين فيكون كفيلا له ويتقاضى أجراً على كفالته ، فإن الكفالة تبقى مع ذلك عقداً ملزماً لجانب واحد لأن المدين ليس بطرف في الكفالة ، بل طرفاً الكفالة هما الكفيل والدائن ، والكفيل وحده دون الدائن هو الملتزم . ولكن ذلك يجعل الكفيل مأجوراً والكفالة عقد معاوضة لا عقد تبرع ، لأن الكفيل متى أخذ أجراً ولو بغير موجب عقد الكفالة يكون مأجوراً .

وإذا كان الأصل أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، فليس ذلك معناه أن الكفالة إرادة منفردة تصدر من جانب واحد . بل الكفالة عقد لا يتم إلا بتبادل إرادتين متطابقتين من الكفيل والدائن ، ولا يتم بإرادة الكفيل وحده ولو أن الكفالة لمصلحة الدائن . فإذا أوجب الكفيل الكفالة ، وكان الإيجاب غير ملزم ، كان للكفيل أن يرجع في إيجابه قبل صدور القبول من الدائن [1] .

٣ – والكفالة في العادة عقد تبرعي بالنسبة إلى الكفيل ، فالكفيل يتبرع عادة بكفالته للدين [2] . أما بالنسبة إلى الدائن المكفول فالكفالة عقد معاوضة ، لأن الدائن حصل على كفالة في مقابل إعطاء الدين [3] . وإذا كان الدائن قد أعطى الدين للمدين لا للكفيل والمدين ليس طرفاً في عقد الكفالة ، فإنه ليس من الضروري في عقود المعاوضة أن يكون العوض قد أعطي لأحد المتعاقدين ، بل يكفي إعطاؤه للغير وهو هنا المدين . والعقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، كما أن

---

(١) بودي وفال فقرة ٩١٣ .

(٢) بودري وفال فقرة ٩١٥ – وتنص المادة ١٠٦٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن " الكفالة مجانية بطبيعتها ، ما لم يكن هناك نص مخالف " . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يشترط الكفيل أجراً على كفالته يقابل ما يتعرض له من أخطار بسبب الكفالة ، وذلك كالمصرف يتقاضى من المدين عمولة حتى يكفله ، ويختلف هذا عن التأمين الذي يتقدم به المؤمن للدائن (del credre) ، يؤمن به يسار المدين ، فإن المؤمن لا يكفل المدين هنا ولكنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتأمين عليه (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٣) .

(٣) الوسيط ١ فقرة ٥٨ –وهناك رأي يذهب إلى أن الدائن لم يحصل من الكفيل على شيء ، غير استيثاقه من الوفاء بما هو مستحق له .ولكن هذا الرأي يغفل ما حصل عليه الدائن دون مقابل من الكفيل ، إذ أنه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين للوفاء بالدين .

التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر [1] . وعقد الكفالة هو المثل على ذلك . فهو عادة عقد تبرع بالنسبة إلى الكفيل ، والكفيل لم يتبرع للطرف الآخر أي للدائن ، بل تبرع للغير وهو المدين . وهو عقد معاوضة بالنسبة إلى الدائن ، والدائن لم يعط الدين للطرف الآخر وهو الكفيل ، بل أعطاه للغير وهو المدين .

هذا وقد تكون الكفالة عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل نفسه ، فيأخذ هذا مقابلا لكفالته الدين [2] . وهذا المقابل إما أن يأخذه من الدائن المتعاقد معه فيكون العوض مأخوذاً من المتعاقد الآخر وهو الدائن [3] . أو يأخذه من المدين فيكون العوض مأخوذاً من الغير وهو المدين .

ولكن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة إلى الكفيل ، لأن هذا لا يأخذ عادة مقابلا لكفالته الدين لا من الدائن ولا من المدين . وعلى ذلك يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع ، كما يجوز الطعن في الكفالة بالدعوى البولصية دون أن يشترط تواطؤ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين .

٤ — والكفالة عقد تابع ، إذ أن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي [4] [1] . أما إذا التزم المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، فإنه لا يكون كفيلا بل يكون مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام المدين [5] . ويتفرع عن أن

---

(١) الوسيط ١ فقرة ٥٨ .

(٢) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢١٨ — بوردي وفال فقرة ٩١٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٢ ص ٩٦٧ — نقض فرنسي ٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٢٨٦ .

(٣) ولكن الدائن هنا إنما يحصل على تأمين (assurance) من الكفيل بأن المدين موسر ، فإذا أعسر المدين دفع الكفيل تعويضاً للدائن عن هذا الإعسار فلا يكون العقد عقد كفالة بل عقد تأمين (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٣ — ٢ — بيدان وقواران ١٣ فقرة ٨٢ — چوسران ٢ فقرة ١٤٨٠ ص ٨٠٤ — أنسيكلو بيدي داللوز ١ لفظ (cautionnement) فقرة ١٣ — محمد كامل مرسي فقرة ١١ ص ٢١ — سليمان مرقس فقرة ٥ ص ٧ — وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٥ .

(٤) استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٣٤٢ — بيدان وقواران ١٣ فقرة ٨٤ وما بعدها .

(1) التزام الكفيل — متضامناً أو غير متضامن — يعتبر التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي ، فلا يسوغ النظر في إعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي .
(جلسة ١٩٨٤/١/٤ الطعن رقم ١٧١٧ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ١٣٤) .
(جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٣ ق س ٣١ ص ٥٣٤) .
(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٤٠ ق س ٢٧ ص ٦٣٧) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١١ — ولذلك لا تعتبر الكفالة بالنفس كفالة حقيقية ، بل إن الكفيل بالنفس يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين . ويرتب القانون ، على عدم إحضار الكفيل بالنفس المدين يوم حلول أجل الدين ، إلزامه بالدين . وتنص المادة ٥٠٨/٦٢٠ — ٦٢١ من التقنين المدني =

التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الأصلي [1] ، إن الالتزام الأول لا يجوز أن يزيد على الالتزام الآخر ، أو أن يكون أشد عبئا ، أو أن يبقى قائما بعده . كذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شـــرط أو مقترنا بأجل [2] . ولا منتجا لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد ما [3] . ويتبع التزام المدين الأصلي في صحته وبطلانه ، وفي قابليته للفسخ . وفي الدفوع التي يدفع بها المدين — ولكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاما أخف عبئا من التزام المدين الأصلي ، فيكفل مثلا جزءا من الدين . وكذلك لا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي ، أو بسبب خطئه [4] .

= السابق في هذا المعنى على ما يأتي : " من تكفل بإحضار المدين يوم حلول أجل الدين ولم يحضره في الميعاد ، كان ملزما بالدين . وإذا حضر المدين المذكور ، برئ كفيله " . وهذا النص مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وقد نصت المادة ٦٥١ من المجلة على ما يأتي : لو كفل أحد بنفس شخص على أن يحضره في الوقت الفلاني، وإن لم يحضر في الوقت المذكور فعليه أداء دينه ، فإذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين . وإذا توفي الكفيل ، فإن سلمت الورثة المكفول به إلى الوقت أو سلم المكفول به نفسه ن جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال ، وإن لم يسلم الورثة المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل . ولو مات المكفول له ، طالبه وارثه . ولو أحضر الكفيل المكفول به في ذلك الوقت وامتنع المكفول له أو تغيب ، راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلا عوضا عنـــه ويسلمه " . وأنظر في الكفيل بالنفس المواد ١٠١٧ — ١٠١٩ من التقنين المدني العراقي — وانظر في كفالة حضور المدين المواد ١٠٩٨ — ١١٠٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(١) حتى لو كان الكفيل متضامنا مع المدين ، فإنه يبقى مع ذلك كفيلا (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٣٣ ص ٢٧١) .

(٢) وقد ورد في التقنين المدني العراقي في هذا الصدد المادتان الآتيتان : م ١٠١٣ : ١ — إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ — وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل ، تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل . وإن أجله على الكفيل الأول تأجل على الكفيل الثاني ، ولا يتأجل على الأصيل . م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة ، تأجيل على الكفيل الأصلي ، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشتراط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، ففي هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل .

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩ — بودري وفال فقرة ٦٩٤ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٠ — وإذا كان التزام الكفيل أزيد أو أشد عبئا من التزام المدين الأصلي لم يكن باطلا لذلك ، بل يجب إنقاصه حتى يكون معادلا لالتزام المدين الأصلي . فلا يكون أزيد منه ولا أشد عبئاً (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩) . ومطالبة المدين الأصلي بالفوائد تجعلها تسري ضد الكفيل ، ولكن مطالبة الكفيل بالفوائد لا يجعلها تسري ضد المدين الأصلي (بودري وفال فقرة ١٠٠٩ ص ٥٤٠ وفقرة ١٠١٠) .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٠ ص ٩٦٦ — ولا شيء يمنع من أن يكون لالتزام الكفيل أجل قاصر خاص أطول من أجل الالتزام الأصلي (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٦٩ وهامش ٤ — ويكفي أن يثبت الدين ضد المدين الأصلي حتى يكون ثابتاً ضد الكفيل فيستفيد إذن من كل تسوية تنقص الدين الأصلي ، ويضار من كل تسوية ضد المدين (نقض فرنسي ٦ يوليو سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١١٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١ ص ٩٦٦) .

١٤ – الالتزام بتقديم كفيل – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٤ مدني على ما يأتي :

" إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً [١] " .

ويخلص من هذا النص أن المدين قد يكون ملزماً بتقديم كفيل ، فعليه أن يقدم كفيلا توافرت فيه شروط معينة . ومصادر التزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة : القانون والقضاء والاتفاق .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً مقيماً في مصر ولديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالالتزام" ، وفي المادة ١١٤١ مكررة من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ويقدر يسار الكفيل بما يملك من مال ، إلا في المواد التجارية وفي الديون اليسيرة " ، وفي المادة ١١٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " من التزم بتقديم تأمين بصفة عامة ، جاز له بحسب اختياره أن يقدم كفيلا أو رهن حيازة أو أي تأمين آخر " . وفي لجنة المراجعة أدمجت أحكام المواد الثلاث في مادة واحدة بالنص الآتي: " إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً مقيماً في مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً " . وأصبح رقم النص ٨٤٣ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب حذفت عبارة "مقيما في مصر " وأرجع هذا الحذف إلى أن اشتباك العلاقات التجارية الدولية يصح معه ألاّ يكون الكفيل مقيما في مصر ، ولكن قد تكون له أموال فيها يجوز التنفيذ عليها ، ووافق المجلس على النص بعد هذا الحذف ، تحت رقم ٨٤٢ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ ، تحت رقم ٧٧٤ مدني . ثم عادت اللجنة وأخذت باقتراح بعض مستشاري محكمة النقض من اشتراط أن يكون الكفيل مقيماً في مصر كما ورد في مشروع الحكومة ، لأن ذلك أكثر رعاية لمصلحة الدائن . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٩ – ص ٤٤٠) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦١١/٥٠١ : يجب إيفاء التعهد بإعطاء الكفيل على حسب الأوجه المبينة في قانون المرافعات .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٤٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٨ : إذا أصبح الكفيل الذي قبله الدائن بمقتضى العقد غير ملىء ، وجب أن يقدم له كفيل آخر أو أن يعطى تأميناً آخر معادلا للكفالة – وإلا حق للدائن أن يطالب بإيفاء دينه حالا أو أن يفسخ العقد الذي عقده على هذا الشرط . أما إذا أصبحت ملاءمة الكفيل غير كافية، فيجب تقديم كفالة أو تأمين إضافيين – ولا تسرى هذه الأحكام : (أولا) إذا كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المديون أو بالرغم عنه . (ثانياً) إذا كانت الكفالة قد أعطيت بمقتضى اتفاق عين فيه الدائن شخص الكفيل .

فيكون المدين ملزماً بتقديم كفيل بحكم القانون في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك . ومن الأحوال التي نص فيها القانون على وجوب أن يقدم المدين كفيلا ما نصت عليه المادة ١/٩٩٢ مدني من أنه " إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به " . كذلك يجب على صاحب حق الاستعمال في المنقول أن يجرد هذا المنقول، وأن يقدم كفالة (م ٩٩٨ مدني). ونصت المادة ٢/٢٧٣ مدني أنه " إذا سقط حق المدين في الأصل ... أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً " . ونصت المادة ١/٢٧٤ مدني على أنه " إذا كان الالتزام مقترناً بأجل وقف ، فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقض فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ على حقوقه ، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلى سبب معقول". ونصت المادة ٢/٤٥٧ و ٣ مدني على ما يأتي : " ١ — فإذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينـــزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٢ — ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشترى عيباً في المبيع " .

وقد كان قانون المرافعات الملغي يتضمن في المواد ٤٦٧ ، ٤٦٩ ، ٤٧٠ الحالات التي يتعين أو يجوز شمول الحكم فيها بالنفاذ المعجل بشرط تقديم كفالة أو بدونها .

وتنص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الحالي المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ على أنه " في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر بكفالة يكون للملزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقتدراً أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ .

ويكون المدين ملزماً بتقديم كفيل إذا أتفق مع الدائن على أن يقدم له كفيلا بالدين ، وعند ذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق [1] .

---

(١) ولا يصح الالتزام بتقديم كفيل التزاماً قضائياً لمجرد أن حكم بتقديم كفيل كان المدين ملتزماً بتقديمه التزاماً اتفاقياً أو التزاماً قانونياً (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢١ ص ٩٧٣ هامش ٨) .

وسواء كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القضاء أو الاتفاق ، فإن المدين يكون ملزماً بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذي عليه للدائن . ويشترط القانون في الكفيل شرطين ، نصت عليهما المادة ٧٧٤ مدني سالفة الذكر إذ تقول :"إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر ... " [١] . فالشرطان هما :

١ — يسار الكفيل : يجب أن يكون الكفيل موسراً ، أي قادراً على الوفاء بالدين الذي كفله إذا اقتضت الحالة ذلك . والمدين الذي قدم الكفيل هو الذي يحمل عبء إثبات يساره [٢] ، فيثبت أن للكفيل مالا ولو شائعاً ، عقاراً أو منقولا أو كليهما ، يستطيع أن يستوفي منه الدائن حقه . وللدائن أن يثبت [٣] أن هذا المال أو بعضه متنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة إخفائه أو لأي سبب آخر ، فيستبعد من مال الكفيل الذي يضمن المدين [٤] . كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلا بحق عيني آخر كحق انتفاع ، وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك [٥] . والتقنين المدني الفرنسي (م ٢٠١٩) يشترط أن يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقاراً لا منقولا، ما لم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ما لم يقدر قاضي الموضوع أن الدين المكفول دين زهيد (modique) فيصح أن يكون مال الكفيل منقولا [٦] . ولم يشترط التقنين المدني المصري هذا الشرط ، وخيراً فعل ، فيصح أن يكون مال الكفيل منقولا ، كأن

---

(١) وفي الكفيل الاتفاقي ، أي الذي يكون مصدر الالتزام بتقديمه هو الاتفاق ، يجوز للطرفين أن يزيدا في هذين الشرطين أو ينتقصا منهما ، بحسب ما يتم بينهما من اتفاق .

(٢) بودري وفال فقرة ٩٨٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٤ .

(٣) ويقع هنا عبء الإثبات على الدائن (بودري وفال فقرة ٩٨٠ — أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ cautionnement فقرة ٨٤) . والنزاع في يسار الكفيل وأن عنده مالا كافيا بعد حسم ما يثقل هذا المال من حقوق عينية نزاع يدور بين المدين والدائن ، ولا شأن للكفيل نفسه به ، بل ليس للكفيل أن يتدخل في هذا النزاع (بودري وفال فقرة ٩٨١) .

(٤) وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك (بودري وفال فقرة ٩٧٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥) . ويلحق بالمال المتنازع فيه المال المهدد أن تفسخ ملكية الكفيل له (بودري وفال فقرة ٩٧٨ ص ٥٢٥) .

(٥) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢٢ — بودري وفال فقرة ٩٧٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥ — ويكفي أن يكون لدى الكفيل مال كاف ، فلا يلزم أن يرتب للدائن رهناً على هذا المال (بودري وفال فقرة ٩٧٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٥) .

(٦) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٢١ — بودري وفال فقرة ٩٧٥ وفقرة ٩٧٧ — ولكن لما كان من الجائز أن يحل محل الكفالة أي تأمين خاص ولو كان منقولا ، فإنه يصح أن يقدم شخص منقولا كرهن حيازة بدلا من أن يتقدم هو نفسه كفيلا (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٣ ص ٩٧٤ — ص ٩٧٥) .

يكون أسهماً أو سندات أو قيماً منقولة أخرى أو منقولا ذا قيمة كمجوهرات أو حلي أو غير ذلك .

٢ — إقامة الكفيل في مصر : والشرط الثاني في الكفيل أن يكون مقيماً في مصر، حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء .وليس يلزم أن يكون مقيماً في موطن المدين كما يشترط التقنين المدني الفرنسي [١] ، بل يكفي أن يكون مقيماً في أي مكان في مصر [٢]. وشرط إقامة الكفيل في مصر كاف ، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل مصري الجنسية بل يصح أن يكون أجنبياً مادام مقيماً في مصر . كما لا يشترط في الكفيل أن يكون متوافراً على حسن السمعة أو عدم الميل إلى الخصومة والتقاضي [٣] ، ما لم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل مع الدائن على ذلك إذا كان مصدر الالتزام هو الاتفاق .

فإذا توافر في الشخص هذان الشرطان ، صح للمدين تقديمه كفيلا . ويجب أن يستمر الكفيل متوافراً على هذين الشرطين مادامت الكفالة قائمة ، فإذا تخلف كلا الشرطين أو شرط منهما بعد تقديم الكفيل وفي المدة التي تبقى فيها الكفالة قائمة ، بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل إقامته خارج مصر ، وجب على المدين تقديم كفيل آخر يحل محله ويكون هذان الشرطان متوافرين فيه . ويستثنى من ذلك ، فلا يجب على المدين تقديم كفيل آخر ، حالة ما إذا كان الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين. ففي هذه الحالة يكون الدائن هو الذي طلب شخصاً معيناً لكفالة حقه فقدمه المدين ، فلا يلتزم هذا الأخير بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الشخص الذي طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة [٤] . وإذا أعسر الكفيل إعسارا جزئيا ، جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل

---

(١) أنظر م ٢٠١٨ و ٢٠٤٠ — ٢٠٤١ مدني فرنسي . وأنظر بودري وفال فقرة ٩٧٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٢ .

(٢) لذلك يكفي أن يكون للكفيل موطن مختار في مصر يمكن للدائن أن يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات (سليمان مرقس فقرة ١٥ ص ١٧ — وأنظر بيدان وفواران فقرة ٦٨) .

(٣) بون ٢ فقرة ١١٦ — جيوار فقرة ٩٤ — بودري وفال فقرة ٩٨٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٢ ص ٩٧٤ هامش ٥ .

(٤) وكذلك تستثنى حالة ما إذا كان الكفيل قد التزم دون علم المدين ، فإن المدين لم يختر في هذه الحالة شخص الكفيل ، بل إن المدين لم يكن ملزما بتقديم كفيل لكفالة دينه .هذا وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكانت المادة ١١٤٠ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : " ١ — إذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، وجب تقديم كفيل آخر . ٢ — ويستثنى من ذلك أن يكون الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين ، أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين " . وكان التقنين المدني السابق (م ٦١٠/٥٠٠) ينص على أنه " إذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً بإعطاء الكفيل ، سواء كان التعهد حاصلا باتفاق بينه وبين الدائن أو أمام المحكمة ، وأعسر الكفيل الذي قدمه ، وجب على المدين استبداله =

كفالة الكفيل الأول . وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل مليء ، ولم يكن هذا مليئاً منذ البداية [1] . ولا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذي قدمه ، لأن التزام هذا الأخير يبقى في تركته [2] . وكذلك لا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا اتحدت ذمة المدين وذمة الكفيل ، مادام مال كل من الاثنين قد انضم إلى مال الآخر وأصبح المالان خاضعين لحق الدائن [3] .

وتقول المادة ٧٧٤ مدني سالفة الذكر أن للمدين " أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً " . ويخلص من ذلك أن المدين ، إذا كان ملتزماً بموجب القانون أو القضاء أو الاتفاق ، بتقديم كفيل لدائنه ، فإن له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، كرهن رسمي أو رهن حيازي . فيستطيع المدين أن يرهن رهناً حيازياً تأميناً للدين مجوهرات أو حلياً أو نقوداً أو منقولات أخرى ذات قيمة ، كما يستطيع أن يرهن قيماً منقولة لحاملها عن طريق التسليم المادي ، أو قيما منقولة اسمية عن طريق التحويل ، أو قيماً منقولة إذنية عن طريق التظهير . ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه ، بدلا من الكفالة الشخصية ، عقاراً ، إما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً [4] . ولا شيء يمنع من أن يكون التأمين العيني

= بكفيل آخر " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " تطابق المادة ١١٤٠ المادة ٧١٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، مع إضافة يسيره إليها . والحكم الوارد بها هو بعينه المقرر بالمادة ٦١٠/٥٠٠ من التقنين الحالي (السابق) ، وذلك ما عدا أجزائها الأخيرة فإنه يقرر استثناء مجمعاً عليه ، وهو أن المدين لا يلزم باستبدال الكفيل الذي عينه الدائن إذا أعسر ، ولا الكفيل الذي يتقدم لضمان الدين بدون علمه " . وأنظر أيضاً م ٢٠٢٠ مدني فرنسي و م ١٠٦٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني " — ولما عرضت المادة ١١٤٠ من المشروع التمهيدي على لجنة المراجعة ، رأت اللجنة " عدم الموافقة على حكمها والاكتفاء في موضوعها بالقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٩ — ص ٤٣١ في الهامش).

(١) بودري وفال فقرة ٩٨٤ وفقرة ٩٨٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢١ ص ٩٧٥ .

(٢) كذلك إذا كان الكفيل الأول قد أصبح غير أهل بعد أن كان أهلا وقت عقد الكفالة ، بأن حجر عليه مثلا، فإن ذلك لا يبطل عقد الكفالة ، ولا يجيز للدائن مطالبة المدين بتقديم كفيل آخر (سليمان مرقس فقرة ١٥ ص ١٦) .

(٣) بودري وفال فقرة ٩٨٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ ص ٩٧٥ — ص ٩٧٦ .

(٤) والتقنين المدني الفرنسي (م ٢٠٤١) يجيز ، في الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، أن يستبدل المدين بالكفيل الشخصي رهن حيازة كافياً (nantissement suffisant) . والقضاء الفرنسي يجيز للمدين أن يقدم أيضاً رهناً رسمياً ، فليست صعوبة التنفيذ على العقار المرهون رهناً رسمياً بأشد من صعوبة التنفيذ على عقارات الكفيل الشخصي (نقض فرنسي ٧ أغسطس سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣ — ١ — ٢٢٠ — ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ٦٠١ — بودري وفال فقرة ٩٩١ — فقرة ٩٩٢ — بيدان وقواران =

الكافي ، الذي يحل محل الكفيل الشخصي ، مترتباً على مال الغير برضاء هذا الغير [1] . كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيل غير الكافي بتأمين عيني ، فيخلص من الكفالة الشخصية والتأمين العيني تأمين كاف للدين [2] . هذا وقد وردت في تنقين المرافعات الملغي نصوص خاصة بتقديم الكفالة في حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، وكانت هذه النصوص تطبق في الدائرة المرسومة لها .وقد نصت المادة ٤٧٥ من قانون المرافعات السابق في هذا الشأن على أنه " في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر بكفالة ، يكون للملتزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقتدراً أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية ، وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشيء المأمور بتسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر " . ونصت المادة ٤٧٦ من قانون المرافعات السابق على أن "يكون إعلان خيار الملزم بالكفالة إما على يد محضر بورقة مستقلة ، وإما ضمن إعلان سند التنفيذ أو رقة التكليف بالوفاء " . ونصت المادة ٤٧٧ من قانون المرافعات السابق على أنه " لذي الشأن ، خلال ثلاثة الأيام التالية لهذا الإعلان ، أن ينازع في اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفالة ما يودع . وتحصل المنازعة بتكليف الخصم الحضور أمام قاضي محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المحكوم عليه ، ويحكم في المنازعة على وجه السرعة بحكم لا يستأنف " . ونصت المادة ٤٧٨ من قانون المرافعات السابق على أنه "إذا لم تقدم منازعة في الميعاد ، أو قدمت ورفضت . أخذ على الكفيل في قلم الكتاب التعهد بالكفالة أو على الحارس قبوله الحراسة ، ويكون المحضر المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي قبله بالالتزامات المترتبة على تعهده " .

وتنص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ على أنه " في الأحوال التي لا يجوز فيها تنفيذ الحكم أو الأمر إلا بكفاله يكون للملزم بها الخيار بين أن يقدم كفيلا مقتدراً أو أن يودع خزانة المحكمة من النقود أو الأوراق المالية ما فيه الكفاية ، وبين أن يقبل إيداع ما يحصل من التنفيذ خزانة المحكمة أو تسليم الشيء المأمور تسليمه في الحكم أو الأمر إلى حارس مقتدر " . وتنص المادة

= ١٣ فقرة ٦٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٣٢ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٣٩٩ – عكس ذلك أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ هامش ١٢) .

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ .

(٢) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ – ١ – ٣٩٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٥ ص ٩٧٧ – أنسيكلو بيدي داللوز ١ لفظ cautionnement فقرة ٩١ – وأنظر مناقشة هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدقي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٣٦–ص ٤٤٠ في الهامش.

٢٩٤ بأن " يكون إعلان الخيار الملزم بالكفالة إما على يد محضر بورقة مستقلة وإما ضمن إعلان السند التنفيذي أو ورقة التكليف ، وتنص المادة ٢٩٥ معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ على أنه " لذي الشأن خلال ثلاثة الأيام التالية لهذا الإعلان أن ينازع في اقتدار الكفيل أو الحارس أو في كفاية ما يودع على أن يتم إعلان دعوى المنازعة خلال هذا الميعاد بتكليف الخصم بالحضور أمام قاضي التنفيذ المختص ويكون حكمه في المنازعة انتهائياً " .

١٥ — ما استحدثه التقنين المدني الجديد في خصوص الكفالة : عدل التقنين المدني الجديد في ترتيب أحكام الكفالة ، فتناول في الفصل الأول أركان الكفالة ، وخصص الفصل الثاني آثارها ، وتناول فيه العلاقة ما بين الكفيل والدائن ثم العلاقة ما بين الكفيل والمدين .

وفي الفصل الخاص بأركان الكفالة ، استحدث التقنين المدني الجديد نصاً يقضي بوجوب إثبات الكفالة بالكتابة ولو كان الالتزام المكفول يجوز إثباته بالبينة ، كما نص على كفالة الدين المستقبل والدين الشرطي والدين التجاري . ونص على أن الملتزم بتقديم كفيل يجوز له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، وجعل الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك .

وفي الفصل الخاص بآثار الكفالة ، نص التقنين المدني الجديد على أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، واشترط أن يتمسك الكفيل بالدفع بتجريد المدين ، ولكنه لم ينص على أن التمسك بهذا الدفع يجب أن يكون عند المطالبة الأولى . ونص على أنه لا يعتد بأموال المدين التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال متنازعاً عليها أو تقع خارج مصر ، كما نص على مسئولية الدائن إذا تهاون في اتخاذ إجراءات التجريد وترتب على ذلك إعسار المدين . ونص على أنه إذا كان هناك تأمين عيني لضمان الدين سابق أو معاصر للكفالة ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل غير المتضامن مع المدين إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين . وبين التقنين المدني الجديد التزامات الدائن نحو الكفيل عند قيام هذا بوفاء الدين، كما بين حقوق الكفيل قبل المدين ، ونص صراحة على حقه في الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ، ولكنه أوجب على الكفيل إخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . كما نص على أن يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ، ابتداء من يوم الدفع [1] .

---

(١) نظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤١٨ — ص ٤١٩ .

الفصل الأول

أركان الكفالة

١٦ – ركنان : يمكن القول إن للكفالة ركنين : (١) التزاماً أصلياً مكفولا ، هو التزام المدين الأصلي يضمنه الكفيل . وبدون هذا الالتزام لا تكون كفالة ، لأن التزام الكفيل هو كما قدمنا التزام تابع ، فهو يتبع الالتزام الأصلي المكفول على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم [١] . (٢) اتفاقاً بين الكفيل والدائن لكفالة التزام المدين الأصلي ، وهذا الاتفاق هو عقد الكفالة ذاته . فلا بد إذن من رضاء الكفيل بالكفالة ، ورضاء الدائن بأن يضمن الكفيل حقه [٢] .

المبحث الأول

الالتزام الأصلي المكفول

١٧ – موضوعان : نبحث في الالتزام الأصلي المكفول موضوعين : (١) الالتزام الأصلي المكفول في ذاته . (٢) الالتزام الأصلي المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣ .

(٢) أما إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدير باسم الشركة مع الغير في غير أغراضها ، فإن تعاقده وإن لم يكن ملزماً للشركة يلزمه شخصياً قبل الغير الذي تعاقد معه . وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصياً عن كفالة عقدها ، منتحلا فيها صفة غير صحيحة وهي أنه مدير للشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير ، فإن الحكم يكون قد أصاب القانون . كذلك إذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ في الكفالة التي عقدها مع الغير ، بإخفائه حقيقة صفته في النيابة عن الشركة ، ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة – التي ادعى الشريك أنه يمثلها – مع المدين في الوفاء بالدين ، فإنه لا يؤثر في تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين أو لآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين ، لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليسي (نقض مدني ٢٧ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٦٢٥) .

§ ١ – الالتزام الأصلي المكفول في ذاته

١٨ – مصدر الالتزام الأصلي المكفول ومحله : أي التزام تمكن كفالته ، أياً كان مصدره وأياً كان محله ، فيكون التزاماً أصلياً مكفولا .

فتمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدر العقد ، وهذا الذي يقع في الغالب . فيكفل التزام مصدره عقد قرض مثلا فيكون للمقترض كفيل بالمبلغ الذي اقترضه [١] . ويكفل التزام مصدره عقد البيع ، فيكون للمشترى كفيل بالثمن .ويكفلُ التزام مصدره عقد الإيجار، فيكون للمستأجر كفيل بالأجرة . وهكذا .

وتمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العمل غير المشروع ، فيعترف المدين في العمل غير المشروع بمبدأ المسئولية وبمقدار التعويض ، ويأتي كفيل يضمنه في هذا المقدار إلى أن يفي به . وتجوز كفالة التزام احتمالي مصدره العمل غير المشروع ، فيأتي المدين الاحتمالي بهذا الالتزام لدائنه الاحتمالي بكفيل يضمنه .

وتمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره الإثراء بلا سبب أو رد غير مستحق أو الفضالة ، فيأتي رب العمل مثلا بكفيل يضمن التزامه نحو الفضولي .

وتمكن أخيراً كفالة الالتزام الذي يكون مصدره القانون ، فيأتي الجار مثلا لجاره بكفيل يكفله في التزامه بتعويض الأضرار غير المألوفة بسبب الجوار [٢] .

وأياً كان محل الالتزام الأصلي ، فإنه تجوز كفالته ، سواء كان هذا المحل إعطاء أو عملا أو امتناعاً عن عمل [٣] . والذي يقع غالباً هو كفالة الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود ، فيأتي المقترض مثلا بكفيل يضمنه لدى المقترض في المبلغ من النقود الذي اقترضه .ولكن قد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول ، لا مبلغاً من النقود . فيأتي البائع مثلا بكفيل يضمنه لدى المشترى في التزام الأول بنقل ملكية المبيع إلى الثاني . كذلك يجوز للمقاول ، الذي تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت ، أن يأتي بكفيل يضمنه في التزامه بهذا العمل . ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر آخر أن يأتي بكفيل ، يضمنه في الالتزام بعدم المنافسة .

---

(١) بودري وفال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

(٢) أنظر في كفالة الالتزام أياً كان مصدره ترولون فقرة ٥٠ – جيوار فقرة ٥٤ – بودري وفال فقرة ٩٤٩ .

(٣) بون ٢ فقرة ٢٦ – لوران ٢٨ فقرة ١٢٨ – جيوار فقرة ٥١ وفقرة ٥٤ – بودري وفال فقرة ٩٤٩ ص ٥٠٨ .

١٩ – كفالة الالتزام الصحيح – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٦ مدني على ما يأتي :

" لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً " [١] .

ويخلص من النص سالف الذكر أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاماً في ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول ، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحاً [١] ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ١١٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا تصح الكفالة إلا في التزام صحيح " . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : "الكفالة باطلة إذا كان الالتزام المكفول باطلا " ، واصبح رقمه ٨٤٥ في المشروع النهائي . وحذف مجلس النواب هذا النص ، اكتفاء بغيره من النصوص التي وردت . وفي لجنة مجلس الشيوخ طلبت الحكومة إعادة النص المحذوف تمهيداً لما يأتي بعده من النصوص ، ومنها النص على كفالة ناقص الأهلية. فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته كان التزامه قابلا للإبطال كالالتزام الأصلي ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب ناقص أهليته فإنه لا يستطيع التمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلي . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المشروع بالصيغة الآتية : " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً "، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وقالت اللجنة في تقريرها : " وقد راعت اللجنة في هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التي يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً . وأصبح رقم المادة ٧٧٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ – ٤٤٦) – وأنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في صدد هذا النص في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٣ – ص ٤٤٦ في الهامش .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٠٥/٤٤٦ : الكفالة باطلة إذا كان الدين المكفول به باطلا ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٥٦ لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح (موافق) .

(1) الكفالة يمكن أن ترد على أي التزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات ، وليس في أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد في ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفي له بالتزام المتعاقد الآخر في حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به ، وفي هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائناً للآخر بالالتزامات المترتبة له في ذمته بمقتضى العقد الأصلي المبرم بينهما . (جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٢٥ ق س ٢٠ ص ٦١٦) .

ويكون الالتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر غير عقدي ، أو تولد من مصدر عقدي وكان العقد الذي تولد منه عقداً صحيحاً .

ويجب التمييز هنا بين فرضين : (الفرض الأول) أن يلتزم شخص بوفاء التزام في ذمة الغير ، فيؤمن للدائن بذلك وفاء الالتزام . وفي هذا الفرض لا يكون هذا الشخص كفيلا ، بل يكون مديناً أصلياً ، تعهد بوفاء التزام الغير للدائن . ولا يهم في هذه الحالة أن يكون التزام الغير صحيحاً أو باطلا أو قابلا للإبطال ، مادام الملتزم بوفائه قد التزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلا . ويؤول ذلك على أن الملتزم بالوفاء قد التزم نحو الدائن بأن المدين لا يتمسك بأوجه البطلان في الدين ، وبأنه إذا تمسك بأوجه البطلان فأعلن بطلان الدين أو أبطله ، فإن الملتزم بالوفاء يقوم بنفسه بوفاء هذا الدين الباطل أو القابل للإبطال . ومن ثم لا يكون الملتزم بالوفاء كفيلا بل مديناً أصلياً كما قدمنا ، ويصح كما سبق القول أن يكون الدين الذي التزم بوفائه باطلا أو قابلا بالإبطال . ولو كان الملتزم بالوفاء كفيلا ، أي أن التزامه تابع للدين الأصلي ، لأمكنه أن يتمسك ببطلان الدين الأصلي أو بإبطاله كما يتمسك بذلك المدين الأصلي نفسه . (والفرض الثاني) أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلا لا مديناً أصلياً ، فيكفل المدين الأصلي بالوفاء بالتزامه . وهذا هو الفرض الذي يعنينا هنا ، إذ أ التزام الكفيل يكون تابعاً للالتزام الأصلي المكفول ، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول [1] صحيحاً كما يقول النص سالف الذكر . فإذا كان الالتزام المكفول باطلا أو قابلا للإبطال ، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بهذا الدفع ، فيعلن بطلان الالتزام الأصلي أو يبطله . ومن ثم يصبح التزام الكفيل باطلا .

وهذا هو ما قصدت إليه لجنة مجلس الشيوخ إذ قالت في تقريرها : " وقد راعت اللجنة في هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلا، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن

---

(١) فتجوز كفالة الالتزام بعمل إذا كان هذا الالتزام صحيحاً ، حتى لو عقد لاعتبار شخصي في المدين (intultu personae) ، ويضمن الكفيل في هذه الحالة التعويض المترتب في ذمة المدين الأصلي بسبب إخلاله بالتزامه . فيجوز لمصور أو نحات مثلا أن يلتزم بعمل صورة أو نحت تمثال ، وتكون شخصية المصور أو النحات ملحوظة في هذا الالتزام ، ويأتي الملتزم بكفيل يضمن التعويض الذي يترتب على الإخلال بالالتزام (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٦) . كما تجوز كفالة ا لالتزام الناشئ من ورقة الضد (contre-lettre) ، ذلك أن الضد عقد صحيح وإن كان لا يحتج به على الغير حسن النية ، وعلى ذلك تجوز كفالة الالتزام الناشئ عن هذه الورقة (بوردي وفال فقرة ٩٤٤ ص ٥٠٤) .

يقتصر النص على حكم الكفالة التي يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تفترض بطبيعة الحال أن يكون التزام المكفول صحيحاً " [1] .

٢٠ – كفالة الالتزام الباطل : ويؤخذ مما قدمناه أن كفالة الالتزام الباطل تكون هي أيضاً باطلة كالالتزام المكفول . والمفروض في ذلك ، كما قدمنا ، أن الكفيل تقدم باعتباره كفيلا ، لا باعتباره مديناً أصلياً . فإذا كان الالتزام المكفول في هذه الحالة باطلا بطلاناً مطلقاً ، كانت الكفالة وهي تابعة له باطلة مثله . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨١ مدني ، كما سنرى ، على أن " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " . ومن الأوجه التي يحتج بها المدين الأصلي بطلان التزام المكفول ، فللكفيل أيضاً أن يحتج بهذا البطلان ، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله .

ولا يكون الالتزام باطلا إلا إذا كان التزاماً عقدياً ، أما الالتزام غير العقدي فإن القانون نفسه لا الإرادة هو الذي يتكفل بإنشائه باستمداده من مصدره فلا يكون باطلا. فالالتزام الباطل إذن هو الالتزام الذي يراد إنشاؤه بعقد باطل ، والعقد يكون باطلا إذا اختل أحد أركانه ، فانعدم ركن التراضي مثلا أو كان محله غير معين أو مستحيلا أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذي يتطلبه القانون .

---

(١) أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة بأن الكفالة المعطاة لشخص عند ما يرسو عليه مزاد استئجار أطيان إنما كانت من هذه الأطيان المعينة التي لم يتم استئجارها، وأنها لا تنسحب على أطيان أخرى تم استئجارها من صاحب الأطيان الأولى ، فلا شأن لمحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت في أسباب حكمها الاعتبارات التي رأت أنها هي التي حملت الكفيل على الكفالة المقدمة ، وأبرزت ما بين عملية الإيجار التي تمت والعملية التي تتم من مغايرة ، وكان ما انتهت إليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٣) . وقضت أيضاً بأن الكفالة عقد ينطوي على تبرع ، فلا يجوز إجراؤه بطريق الوكالة إلا بعد إثبات توكيل خاص به (م ٥١٦ مدني قديم) . فالتوقيع على عقد الكفالة بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالإقرار والصلح ، لا يصح . والتوكيل العام في جنس عمل ، وإن كان معتبراً بدون نص على موضوع العمل ، لا يسرى على التبرعات (م ٥١٧ مدني قديم) . (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٤) . وقضت أخيراً بأن الكفالة من عقود التبرع ، فيجب عملا بالمادتين ٥١٦ و ٥١٧ مدني (قديم) أن يكون بيد الوكيل الذي يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك . فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أموال الموكل ، وأن يقترض مقابل الرهن ، فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفي بالدين من أملاك الموكل . ولا يجوز الاعتماد في أن يكفل الوكيل باسم موكله مديناً ، وأن يرهن أطيان الموكل تأميناً للوفاء بالدين (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ٥) .

والأمثلة على العقد الباطل كثيرة . من ذلك دين المقامرة أو الرهان ، ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً ، والدين الذي يكون محله غير موجود [1] أو مستحيلا أو غير مشروع ، والدين الذي يقوم على سبب غير مشروع ، والدين الذي يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلة ، والدين الذي يكون مصدره هبة باطلة في الشكل [2] . كل هذه ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل ، وعلى ذلك لا تجوز كفالتها ، ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة باطلا بطلان الالتزام الأصلي المكفول .

٢١ – كفالة الالتزام القابل للإبطال – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٧ مدني على ما يأتي :

" ومن كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " [3] .

---

(١) ومثل الدين الذي يكون محله غير موجود في التزام غير عقدي أن يكفل شخص منهما فيما عسى أن يحكم عليه بتعويض ، ثم يحكم ببراءة المتهم وبعدم مسئوليته عن تعويض ما (بودري وفال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٦) .

(٢) أنظر في أمثلة أخرى على العقد الباطل بودري وفال فقرة ٩٤٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " ومع ذلك تصح كفالة الالتزام الذي يعقده ناقص الأهلية ، إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهليته". وفي لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة الثانية مادة مستقلة ، وعدلت صياغتها على وجه يبرز التكييف القانوني الصحيح للالتزام في هذه الحالة بما يجعل الملتزم أصيلا لا كفيلا ، بالنص الآتي : " من كفل التزاماً باطلا بسبب نقص أهلية المدين ، كان ملتزماً بتنفيذه كمدين أصلي إذا كان وقت الكفالة يعلم بنقص الأهلية " . وأصبح رقم النص ٨٤٦ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب عدل النص ، تحت رقم ٨٤٤ ، على الوجه الآتي : " من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية / كان ملزماً بتنفيذ الالتزام كمدين أصلي " . وذلك ليكون المعنى المقصود واضحاً ، لأن النص الأصلي قد يوهم بأن الشرط المطلوب هو علم الكفيل دون الدائن والمدين بنقص أهلية المدين ، مع أن المقصود هو أن يكون كل الثلاثة ، الدائن والمدين والكفيل ، عالمين بنقص الأهلية وقت التعاقد . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على المادة من حيث أنها تلزم الكفيل بتنفيذ الالتزام كمدين أصلي ، لأنه من الجائز أن يجيز ناقص الأهلية الالتزام عند بلوغه. فأجيب بأن هذه صورة من الصور الثلاث التي عرضت على اللجنة عند بدء المناقشة ، وهذه الصور هي : ١ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته ، ففي هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص الأهلية . ٢ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفي هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ففي هذه الحالة تتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً آنفاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : " من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " . فأصبح النص تحت رقم ٧٧٧ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الليبي . وجاء في تقرير اللجنة : رأت اللجنة الأخذ بالتعديل الذي اختاره مجلس النواب، واستبدلت في آخر النص بعبارة =

وهذا النص مقصور على كفالة ناقص الأهلية ، أي إذا كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولكن القابلية للإبطال قد يكون لها سبب آخر غير نقص الأهلية ، فقد يكون سببها عيباً في الرضاء فيكون الرضاء مشوباً بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بالاستغلال . وقد يكون سبب القابلية للإبطال نصاً في القانون ، كما هو الأمر في بيع ملك الغير فقد ورد نص على أن هذا البيع فيما بين البائع والمشترى قابل للإبطال لمصلحة المشترى .

فإذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية ، بأن كان السبب عيباً في الرضاء أو نصاً في القانون ، وجب تطبيق القواعد العامة ، إذ لم يرد نص في هذا الصدد كما ورد النص سالف الذكر في خصوص القابلية للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون الالتزام قابلا للأبطال لعيب في الرضاء أو لنص في القانون ، فإن الكفيل والتزامه تابع للالتزام الأصلي المكفول يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ، وإذا رجع عليه الدائن تمسك بأن التزامه قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي [1]. وعلى ذلك إذا كفل شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه ، أو كفل شخص مشترياً من غير المالك، جاز للكفيل أن يتمسك بأن التزامه ككفيل هو أيضاً قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي . ونأتي بتطبيق عملي لما تقدم ، ونفرض أن مديناً بموجب عقد قد وقع في غلط عند تعاقده وتوافر في الغلط الشروط الواجبة ليجعل العقد قابلا للإبطال . فإذا كفل شخص هذا المدين ، ثم كشف المدين الأصلي أنه وقع في غلط فتمسك بإبطال العقد ، جاز لكفيله أيضاً

= " كدين أصلي" عبارة " إذا لم ينفذه المدين الأصلي " . وقد توخت اللجنة في ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلي هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد إجازة وليه أو وصيه ، ولهذا يكون التعبير الذي اختارته اللجنة أدق في الإعراب عن المقصود في النص " . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عرفتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٧ — ص ٤٥٢) — أنظر أيضاً ما دار من المناقشة في لجنة الأستاذ كامل صدقي في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٤٣ — ص ٤٤٦ في الهامش) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٠٥/٤٩٦ : الكفالة باطلة ، ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهليه الدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٤٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل .

(١) أنظر بودري وفال فقرة ٩٤٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ .

أن يتمسك بإبطال الكفالة أسوة بالمدين الأصلي ، فله إذن أن يتمسك بهذا الدفع . ولا نرى أن الكفيل يحرم من هذا الدفع إذا فرضنا أن المدين الأصلي بعد أن كشف أنه وقع في غلط أجاز العقد فانقلب صحيحاً ، بل يبقى للكفيل حتى في هذه الحالة حق التمسك بإبطال الكفالة . ذلك أن الكفيل قد كفل مديناً بعقد قابل للإبطال ، فلا يستطيع هذا المدين أن يسوئ مركز الكفيل بإجازته هذا العقد . ويكون للكفيل أن يتمسك بإبطال الكفالة حتى لو أجاز المدين الأصلي العقد ، وذلك ما لم يجز الكفيل بدوره الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال .

بقي ما إذا كان سبب القابلية للأبطال هو نقص الأهلية ، وقد اقترحت لجنة الأستاذ كامل صدقي الأخذ بالمادة ٧١٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي ونصها :" لا تصح الكفالة إلا في التزام صحيح ، ومع ذلك تصح كفالة الالتزام الذي يعقده ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهليته " . وقيل في هذه اللجنة إن من مزايا نص المشروع الفرنسي الإيطالي القضاء على كثير من الصعوبات . وأدمج النص في المشروع التمهيدي ، تحت رقم ١١٣٥ [1] . وقد مرت بنا المراحل التشريعية التي اجتازتها المادة ١١٣٥ من المشروع التمهيدي ، حتى استقرت في التقنين المدني الجديد تحت رقم المادة ٧٧٧ مدني [2] . وقد قيل في صدد هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ ما يأتي : " إذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته (أهلية المدين الأصلي) ، كان التزام الكفيل قابلا للإبطال كالالتزام الأصلي ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص ما يأتي : " نقل المشروع المادة ١١٥٣ بفقرتيها عن المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وهو يطابق في أحكامه المادة ٦٠٥/٤٩٦ من التقنين الحالي (السابق) مع شيء من الإيضاح . أما التقنين الفرنسي (م ٢/٢٠١٢) ، فإنه يصحح كفالة التزام ناقص الأهلية حتى لو كان الكفيل يجهل وقت العقد نص أهلية المدين . وقد أثار هذا الحكم كثيراً من أوجه الخلاف والنقد الشديد ، ولذلك عدل عنه المشرع المصري وقرر أن كفالة التزام ناقص الأهلية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية . وكذلك فعلت معظم التقنينات الحديثة ، كما أن الشريعة الإسلامية تقضي هي أيضاً بهذا الحكم (م ٨٤١ مرشد الحيران) . ويلاحظ أن التزام الكفيل في هذه الحالة ليس التزاماً تبعياً يستند إلى التزام أصلي ، بل إن الكفيل يلتزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلا . ذلك أن من كفل قاصراً في عقد وهو عالم بقصره ، كان ضامناً له في أداء التزامه إذا لم يتمسك القاصر ببطلان العقد، وكان مسئولا بصفة أصلية عن أداء الالتزام إذا تمسك القاصر بالبطلان ، كل هذا ما لم يقم دليل على ما يخالفه . هذا وقد أورد القانوني البولوني في المادة ٦٢٦ نصاً يقرب من هذا المعنى إذ يقضي بأن من كفل التزاما باطلا بسبب نقص أهلية المدين يكون ملزماً بتنفيذه كمدين اصلي ، إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كان من الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٨ — ص ٤٤٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩ في الهامش وفقرة ٢١ في الهامش .

كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكوّن كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلي " [1] . وقيل أيضاً أمام لجنة مجلس الشيوخ في هذا المعنى إن هناك صوراً ثلاثاً هي : " ١ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو لا يعلم بنقص أهليته، ففي هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته . ٢ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفي هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣ – أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ففي هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه " [2] .

ويستخلص مما تقدم أن في كفالة ناقص الأهلية ، وهو القاصر المميز ومن في حكمه كالمحجوز عليه بسبب غفلة أو سفه وبوجه عام كل من كان عقده قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية [3] ، يجب التمييز بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته: وفي هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا لا مديناً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي ، وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للإبطال ، وأن يبطل الكفالة تبعاً لذلك [4] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩ في الهامش .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١ في الهامش .

(٣) والتقنين المدني الفرنسي (م ١٢/٢٠١٦) ينص على أنه " تجوز كفالة الالتزام ، ولو كان جائزاً إبطاله بدفع شخصي محض خاص بالملتزم ، وذلك كحالة القصر " . والفقه في فرنسا متفق على أن المقصود بالالتزام المكفول هنا هو الالتزام القابل للإبطال (annullable) لا الالتزام الباطل (nui) (أنظر أوبري ٦ فقرة ٤٢٥ ص ٢٧٤ – ص ٢٧٥ – بودري وفال فقرة ٩٤٥ – ص ٥٠٥ – بلانيول وسافاتييه فقرة ١٥١٨) .

(٤) ويبدو أن بعض الفقهاء في فرنسا يذهب إلى أن الكفيل ، حتى لو لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين الأصلي ، لا يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية ، ويبقى ملتزماً بالرغم من جهله بنقص أهلية المدين الأصلي (بودري وفال فقرة ٩٤٥ ص ٥٠٥) . ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه يتخلف عن إبطال الالتزام الأصلي التزام طبيعي، وهذا الالتزام الطبيعي هو الذي يضمنه الكفيل ، لأن الالتزامات الطبيعية عند أصحاب هذا الرأي تجوز كفالتها كفالة مدنية (بودري وفال فقرة ٩٤٦ – فقرة ٩٤٧) .ولكن فقهاء آخرين يخالفون هذا الرأي ويذهبون إلى أن الكفيل ، حتى لا يستطيع الاحتجاج بنقص أهلية المدين ، يجب أن يكون عالما بنقص الأهلية (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٢٤) .

أما في القانون المصري ، فلا شك في أن الكفيل ، حتى لا يستطيع أن يحتج بنقص أهلية المدين الأصلي ، يجب أن يكون عالماً بنقص الأهلية ، بل يجب أن يكون قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . أما القول بأن التزام ناقص الأهلية إذا أبطل يتخلف عنه التزام طبيعي وتجوز كفالة الالتزامات الطبيعية =

ويكون له التمسك بهذا الدفع ، سواء تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بقابلية دينه للإبطال فأبطله ، أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز العقد الأصلي القابل للإبطال . ذلك بأن الكفيل ، وقت أن كفل ناقص الأهلية ، كان لا يعلم بنقص أهليته ، فلا يعترض عليه بأنه كان عالماً بنقص الأهلية وبأن ناقص الأهلية إذا لم يتمسك بنقص أهليته وأجاز العقد لم يجز للكفيل أن يتمسك هو بنقص الأهلية .فالمدين الأصلي لا يستطيع أن يسوئ بعمله أي بإجازته للعقد مركز الكفيل ، وقد طبقنا هذه القاعدة المقررة في الكفالة في حالة ما إذا كان العقد الأصلي قابلا للأبطال لعيب في الرضاء [1] .

(الفرض الثاني) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته : وفي هذا الفرض يكون الكفيل كفيلا أيضاً لا مديناً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة. إلا أن هذا الفرض يختلف عن الفرض السابق في أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلي ، فيكون بعلمه هذا نازلا حتما عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلي وأجاز العقد . وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلي ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي جاز للكفيل أيضاً ، كما فعل المدين الأصلي ، أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة . وفي هذا يستوي هذا الفرض مع الفرض السابق . أما إذا نزل المدين الأصلي عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد ، فإن الكفيل، خلافاً للفرض السابق ، لا يستطيع أن يتمسك هو بنقص الأهلية ، ويعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية .

(الفرض الثالث) أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، وهذا هو الفرض الذي عرضت له المادة ٧٧٧ مدني فيما قدمنا ، فقالت : " من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " . والمفروض أن كلا من الكفيل والدائن والمدين الأصلي عالم بنقص أهلية هذا الأخير، وأن العقد الذي أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للإبطال. فيجوز للمدين أن يبطله، وتوقعاً لهذا الاحتمال عقدت الكفالة إذ هي لم تعقد إلا بسبب نقص أهلية المدين الأصلي . وعلى ذلك يمكن تفسير الكفالة التي تمت على الوجه الآتي : إذا تمسك المدين الأصلي ناقص

= فمردود ، كما سنرى ، بأن الالتزام الطبيعي لا يتجوز كفالته كفالة مدنية . فإذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليه ، فله أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي ومنها الدفع بنقص الأهلية، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً ، ولا يجد أحد منهما على الوفاء بالتزامه (الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ – وأنظر محمد كامل مرسي فقرة ٣٩) .

(١) أنظر آنفاً نفس الفقرة .

الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي ، كان الكفيل هو المدين الأصلي بموجب العقد الذي أبرمه مع الدائن ، وكان ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلي لأن المدين الأصلي لم ينفذه . وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل كفيلا ، بل يكون مديناً أصلياً ، وهو مدين بالالتزام الأصلي تحت شرط واقف وهو ألاّ ينفذ المدين الأصلي هذا الالتزام . فإذ تحقق الشرط و لم ينفذ المدين الأصلي الالتزام ، وجب على من تقدم بصفته كفيلا وقد اصبح مديناً أصلياً بتحقق الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام [1] . أما إذا أجاز ناقص الأصلية العقد وانقلب العقد صحيحاً بالإجازة ، فإن المدين الأصلي يصبح ملزماً بتنفيذ الالتزام الأصلي ، ويكون الكفيل ضامناً له في تنفيذ هذا الالتزام ، باعتباره كفيلا لا باعتباره مديناً أصلياً ، وتسرى جميع أحكام الكفالة [2] . يؤكد ذلك ما ورد في مناقشات لجنة الشيوخ ، إذ قيل في هذه اللجنة عن هذا الفرض الثالث ما يأتي : " أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته . ففي هذه الحالة نتصور أن الكفيل أراد أن يكفل القاصر بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن إجازته ، وأراد أيضاً أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه . فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي ... وجاء في تقرير اللجنة : رأت اللجنة الأخذ بهذا التعديل الذي اختاره مجلس النواب ، واستبدلت في آخر النص بعبارة "كمدين أصلي " عبارة " إذا لم ينفذه المدين الأصلي " . وقد توخت اللجنة في ذلك إبراز فكرة أن المدين الأصلي هو ناقص الأهلية وقد يقوم بالوفاء ، ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو تم بعد

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٣٨ – ويطبق الأستاذ سليمان مرقس نظرية تحويل العقد في هذه الحالة ، ويقول في هذا المعنى : " إن كفالة التزام ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة ككفالة حقيقية ، وتبقى كذلك ما لم يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه ، فتبطل حينئذ الكفالة بهذه الصفة وتتحول إلى تعهد منشئ الالتزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل " (سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٤٠). ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : " والرأي الذي نفضله أن من يكفل التزام ناقص الأهلية ، وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، يبرم عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهدا عن الغير . يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال ، ويتعهد في الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الإبطال . وعلى ذلك فما بقي الالتزام الأصلي قائماً ، يبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية باعتباره كفيلا . أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلي بأثر رجعي ، زال التزام الكفيل تبعاً لذلك بأثر رجعي . ولكن يتحقق بذلك الإخلال بالتعهد عن الغير ، ويكون التزامه هذا التزاماً أصلياً غير تابع لغيره " (منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣٤ – وأنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣ – محمد على إمام فقرة ٤٣ ص ٨١) .

(٢) ومن الفقهاء الفرنسيين من يعمم هذا الحكم ، حتى في حالة ما إذا علم الكفيل بنقص الأهلية ، على جميع أوجه البطلان ، كالبطلان المطلق والقابلية للإبطال لعيب في الرضاء (بودري وفال فقرة ٩٥٢ – وأنظر أيضا عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤ – سليمان مرقس فقرة ٣٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣٥).

إجازة وليه أو وصيه . ولهذا يكون التعبير الذي اختارته اللجنة أدق في الإعراب عن المقصود من النص " [1] . وجاء أيضاً في مناقشات لجنة الشيوخ في خصوص المادة ٧٧٦ مدني ما يؤيد ما قدمناه ، إذ قيل : " فإذا كان الكفيل يجهل نقص أهليته (نقص أهلية المدين الأصلي) كان التزام الكفيل قابلا للإبطال كالالتزام الأصلي ، وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع التمسك بهذا الدفع ولكنه يبقى كفيلا ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلا أصلا إذ هو مدين أصلي . وقد وافقت اللجنة على إعادة النص إلى المشروع بالصيغة الآتية : لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ... وقد راعت اللجنة في هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلي باطلا متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التي يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحا " [2] .

٢٢ – كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل – نص قانوني :

تنص المادة ٧٧٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً الدين المكفول ، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي " .

" ٢ – على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة فإن له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " [3] .

---

(١) أنظر أيضاً نفس الفقرة في الهامش .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٩ في الهامش . وأنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٢ – فقرة ٤٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٨٤٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٢ – ص ٤٥٨) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للنص ما يأتي: " كفالة الالتزامات المستقبلة أو الشرطية جارية في العمل ، على الأخص في عقود الحساب الجاري وفتح الاعتماد . والقضاء والفقه مجمعان على صحتهما رغم عدم وجود نص في التقنين الحالي (السابق) . وقد رأى المشروع من المناسب أن يسلك بشأنهما مسلك التقنينات الحديثة ، فينص صراحة على جواز كفالة الالتزام المستقبل والالتزام الشرطي . على أنه حماية للكفيل ، وهو شخص يتورط عادة دون أن يجني من وراء كفالته ربحاً ما ، قرر المشروع وجوب تحديد مبلغ معين تصح في حدوده كفالة الالتزام المستقبل، =

ويخلص من هذا النص أنه تجوز كفالة الدين الشرطي ، وتجوز كفالة الدين المستقبل .

أما كفالة الدين الشرطي فلا شك في جوازها طبقاً للقواعد العامة ، سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف [1] . فالدين المعلق على شرط فاسخ دين موجود ونافذ ، فتجوز كفالته وتكون الكفالة في هذه الحالة تابعة للدين الأصلي ، وعلى ذلك تكون هي أيضاً معلقة على شرط فاسخ . فإذا تخلف الشرط الفاسخ ، صار الدين الأصلي باتاً ، وكذلك يكون باتاً التزام الكفيل . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن ، وكذلك ينفسخ التزام الكفيل ويعتبر كأنه لم يكن .وكذلك لا شك في جواز كفالة الدين المعلق على شرط واقف ، لأنه وإن لم يكن نافذاً دين موجود . فيكفله الكفيل ، ويكون التزام كالالتزام المكفول معلقاً على شرط واقف . فإذا تخلف الشرط الواقف ، زال الدين الأصلي بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يكن . وكذلك يزول التزام الكفيل ، ويعتبر كأنه لم يكن . أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فإن الالتزام الأصلي ينفذ بأثر رجعي، وكذلك ينفذ التزام الكفيل ، فيصبح التزام كل من المدين الأصلي والتزام الكفيل نافذاً باتاً ، وتسرى في هذه الحالة أحكام الكفالة .

وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة ، وذلك باستثناء الالتزام في تركة مستقبلة فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة [2] . ومثل الدين المستقبل فتح اعتماد فتجوز كفالته ، كما تجوز كفالة الدين الاحتمالي لأنه دين مستقبل . فإذا فتح شخص اعتماداً في مصرف ، جاز أن يقدم كفيلا ضمن ما عسى أن يقبضه المدين من هذا

= كما قرر أيضاً أن كفالة الالتزام المستقبل التي لأجل غير محدد يجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الالتزام بعد . والقضاء المصري يؤيد هذا الاتجاه : أنظر على الأخص استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠ — ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٦ — والمادة ١١٣٦ في مجموعها تطابق المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ من التقنين البولوني " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤ — ص ٤٥٧) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٤٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٥٧ : يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجبا ممكن الحدوث (كضمان نزع الملكية بدعوى الاستحقاق) أو موجبا مستقبلا أو غير معين بشرط أن يكون التعيين ممكنا فيما بعد (مثل كفالة المبلغ الذي سيحكم به على شخص ما) ، ففي هذه الحالة يحدد موجب الكفيل بما يجب على المديون الأصلي . وأنظر المادة ١٠٤٤ فيما يلي في نفس الفقرة في الهامش .

(١) جيوار فقرة ٥٢ — بودري وفال فقرة ٩٥٠ — ص ٥١٠ .

(٢) بوردي وفال فقرة ٩٥٠ .

الاعتماد وبالقدر الذي يقبض ، وذلك قبل أن يقبض المدين شيئاً من الاعتماد . كذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلا بضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين ، فيكون الكفيل ضامناً لثمن البضائع التي يشتريها المدين الأصلي [1] .

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها حتى قبل أن يوجد هذا الدين . ولكن الكفيل لا يكون ملتزماً بأي مقدار من المال قبل أن يوجد الدين ، فإذا ما وجد كفله المدين بالمقدار الذي به يوجد [2] .

ولكن نص المادة ٧٧٨ مدني سالف الذكر وضع لكفالة الدين المستقبل قيدين :

(القيد الأول) يجب في الدين المستقبل أن يحدد مقدماً في عقد الكفالة مقدار الدين المكفول . فإذا كفل شخص فتح اعتماد أو ثمن بضائع لم تشتر بعد ، وجب تحديد المقدار الذي كفله الكفيل ، فيذكر مثلا في عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الاعتماد لغاية مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا . والسبب في وضع هذا القيد حماية الكفيل ، فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لما يوجد ، فلا أقل من تحديد مبلغ يكفله حتى لا يتورط في كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره [3] [1] . وقد كانت القواعد العامة تقضي ، إذا لم يوجد نص ، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره [1] .

---

(١) بودري وفال فقرة ٩٥١ ص ٥١١ — جيوار فقرة ١٨ . وكفالة المدين المستقبل قبل وجوده صحيح صحة بيع الشيء المستقبل قبل وجوده : إذ يجوز التعامل في الأشياء المستقبلة فيما عدا التركات المستقبلة (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٧ ص ٣٦ — وقارن عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٤ ص ٨٦ — ص ٨٧) .

(٢) بودري وفال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ — وتجوز كذلك كفالة دين غير معين المقدار مادام هذا الدين موجوداً فعلا وقت كفالته ، وهذا غير كفالة الدين المستقبل . وعلى ذلك تجوز كفالة ما ترتب فعلا في ذمة شخص معين دون أن يعين مقدار الدين ، بل تجوز كفالة هذا المدين دون أن يعلم الكفيل شخص الدائن، ويكون الكفيل في هذا الحالة ملتزما نحو المدين بكفالة دينه (جيوار فقرة ١٨ وفقرة ٥٨ ثالثاً — بودري وفال فقرة ٩٥١) .

(٣) وقد جاء في محاضر جلسات لجنة الأستاذ كامل صدقي في هذا الصدد ما يأتي : " قال الرئيس إنه تحسن حماية الشخص الذي يكفل في ساعة ضعفه ، إذ كثيراً ما يحصل في مصر أن يكفل الشخص قريباً له أو تكفل الزوجة زوجها . وهذه الحماية ادعى في حالة الزوجة الموسرة الأمية التي تساق إلى كفالة زوجها ، هذا فضلا عن أن تحديد مقدار الدين المكفول كشرط لصحة الكفالة مأخوذ به في كثير من التقنينات الحديثة كما هو الحال في سويسرا حيث الشعب على حظ وفير من الثقافة والمعرفة وفي وسعة حماية نفسه " . وقال عضو آخر : " إن من بين التقنينات ما أجاز تقديم كفالة ضماناً لدين غير محدد المقدار ، كما أن من بينها ما لم يقرر ذلك . ولا ضير من الاعتراف بصحة كفالة التزام يمكن تحديد مقداره فيما بعد " . وعقب أحد الأعضاء : " بأن النص الذي أخذ به المشروع الفرنسي الإيطالي للالتزام والعقود يقرر صحة كفالة دين غير محدد المقدار ، بينما يعلق قانون الاتحاد السويسري صحة الكفالة على بيان مقدار الدين " . فقال الرئيس: =

(القيد الثاني) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدني سالفة الذكر من أنه " إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " . فإذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته ، لم يجز له أن يرجع في الكفالة طوال هذه المدة ، ووجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلي متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلي في خلال هذه المدة . أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ، أو عين مدة وانقضت قبل نشوء الدين المستقبل وتحققه فعلا ، فإن للكفيل أن يرجع في الكفالة مادام الدين المكفول لم ينشأ . فإذا نشأ الدين المكفول ، سواء في حالة عدم تعيين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل في خلالها عن كفالته ، أو في حالة تعيين مدة نشأ في خلالها الدين

– " إن من الممكن إزاء هذين الرأيين المتعارضين إيجاد حل وسط يسمح بشمول الكفيل بقسط من الحماية، واقترح أن تجعل صحة الكفالة رهناً ببيان مقدار الدين إذا ما تعلق الأمر بالتزام مستقبل أو بالتزام بعمل شيء " . وقد وافقت اللجنة على اقتراح الرئيس بأغلبية الأصوات . ثم انتقلت اللجنة إلى مناقشة النص فاقترح الأخذ بالحكم الوارد في المادة ٦٢٧ من القانون البولوني ... مضافاً (إليه) نص المادة ٦٢٨ من نفس التقنين ... فوافقت اللجنة على الأخذ بنص المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٤ – ص ٤٥٥ في الهامش) .

(1) أ – تجوز كفالة الدين المستقبل طبقاً لأحكام القانون المدني القديم الذي نشأ الالتزام بالكفالة موضوع النزاع في ظله ، ولو لم يتعين موضوع هذه الكفالة مقدماً ، مادام تعيينه ممكناً فيما بعد .

(جلسة ١٩٧٢/٥/٩ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٨١٩) .

ب – إذا عيّن الكفيل في الالتزام المستقبل مدة الكفالة ، فإنه يكون ضامناً لما ينشأ في ذمة المدين من التزامات خلال هذه المدة بشرط ألا تجاوز هذه الالتزامات الحد الأقصى المتفق على كفالته ، وإذا كان الطاعن الثاني قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه ضمن الديون التي تنشأ في ذمة الطاعن الأول حتى تاريخ معين وفي حدود مبلغ معين كما هو ثابت من عقد الكفالة المعقود بينه وبين البنك المطعون ضده، وأن الطاعن الأول قد ورد للبنك خلال تلك المدة أقساطاً تزيد قيمتها على المبلغ المكفول فبرئت ذمته بذلك من هذا المبلغ ، وكان الحكم المطعون فيه لم يحقق هذا الدفاع الجوهري أو يرد عليه ، فإن يكون معيباً قاصر البيان .

(جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ الطعن رقم ٣١ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ١٣٤٥) .

ج – كفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجاري هي كفالة لدين مستقبل لا يتعين مقداره إلا عند قفل الحساب وتصفيته واستخراج الرصيد ، ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة – وفقاً للمادة ٧٧٨ من القانون المدني – إلا إذا حدد الطرفان مقدماً في عقد الكفالة قدر الدين الذي يضمنه الكفيل ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر في قضائه وانتهى إلى أن العقد المبرم بين الطرفين قد تضمن كفالة المدين في التوريد في حدود المبلغ الذي تسلمه وقد ورد المدين أقطانا تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، ولم يتضمن العقد تحديداً لأي مبلغ يكفله المطعون ضده عن رصيد الحساب الجاري للعمليات الأخرى مما يجعله غير مسئول عن كفالة هذا الرصيد فأنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه .

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٤٠ ق س ٢٧ ص ٦٣٧) .

(١) لوران ٢٦ فقرة ٧٨ – ترولون ٥٠ – جيوار فقرة ١٨ وفقرة ٥٢ – بودري وفال فقرة ٩٥١ .

المكفول ، فإن الكفيل عندئذ لا يستطيع الرجوع في الكفالة وتصبح ملزمة له . وقد كانت القواعد العامة تقضي ، لولا وجود نص الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدني سالف الذكر ، بأن الكفيل لا يستطيع الرجوع في الكفالة ويبقى ملتزماً بها حتى قبل نشـــوء الديـــن المستقبل [١] ، مادام لم يعين وقتاً لقيام كفالته وينقضي هذا الوقت قبل نشوء الدين [١] .

هذا وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نصين يعتبران من تطبيقات كفالة المدين المستقبل . فكانت المادة ١١٣٧ من هذا المشروع تنص على أن " الوكالة في إقراض شخص آخر تعتبر كفالة لالتزام مستقبل ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك " . وكانت المادة ١١٣٧ مكررة من المشروع تنص على ما يأتي : " وفي الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة ، يبرأ الكفيل إذا كان الدائن وقت نشوء الالتزام يعلم ، أو كان يستطيع أن يعلم ، أن حالة المدين المكفول قد أصبحت بالغة السوء ، ولم يكن قد حصل على الكفيل على ما يؤكد كفالته " [٢] . ويوضح هذين النصين ما يقابلهما من النصوص في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي التقنين المدني الألماني . فقد جاء في المادتين ٧٠٨ و ٧٠٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي أنه " إذا وكل شخص غيره في فتح اعتماد لشخص ثالث والتزم الموكل إزاء الوكيل شخصاً ، اعتبر كفيلا في دين مستقبل . ومتى أعطى هذا التوكيل وقبل ، فلا يجوز الرجوع كما لا يجوز التنازل عنه إلا برضاء الطرفين. وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل إذا كان الدائن

---

(١) وهذا هو الرأي المأخوذ به في القانون المدني الفرنسي (لوران ٢٨ فقرة ١٣١ – جيوار فقرة ٥٣ – بودري وفال فقرة ٩٥٠ ص ٥١٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٦ – بلانيول وريبير بولانجيه ٢ فقرة ١٩٩٢ – أنسيكلوبيدي داللوز ١.لفظ cautionnement فقرة ٢٤ .

(1) لا يقبل من ورثة الكفيل قولهم أنهم عدلوا عن كفالة مورثهم للربح المطالب به باعتباره دينا مستقبلا ، لأن الثابت من الحكم المطعون فيه ، إن هذا الدين كان قد نشأ واستحق قبل رفع الدعوى به ، بما ينفي عن كفالته أنها عن دين مستقبل وقت ذلك العدول .
(جلسة ١٩٧٢/٥/٩ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٨١٩) .

(٢) وقد اقتبس هذان النصان من التقنين البولوني (م ٦٢٩ و ٦٣٠) . وجاء التقنين الألماني (م ٧٧٨) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٧٠٨ و ٧٠٩) بأحكام مماثلة (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٥ في الهامش) .
ونصت المادة ١٠٥٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن " من كلف شخصاً فتح اعتماد مالي لشخص ثالث ، آخذاً نفسه أن يكون مسئولا عنه ، يلزم بصفة كونه كفيلا بالموجبات التي عقدها الشخص الثالث على قدر القيمة التي عينها له – وإذا لم يعين الكفيل قيمةً ما كان مسئولا إلى الحد المعقول الذي يتفق مع حالة الشخص الذي فتح له الاعتماد – ويصح الرجوع عن الالتزام المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة ، مادام الشخص الذي كلف فتح الاعتماد لم يشرع في تنفيذه . ولا يصح إثبات هذا الالتزام إلا خطاً " .

يعلم أو في وسعه أن يعلم ، وقت نشوء الالتزام المكفول ، أن مركز المدين كان سيئاً وأنه لم يحصل على إذن الكفيل" . وجاء في المادة ٧٧٨ من التقنين المدني الألماني : " من وكل غيره في فتح اعتماد لثالث باسمه ولحسابه ، يسأل ككفيل قبل الوكيل عن التزام الشخص الثالث الناتج من فتح الاعتماد " . ومعنى كلمة " توكيل " الواردة في هذه النصوص هو " إعطاء تعليمات أو أوامر " . ولما عرض نصا المشروع التمهيدي على لجنة المراجعة ، رأت هذه اللجنة حذفهما " اكتفاء بتطبيق القواعد العامة " [١] .

٢٣ – كفالة الالتزام الطبيعي : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص هو المادة ١١٣٥ مكررة ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " تجوز كفالة الالتزام الطبيعي مادام غير مخالف للنظام العام أو الآداب " . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة " حذفها وترك الحكم في موضوعها للقواعد العامة لأن حكمها محل خلاف " [٢] . وهو ثانياً قد ورد ما يناقضه في نفس المشروع التمهيدي فقد تضمن هذا المشروع نصاً صريحاً في عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه " لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية ، مادام التزاما طبيعياً " [٣] . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة " لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في الكفالة " [٤] .

والرأي الذي اخترناه عند الكلام في الالتزام الطبيعي هو أنه لا تجرى كفالة هذا الالتزام ، إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الالتزام الطبيعي المكفول . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٥٥ – ص ٤٥٧ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٤ في الهامش .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : "وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة عينية أو شخصية – أنظر عكس ذلك المادة ٥٥٢ من التقنين الأرجنتيني – ما بقي في نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع ، فلا يجوز ، والحالة هذه ، أن تكون أفعل أثراً من الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس في هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلا لا تابعاً . وصفوة القول أن كفالة الالتزام الطبيعي لا تصح إلا إذا اعترف به ، وألحق تفريعاً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) ومما هو جديد بالذكر أن القانون الروماني يجيز كفالة الالتزام الطبيعي كما يجيز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع في القانون الحديث "(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش ١ .

على المدين الأصلي ، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز [1] .

وقد قدمنا أن من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص أهليته كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول . وليس في هذا كفالة لالتزام طبيعي كما يذهب بعض الفقهاء في فرنسا (بودري وفال فقرة ٩٤٦) ، وليس من كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بكفيل أصلا ، بل هو مدين أصلي تحت شرط واقف هو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه ويتمسك بنقص أهليته [2] .

وسبق أن قررنا في الجزء الثاني من الوسيط ، في صدد كفالة الالتزام الطبيعي ، ما يأتي : " على أنه يجوز أن يكفل الكفيل وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٢ مدني) وسيتحقق هذا الغرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ١/٧٨٢ مدني) ، ومنها الدفع بنقص الأهلية ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده. فإن كان الذي وفى التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً ، لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذي وفى التزامه مختاراً هو الكفيل ، فقد

---

(١) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ — وأنظر لوران ١٧ فقرة ٢٨ وفقرة ١٤١ — فقرة ١٤٢ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ وهامش ٥ — جوسران ٢ فقرة ٧١٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٩٢٣ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندييير ٢ فقرة ١٣٩٣ — بيدان وڤواران فقرة ٨٥ — محمد كامل مرسي فقرة ٤٠ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٥ — سليمان مرقس فقرة ٣١ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ — وأنظر عكس ذلك وأن تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ويكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً : بودري وفال فقرة ٩٤٧ — پون ٢ فقرة ٣٦ وما بعدها — لاروميير م ١٢٣٥ فقرة ١٠ — كولميه دي ناسنتير ٥ فقرة ١٧٤ مكررة ٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٧ (ولكنه لا يجيز للكفيل إذا وفى الالتزام الطبيعي المكفول أن يرجع على المدين بهذا الالتزام الطبيعي ، فهو يفترض إذن أن الكفيل قد كفل باعتباره مديناً أصلياً ديناً طبيعياً وهو على علم بذلك) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة يترتب بموجبها في ذمة الكفيل التزام مدني (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١ في آخرها .

قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبيعي كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر " [1] .

§ ٢ – الالتزام الأصلي المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل

٢٤ – تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول : قدمنا [2] أن الكفالة عقد تابع ، وأن التزام الكفيل يعتبر حتماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي .ورتبنا على ذلك أن التزام الكفيل يكون ، مثل الالتزام المكفول ، منجزاً أو معلقاً على شرط أو مقترنا بأجل ، منتجاً لفوائد بنفس السعر أو غير منتج لها ، صحيحاً أو باطلا أو قابلا للإبطال ، قائماً أو منقضيا ، قابلا للفسخ أو غير قابل ، ويدفع كقاعدة عامة بنفس الدفوع التي يدفع بها الالتزام المكفول .

ونقف هنا عند أمور ثلاثة تتفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول ، وعن أن هذا الالتزام الأخير هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل : (١) التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون . (٢) شمول الكفالة لملحقات الالتزام المكفول . (٣) كفالة الالتزام التجارى تعتبر مع ذلك عملا مدنياً فيما عدا استثناءات معينة .

٢٥ – التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون – نص قانوني : تنص المادة ٧٨٠ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول " .

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ – أما إذا انقلب الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به ، فإنه يجوز كفالته بالتزام مدني شأنه في ذلك شأن التزام مدني آخر ، ويعد وعداً ضمنياً بوفاء التزام طبيعي أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهنا أو كفالة عينية (الوسيط ٢ فقرة ٤٠٣ هامش ٣ – بلانيول وريبير ودروان ٧ فقرة ٩٩٥ – فقرة ٩٩٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣ .

" ٢ — ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل ، وبشروط أهون " [1] .

ويخلص من هذا النص أن الالتزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل ، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ، فإذا كان أشد أو أصبح أشد فإنه لا

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — لا يصح أن تجاوز الكفالة ما هو مستحق في ذمة المدين ، ولا أن تعقد بشروط أشد . ٢ — ولكن تجوز الكفالة في جزء من الدين ، أو بشروط أخف . ٣ — ولا تكون الكفالة التي تعقد بشروط أشد صحيحة إلا في حدود الالتزام الأصلي " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية ، وعدلت صياغة الفقرتين الأولى والثانية بما يجعل المعنى أكثر وضوحاً، فصار النص ، تحت رقم ٨٤٩ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦١ — ص ٤٦٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص نص هذا المشروع : " يطابق النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو يقرر الأحكام ذاتها الواردة بالمادة ٦٠٦/٤٩٧ من التقنين الحالي (السابق) . ولكن يزيد عليها أن للكفالة التي تعقد بمبلغ أكبر من الدين ، أو بشروط أشد من شروطه ، تكون صحيحة في حدود الالتزام الأصلي . وهذا الحكم الأخير المعمول به في ظل التقنين الحالي (السابق) رغم عدم النص عليه . وهذه الأحكام جميعاً ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصيل حتى يضمن بذلك حقه في الرجوع بكل ما دفعه على المدين . وكان من الجائز الاستغناء عن النص كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني والتقنين السويسري ، لولا أننا فضلنا الإبقاء عليه لما قد يترتب على إغفاله من تفسير غير صحيح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٢ — ٤٦٣) .

ويقابل النص في التقنين السابق المادة ٦٠٦/٤٩٧ — ٦٠٧ : " لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ أكثر من المبلغ المطلوب من المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول به . ولكن يجوز أن تكون الكفالة بمبلغ أقل من الدين ، وبشروط أخف من شروطه " .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠١٣ : ١ — إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد ، تأجل على الكفيل أيضاً . ٢ — وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل ، وإن أحله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني ولا يتأجل على الأصيل .

م ١٠١٤ : إذا تكفل الكفيل كالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل . إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، ففي هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٤ : لا يمكن أن تتجاوز الكفالة ما هو واجب على المديون الأصلي ، إلا فيما يختص بالأجل .

م ١٠٦٥ : يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أي أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين . ويجوز أن تعقد على قسم من الدين فقط ، أو على شروط أخف عبئاً .

يكون باطلا ولكن يجب إنقاضه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول . ويجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من التزام المكفول .

فلا يجوز أولا أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول . وعلى ذلك لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلي . فإذا كان المستحق على هذا المدين ألفاً ، لم تجز كفالته في ألف ومائتين مثلا . وإذا كان الدين الأصلي لا ينتج فوائد ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد ما . وإذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسعر معين ، لم يجز أن تكون الفوائد على التزام الكفيل بسعر أعلى . وإذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسيطة، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة [١] . وعلى ذلك أيضاً لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول [٢] ، ولا توفية التزام الكفيل في مكان أبعد أو أشد مشقة م المكان الذي يوفى فيه الالتزام المكفول [٣] . وإذا كان الالتزام المكفول معلقاً على شرط ، لم يجز أن يكون التزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط [٤] . وإذا كان الدين الأصلي مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً ، وإذا أجل الدائن المدين على الأصيل تأجل على الكفيل (م ١٠١٣ مدني عراقي) . وإذا كان الدين الأصلي ديناً طبيعياً لم يجز أن يكون التزام الكفيل مدنياً ، بل يجب أن يكون التزاماً طبيعياً كالالتزام المكفول [٥] . ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول من ناحية إذا كان أخف منه من ناحية أخرى ، فيجوز أن يكون التزام الكفيل منتجاً لفوائد إذا حصل الكفيل على أجل أطول من أجل الالتزام المكفول [٦] . ولكن لما كان يصعب موازنة التزام الكفيل بالالتزام المكفول ومعرفة أيهما أشد ، فإن الأفضل الأخذ بالرأي الآخر والقول بأن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول في أية ناحية من نواحيه [٧] . ولكن يجوز ، مادام التزام الكفيل ليس اشد من الالتزام المكفول ، أن يكون التزام الكفيل مضموناً برهن مثلا حتى لو كان الالتزام المكفول ديناً عادياً غير مضمون

---

(١) جيوار فقرة ٦٢ — بودري وفال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٩ .

(٣) جيوار فقرة ٩٣ — بودري وفال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٤) جيوار فقرة ٦٤ — بودري وفال فقرة ٩٦٤ ص ٥١٦ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٣ .

(٦) ترولون فقرة ١٠١ — برنسو ٩٥ — جيوار فقرة ٦٢ .

(٧) وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز أن يشترط على الكفيل فوائد مركبة إذا كانت ا لفوائد على المدين الأصلي بسيطة ، ولو كان ذلك في مقابل إعطاء أجل أطول للكفيل (نقض فرنسي ٢ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ — ١ — ٢٣٣ — بودري وفال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٧) .

برهن ولا بكفـــالة عينية [1] . وإذا كان التزام الكفيل مماثلا للالتزام المكفول ، ولكن الدائن بعد ذلك خفف من الالتزام المكفول كأن أطال أجله أو قرنه بشرط أو نزل عن جزء منه ، فإن التزام الكفيل يخف بالقدر الذي خفف به الالتزام المكفول .

وإذا كان التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل ، بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول [2] . وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٧٨٠ يتضمن فقرة ثالثة في هذا المعنى تنص على ألا تكون " الكفالة التي تجاوز الدين المكفول ، أو التي تعقد بشروط أشد ، صحيحة إلا في حدود الالتزام الأصلي " ، فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة " لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية " [3] . فإذ كان المستحق على المدين الأصلي ألفاً ، وكفله الكفيل في ألف ومائتين ، أنقص التزام الكفيل إلى ألف . وإذا كان التزام الكفيل ينتج فوائد في حين أن التزام الأصيل لا ينتجها ، كان التزام الكفيل بدفع الفوائد دون التزامه بدفع أصل الدين هو الباطل . وإذا التزم الكفيل بدفع فوائد بسعر أعلى ، أنزلت الفوائد إلى السعر الذي التزم به المدين الأصلي . وإذا التزم المدين الأصلي بدفع فوائد بسيطة والتزم الكفيل بدفع فوائد مركبة ، لم يدفع الكفيل إلا فوائد بسيطة كالمدين الأصلي . وإذا التزم الكفيل لأجل أقرب، مد الأجل ليكون مساوياً لأجل المدين الأصلي. وهكذا .

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ، فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون . فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي في جزء من الدين ، أو في الدين دون فوائده وملحقاته [4] ، أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين [5] أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلي . وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، كان التزام الكفيل مؤجلا دون الالتزام المكفول .ويجوز أن يعلق الكفيل التزامه على

---

(١) جيوار فقرة ١٤ وفقرة ٦٤ – وبرانتون ١٨ فقرة ٣١١ وما بعدها – ترولون فقرة ١٠٨ وما بعدها – بون ٢ فقرة ٧٨ – لوران ٢٨ فقرة ١٦٢ – بودري وفال فقرة ٩٦٦ ص ٥١٨ .

(٢) يظهر أن القانون الروماني كان يقضي ببطلان التزام الكفيل كله ، إذا كان أشد من الالتزام المكفول ، أما القانون الفرنسي القديم فكان يقضي بإنقاص التزام الكفيل (بوتييه فقرة ٣٧٥ – بودري وفال فقرة ٩٦٩) .

(٣) أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٤) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ .

(٥) ويبت قاضي الموضوع فيما إذا كان المتعاقدان في عقد الكفالة قد قصدا أن تشمل الكفالة الفوائد والمصروفات أو لا تشملها ، مفسراً في ذلك إرادة المتعاقدين (أوبري ورو ٦ فقرة ٢٤٦ ص ٢٢٤ – بودري وفال فقرة ٩٩٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٢) .

شرط ، في حين أن الالتزام المكفول يكون منجزاً غير معلق على شرط [١] . ويجوز أن يشترط الكفيل أن يكون الوفاء بالتزامه في موطنه ، في حين أن الوفاء بالالتزام المكفول يكون في مكان أبعد أو أكثر مشقة . كما يجوز أ، يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلي إذا شهر إفلاس هذا الأخير [٢] ، وعند ذلك تنظر محكمة الموضوع فيما إذا كان إلغاء الحكم بشهر الإفلاس في الاستئناف من شأنه أن يعيد الكفالة . فيما إذا كانت التسوية القضائية تماثل شهر الإفلاس فتكون هي أيضاً شرطاً فاسخاً لالتزام الكفيل [٣] . ويجوز كذلك أن يعلق الكفيل كفالته على منح الدائن للمدين أجلا للوفاء [٤] ، أو على وجود ضمانات أخرى للدين غير الكفالة ، أو على استعمال المدين للدين استعمالا معيناً أو لغرض معين [٥]. فإذا لم يتحقق الشرط في الأحوال المتقدمة ، زالت الكفالة [٦] .

٢٦ – شمول الكفالة لملحقات الالتزام المكفول – نص قانوني : تنص المادة ٧٨١ مدني على ما يأتي :

" إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد أخطار الكفيل " [٧] .

---

(١) ويجوز للكفيل أن يؤجل الوفاء بالتزامه إل وقت موته ، فلا تلتزم في هذه الحالة إلا تركته (نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٠٣) . ويجوز أن يقرن التزامه بأجل ، أو أن يجعل كفالته مقصورة على الديون المعقودة في خلال أجل معين (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣) .

(٢) بواتييه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ – ٢ – ٤٠٥ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٤) ليون ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٥٠ – ٢ – ٢١ .

(٥) نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٤٨ .

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٣٣ ص ٩٨٣ .

(٧) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٤ – ص ٤٦٦) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : " تنص المادة ٦٠٨/٤٩٨ من التقنين الحالي (السابق) على أنه في حالة عدم وجود شرط صريح لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين، ولا توجب التضامن . ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التي لا تشملها الكفالة ، وأن يفتح بذلك مجالا للشك والخلاف بشأنها ، مع أن التقنين الفرنسي تعرض لها صراحة (م ٢٠١٦) ، كما أن الثابت بإجماع الفقه والقضاء (أنظر على الأخص استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٦٥ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٤ ص ٧٨ – أول أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣) أن المشرع المصري =

ويفترض هذا النص أن الكفيل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقـــص أو زيادة [1] ، وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل كان مسكوتاً عنها ، ويراد تحديد مدى التزام الكفيل . ولا شك في أن التزام الكفيل في هذه الحالة مماثل للالتزام المكفول ، مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول . وكما أن الالتزام المكفول يشمل ملحقاته ، كذلك يشملها التزام الكفيل ، فيشمل فوائد الدين [2] ، والتعويض عن عدم التنفيذ [1] ومسئولية المدين العقدية . فمن كفل المستأجر

= لم يقصد استبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل، وهي التي يدخلها جميعاً التقنين الفرنسي (م ٢٠١٦) صراحة في نطاق الكفالة. وكأن المشرع المصري إذن حين نص ف يا لمادة ٦٠٨/٤٩٨ على أن الكفالة لا تمتد إلى توابع الدين ، إنما قصد حالة الدين المؤجل الذي يذكر مقداره في العقد ، فإن كفالته لا تشمل الفوائد في المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا اشترط ذلك (راجع استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧) . ولكن هذا الفرض نادر في العمل ، لأنه قلما يغفل سند الدين عن اشتراط الفوائد . أما نص الفقرة الثانية من المادة ٦٠٨/٤٩٨ مصري فلا صلة له مطلقاً بفقرتها الأولى ، إذ هو يعرض للكفالة التضامنية ، وليس هنا محل الكلام عنها . لذلك فضل المشروع أن ينقل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي . ويمتاز هذا النص بأنه فضلا عن تحديده للملحقات ، يدخلها ضمن الكفالة . وهو الحكم الواجب الأخذ به كما رأينا . كذلك يعنينا النص الجديد في الوقت نفسه من المادة ٦٠٩/٤٩٩ من التقنين الحالي (السابق) ، لأن الكفالة القضائية سير الكلام عنها في باب الكفالة التضامنية على العموم " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٥) .

ويقابل هذا النص في التقنين المسابق المادة ٦٠٨/٤٩٨ : في حالة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٤٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبـــي : م ٩٩٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠١٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٦ : إذا لم تكن الكفالة محددة صراحة بمبلغ العين أو بجزء معلوم من الدين فإن الكفيل بضمن أيضاً بدل العطل والضرر والمصاريف التي حكم بها على المدين الأصلي لعدم تنفيذه الموجب . ولا يكون الكفيل مسئولا عن الموجبات الجديدة التي عقدها المديون الأصلي بعد إنشاء الالتزام المكفول . غير أن إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ كل ما التزمه المديون بسبب العقد ، كان مسئولا كالمديون الأصلي عن جميع الموجبات التي يمكن أن يكون لهذا المديون مسئولا عنه بمقتضى العقد .

(١) أو كفل الالتزامات الناشئة عن عقد معين . وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦٦ لبناني على أنه " إذا كان الكفيل قد كفل صراحة تنفيذ ما التزمه المديون بسبب العقد ، كان مسئولا كالمدين الأصلي عن جميع الموجبات التي يمكن أن يكون هذا المديون مسئولا عنها بمقتضى العقد" .

(٢) ويضمن الكفيل فوائد الدين حتى لو شهر إفلاس المدين الأصلي ، فإن شهر الإفلاس لا يوقف إلا الفوائد لدائني التفليسة (بلانيول وريبر وسافاتييه فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥) .

مثلا في عبارات عامة دون قيد ، كفل ما يكون مستحقاً على المستأجر من الأجرة ومن تعويض ، ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة [٢] ، ولكن لا يشمل التزامات المستأجر بعد تجديد عقد الإيجار إلا بشرط صريح [٣] . ومن كفل حساباً جارياً ، كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابلة للتجزئة [٤] .

أما المصروفات فيضمنها الكفيل على الوجه الآتي : لما كان الدائن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الأصلي بالدين ، فمصروفات هذه المطالبة الأولى يضمنها الكفيل على كل حال . وما يتلو بعد ذلك من المصروفات لا يضمنها الكفيل ، إلا إذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبته للمدين المطالبة الأولى [٥] . على أن المصروفات التي يضمنها الكفيل يجب ألا يكون مبالغا فيها ، وأن يكون الدائن لم يسرف فيها ، أما إذا كان الإسراف راجعاً إلى عمل المدين فإن الكفيل يضمنها [٦] . ويضمن الكفيل كذلك الالتزامات الإضافية التي يضعها قانون جديد صدر بعد الكفالة على عاتق المدين [٧] .

ويضمن الكفيل مسئولية المدين العقدية ، حتى في حالة فسخ العقد ، وحتى في حالة مسئولية المدين العقدية عن الغير ، وحتى لو كان التعويض عن المسئولية محدداً في شرط جزائي ، وقد رأينا تطبيقاً لكفالة مسئولية المدين العقدية في كفالة مسئولية المستأجر عن الحريق [٨] .

ولكن الكفيل لا يضمن مسئولية المدين التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح ، ومن باب أولى لا يضمن مسئولية الغير التقصيرية [٩] . على أن الكفيل لممول يضمن لمصلحة الضرائب ، فوق المستحق على الممول ، الغرامات التي توقع على هذا الأخير للغش [١٠] .

---

(١) م ١٠٦٦ لبناني — بودري وفال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٢) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ — بلانيول وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨١ هامش ٧ .

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ — بودري وفال فقرة ٩٩٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٤) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ .

(٥) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ — بودري وفال فقرة ٩٩٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ .

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ وهامش ١ — بوردو ١٩ يوليو سنة ١٨٤٩ داللوز ١٨٥٠ — ٢ — ٥٩ .

(٧) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨١ — كولمار ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ — ٢ — ٩٦ .

(٨) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ .

(٩) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ .

(١٠) بودري وفال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

ويضمن الكفيل كذلك فوائد التأخير ، إذا تأخر المدين عن دفع المستحق في ذمته [1] . ويضمن الكفيل لفتح اعتماد إلى حد معين هذا الحد وملحقاته ، ويدخل في ذلك السمسرة (commissions) التي تعتبر من ملحقات فتح الاعتماد [2] . كما يدخل ضمن الملحقات ، فيضمنها الكفيل ، مصروفات عقد الدين التي قدمها الدائن ، كمصروفات كتابة العقد وأتعاب المحاماة والتسجيل أو التصديق على الإمضاء بحسب الأحوال [3] .

ولكن لا يضمن الكفيل الالتزامات التي نشأت عن سبب غير العقد المكفول ، فلا يضمن التعويض عن الضرر الذي أحدثه الشيء المرهون رهن حيازة ، ولا الغرامات التي تدفع على المحاسب الذي ضمنه الكفيل [4] ، ولا الالتزامات التي عقدها المدين الأصلي بعد إنشاء الالتزام المكفول (م ١٠٦٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني) .

٢٧ – كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا فيما عدا استثناءات معينة – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنياً ، ولو كان الكفيل تاجراً " .

" ٢ – على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً ، أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائماً عملا تجارياً " [5] .

---

(١) جيوار فقرة ٧٥ – بوردي وفال فقرة ٩٩٦ مكررة ص ٥٣٥ .

(٢) بوردي وفال فقرة ٩٩٧ .

(٣) بوردي وفال فقرة ١٠٠٠ – وإذا زور المدين عقد الكفالة ، فرفع الرقم الذي كفله الكفيل ، لم يكن الكفيل ملزماً ، حتى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، إلا في حدود الرقم المكفول (نقض فرنسي ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٨ – ١ – ٣٢٧ – بودري وفال فقرة ١٠٠٢) .

(٤) جيوار فقرة ٨٠ – برن ٢ فقرة ١٠٩ – بودري وفال فقرة ١٠٠٣ .

(٥) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، على أنه عرض على لجنة الأستاذ كامل صدقي فقررت اللجنة حذفه . ولكن لجنة المراجعة أضافت النص المحذوف إلى المشروع النهائي تحت رقم ٨٤٨ ، لأن المسألة التي يعرض لها النص " محل خلاف في القضاء وتستدعي المصلحة حسم هذا الخلاف بنص تشريعي " . ووافق مجلس النواب تحت رقم ٨٤٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٥٨ – ص ٤٦١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٤٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠١٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل .

ويخلص من النص المتقدم أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملا مدنياً . وتبقى الكفالة عملا مدنياً ، بالنسبة إلى الكفيل [1] ، حتى لو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً، وذلك استثناء من القاعدة التي تقضي بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول فكان الواجب أن يكون التزام الكفيل التزاماً تجارياً كالالتزام المكفول . بل تبقى الكفالة عملا مدنياً ، حتى لو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً ، وكان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً أيضاً . وهذا ما أجمع عليه القضاء والفقه في فرنسا ، والسبب في ذلك أن العمل التجاري يجب أن يكون قائماً على فكرة المضاربة (speculation) ، والأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجاري بل بعمل مدني [2] . وتظهر أهمية أن الكفالة هي في الأصل عمل مدني من جانب الكفيل في الاختصاص فتكون المحكمة المدنية هي المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه ، وفي الإثبات فتثبت الكفالة بالنسبة إلى الكفيل بالطرق المدنية في الإثبات فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان التزام الكفيل أكثر من خمسمائة جنيه ، وفي سعر الفائدة فتحسب الفوائد التأخيرية على الكفيل بالسعر المدني (٤ %) لا بالسعر التجاري (٥ %) [3] [1] .

---

(١) ولكنها تعتبر عملا تجاريا بالنسبة إلى الدائن إذا كان حقه تجاريا (نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٧٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٦ — ١ — ٢٨٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

(٢) نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٥ — ١ — ٤٥٩ — ١٦ مايو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ — ١ — ٢٠٩ — ١٣ أغسطس سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤ — ١ — ٧٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ — ١ — ٤٣٣ — ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٧٨ — بون ٢ فقرة ٨١ — لوران ٢٨ فقرة ١٦٥ — ليون كان ورينو في القانون التجاري ١ فقرة ١٨٢ — جيوار فقرة ١٦ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧٠ — بودري وفال فقرة ١١٩٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ .

(٣) وهنا رأي في الفقه الفرنسي (بون ٢ فقرة ٨١ — لوران ٢٨ فقرة ١٦٦ — جيوار فقرة ١٦) يذهب إلى أن الكفالة تكون تجارية إذا كان ا لكفيل له مصلحة فيها ، ولكن هذا الرأي لم يسد إذ أن العبرة ليست بمجرد المصلحة بل بالمصلحة التجارية (بودري وفال فقرة ١١٩٨ ص ٦٣٠) .

(1) النص في المادة ١/٧٧٩ من القانون المدني على أنه " كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنياً ، ولو كان الكفيل تاجراً ، على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملا تجارياً " ، يدل على أن الأصل في الكفالة أن تعتبر عملا مدنياً وتبقى الكفالة عملا مدنيا بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً وذلك استثناء من القاعدة التي تنص بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول لأن الأصل في الكفالة أن يكون الكفيل متبوعاً لا مضارباً فهو إذن لا يقوم بعمل تجاري بل بعمل مدني .
(جلسة ١٩٨١/٣/٢ الطعن رقم ١٠٤١ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٧٣٧) .

والنص سالف الذكر (م ٧٧٩ مدني) لم يورد إلا استثنائين للقاعدة التي تقضي بأن الأصل في الكفالة أن تكون عملا مدنياً ، فتكون الكفالة تجارية في القانون في الحالتين الآتيتين :

(أولا) إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً (aval). والأوراق التجارية هي الكمبيالة والسند الإذني والشيك . ونصوص التقنين التجاري في هذه المسألة ، وهي لا تسرى فحسب على الكمبيالة بل أيضاً على السند الإذني والشيك ، هي :

(١) المادة ٤١٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وتنص على أن " ١ – يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن احتياطي. ٢ – ويكون هذا الضامن من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة . وتقضي المادة ٤١٩ بأن " ١ – يكتب الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو أو على وصله . ٢ – ويؤدي الضمان بعبارة " للضمان الاحتياطي " أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ويوقعه الضامن . ٣ – ويستفاد هذا الضمان من مجرد توقيع الضامن على صدر الكمبيالة ما لم يكن هذا التوقيع صادرا من المسحوب عليه أو من الساحب . ٤ – يذكر في الضمان اسم المضمون ، وإلا اعتبر الضمان حاصلا للساحب " . وتنص المادة ٤٢٠ على أن " ١ – يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون . ٢ – ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل . ٣ – وإذا أوفى الضامن الاحتياطي الكمبيالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل كل ملتزم بمقتضى الكمبيالة تجاه المضمون " .

وتقضي المادة ٤٧٠ من قانون التجارة الجديد بأن تسرى على السند لأمر أحكام الكمبيالة ؛ بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته ، وتسرى بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية ..... الضمان الاحتياطي مع مراعاة أنه إذا لم يذكر في صيغة الضمان اسم الملتزم المضمون اعتبر الضمان حاصلا لمصلحة محرر السند .

وتنص المادة ٥٠٠ من قانون التجارة على أنه " ١ – يجوز ضمان الوفاء بقيمة الشيك كلها أو بعضها من ضامن احتياطي .

(٢) ويجوز أن يقدم هذا الضمان من الغير عدا المسحوب عليه ، كما يجوز تقديمه من أحد الموقعين على الشيك " . وتقضي المادة ٥٠١ بأن " ١ – يكتب الضمان الاحتياطي على الشيك . ٢ – ويؤدي الضمان بعبارة " للضمان الاحتياطي " أو بأية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى ، ويوقعه الضامن . ٣ – ويستفاد الضمان الاحتياطي من مجرد توقيع الضامن على

صدر الشيك . ٤ – ويذكر في الضمان الاحتياطي اسم المضمون وإلا اعتبر الضامن حاصلا للساحب " . وتنص المادة ٥٠٢ على أن " ١ – يلتزم الضمان الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون . ٢ – ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل " .

(٣) وإذا أوفى الضمان الاحتياطي قيمة الشيك آلت إليه الحقوق الناشئة عنه قبل المضمون وكل ملتزم بموجب الشيك قبل هذا المضمون " .

ولا حاجة إلى شرح هذه النصوص ، فهذا من مباحث القانون التجاري . ويكفي هنا أن نقول إن التزام الضامن الاحتياطي (aval) ، وهو كفيل للساحب أو للمحيل ، يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً .

(ثانياً) إذا كان الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) ، الأوراق التجارية ، وذلك في تحويل الأوراق التجارية الإذنية . ونصوص التقنين التجاري في هذه المسألة ، وهي لا تسرى فحسب على الكمبيالة بل أيضاً على السند الإذني والشيك ، هي : (١) م ١/٣٩١ تجاري ، وتنص على أن " كل كمبيالة ولو لم يصرح فيها أنها مسحوبة للأمر تتداول بالتظهير" . (٢) مادة ٢/٣٩٥ تجاري ، وتنص على أن " يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفاءها ما لم يشترط غير ذلك ، وتنص المادة ٤٧٠ تجاري على أن تسرى على السند لأمر أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته .

ولا حاجة هنا أيضاً إلى شرح هذه النصوص، فهذا من مباحث القانون التجاري. ويكفي هنا أن نقول إن الورقة التجارية الإذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل ، والتحويل يتم بالتظهير . وكل محيل للورقة التجارية الإذنية يعتبر كفيلا بالتضامن مع المدين ، والالتزام الذي يترتب في ذمته باعتباره كفيلا يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً [1] .

---

(١) وفي القانون الفرنسي تعتبر الكفالة تجارية ، إلى جانب هاتين الحالتين الاستثنائيتين اللتين نص عليهما التقنين المدني المصري ، إذا كان للكفيل فيها مصلحة تجارية (نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ – ١ – ٤٠٣ – ٣١ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ – ١ – ٢٥٢ – ٢٧ يونية سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ١١٥ – بودري وفال فقرة ١١٩٨ ص ٦٣١ – ص ٦٣٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١١ ص ٩٦٧) .

المبحث الثاني

الاتفاق بين الكفيل والدائن

(عقد الكفالة)

٢٨ – طرفا الكفالة الكفيل والدائن دون المدين – نص قانوني :

تنص المادة ٧٧٥ مدني على ما يأتي :

" تجوز كفالة المدين بغير علمه ، ويجوز أيضاً رغم معارضته " [١] .

والسبب في ذلك أن الكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفاً فيه . فالمطلوب إذن هو رضاء الكفيل والدائن طرفي العقد ، ولا حاجة إلى رضاء المدين. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : " وهو حكم طبيعي تقتضيه القواعد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٣٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : "تصح كفالة المدين بغير أمره ، بل تصح حتى بدون علمه " . وعدلت لجنة المراجعة النص ، تحت رقم ٨٤٤ في المشروع النهائي ، فأصبح مطابقا عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٠ – ص ٤٤٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٧١٢) . وهي تقرر الحكم الوارد بالتقنين المصري (م ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة) ، وهو حكم طبيعي تقتضيه القواعد العامة مادامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه . وقد لا يكون هناك موجب لإيراد النص سوى الرغبة في بيان أن المشروع المصري خرج في هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران) ، وهي تحرم الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم عدم رضاه من حق الرجوع عليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٤٢) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة : وتجوز الكفالة بالدين بدون علم المدين بها .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٤١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٢ : تجوز كفالة الموجب بدون علم المدين الأصلي ، وبالرغم من مشيئته . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رابطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط .

العامة ، مادامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما ، دون حاجة لرضاء المدين أو علمه " [1] . فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن ، وذلك دون إذن من المدين . بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، دون علم المدين. وأخيراً قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، وذلك بالرغم من معارضة المدين . والفرق ما بين هذه الصور المختلفة لا يكون في انعقاد الكفالة ، فهي تنعقد في جميع هذه الصور بمجرد توافق إرادتي الكفيل والدائن كما سبق القول . وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفى عنه الدين ، كما سنرى . فإذا كانت الكمبيالة قد عقدت بإذن المدين ، رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة . وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه، ولكن دون إذنه ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة . وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب [2] .

على أن الكفالة تعقد عادة بإذن المدين ، بل بناء على طلبه إذ أن الكفيل إنما يقدم لمساعدته بكفالته ، فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين يوجهه إلى الكفيل ليكفله . فإذا رضي الكفيل بكفالته ، عقد الكفالة مباشرة مع الدائن دون تدخل المدين ، أو كما يقع في كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بإمضائه بوصف أنه كفيل [3] . فإذا ما فعل شيئاً من ذلك ، ثم وفى الدين عن المدين ، رجع عليه بدعوى الوكالة، إذ أن طلب المدين من الكفيل كفالته يعتبر توكيلا له في الكفالة . وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين وقت الكفالة أوثق من ذلك ، فيكفل الكفيل المدين متضامناً معه، وللكفيل المتضامن مع المدين أحكام يقتضيها هذا التضامن ، سيأتي ذكرها . والكفيل المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين . وقد يكون الكفيل متضامناً

---

(١) أنظر نفس الفقرة في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٤٩٥ مدني (قديم) صريح في أن الكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين ، فسيان إذن إن كان راضياً بها أم غير راض (نقض مدني ٤ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٦ رقم ١) .
والظاهر أن الكفيل لا يرجع على المدين في الفقه الحنفي إلا إذا عقدت الكفالة بأمر المدين ، فقد جاء في المادة ٦٨٢ من مرشد الحيران : " إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما أدى على الأصيل إن كانت الكفالة بأمر الأصيل " . وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني لا يرجع الكفيل على المدين بشيء إذا عقد الكفالة بالرغم من منع المدين الصريح ، فقد جاء في المادة ١٠٦٢ من هذا القانون: " تجوز كفالة الموجب بدون علم المديون الأصلي ، وبالرغم من مشيئته . أما الكفالة المعطاة بالرغم من منع المديون الصريح فليس من شأنها أن تنشئ رباطة قانونية بينه وبين الكفيل ، بل يكون الكفيل ملزماً تجاه الدائن فقط.

(٣) ولكن مجرد توقيع شخص إلى توقيع المدين ، دون بيانه الصفة التي كان بها هذا التوقيع ، لا يكفي لحمله على أنه توقيع كفيل ، إذ قد يكون الشخص قد وقع كشاهد لا ككفيل (بودري وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٣) .

مع المدين ومع الكفلاءْ الآخرين في وقت واحد ، فيكون كل من الكفلاء والمدين متضامناً مع الآخرين ، وفي هذا ضمان قوي للدائن إذ يضم إلى ذمة مدينه ذمم كفلاء متعددين ، ويجعل هذه الذمم جميعاً ومنها ذمة مدينه متضامنة .

وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل أو المصدق (certificateur) فيكون هناك عقدان ، إحداهما بين الدائن والكفيل وهو عقد الكفالة المعتاد ، والثاني بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بموجبه كفيل الكفيل الكفيل ، ويترل منه مترلة الكفيل كما يترل الكفيل من كفيل الكفيل مترلة المدين الأصل، وسيأتي فيما يلي حكم كفيل الكفيل [1] .

٢٩ – التراضي بين الكفيل والدائن : ولما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن كما قدمنا ، فإنها تقتضي التراضي بين الكفيل والدائن ، فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي . ولا يكفي رضاء الكفيل وحده ، بل يجب أيضاً حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنياً [2] . وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالته كما هو الغالب ، وذلك كعقد الهبة لا بد فيه من رضاء الموهوب له .

أما رضاء الكفيل فجوهري ، لأن الكفيل هو الذي يلتزم بعقد الكفالة . ولا بد أن يرضى الكفيل بالكفالة ، ويعبر عن هذا الرضاء تعبيراً واضحاً . فمجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين ملئ ولأنه يبادر إلى تنفيذ التزامه ، حتى لو كانت هذه التوصية قد آتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين ، لا بعد رضاء من هذا الشخص بكفالة المدين ، إذ لا بد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضاء واضحاً ، وأن يعقد مع الدائن عقد كفالة [3] . ولكن إذا كانت هذه التوصية خاطئة عن عمد أو عن رعونة وتسرع ، وتبين أن المدين غير ملئ أو لا يستحق هذه التزكية ، فإن الشخص الذي صدرت منه هذه التوصية ، دون أن يكون ملزماً ككفيل ، يكون مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الدائن الذي اعتمد على توصيته وتعامل مع المدين [4] . على أن رضاء الكفيل بالكفالة قد يتخذ أية صورة من الصور مادام رضاء واضحاً ، فقد يبرم الكفيل عقد كفالة بين وبين الدائن ، وقد يمضى سند المديونية بين المدين والدائن بصفة أنه كفيل للمدين كما سبق

---

(١) أنظر ما يلي فقرة ٥٢ .

(٢) ويعتبر اتخاذ الدائن الإجراءات ضد الكفيل رضاء ضمنياً بالكفالة (جيوار فقرة ٤٣ – بودري وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٤) .

(٣) بودري وفال فقرة ٩٢١ وفقرة ٩٢٩ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ – وأنظر أيضاً لوران ٢٨ فقرة ١٥٤ وما بعدها – جيوار فقرة ٢٩ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

القول، وقد يتخذ صورة كتاب يرسله الكفيل للدائن يكفل فيه المدين . وقد يعبر الكفيل عن معنى الكفالة بأي تعبير ملائم ودون أن يستعمل لفظ الكفالة [1] ، فيكتب ابن المدين للدائن مثلا أن ما يلتزم به أبوه نحو الدائن أمر مقدس عنده لا يحيد عنه ويقوم هو بتنفيذه ، فيعتبر هذا تعبيراً كافياً عن رضاء الابن بكفالة أبيه [2] . ورضاء الكفيل بالكفالة رضاء واضحاً لا يجعل فحسب الكفيل ملتزماً بكفالته ، بل أيضاً يميز الكفيل عن مدين أصلي التزم مع المدين الأصلي بالتضامن . وذلك حتى لو التزم الكفيل بالتضامن مع المدين الأصلي ، فهنالك فرق بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين الأصلي المتضامن مع مدين أصلي آخر [3] .

ويصح أن يتم التراضي بين الكفيل والدائن ، لا على عقد الكفالة ، بل على وعد بالكفالة ، فيعد الملتزم الدائن بأن يكفل الدين الذي لم يترتب بعد في ذمة المدين . فإذا ما ترتب الدين في ذمة المدين ، وجب على الواعد كفالته ، فإن لم يكفله أجبر على ذلك ، وصدر حكم من القضاء باعتبار الواعد كفيلا للمدين تسرى عليه جميع أحكام الكفالة [4] . ولكن لا بد من أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة ، وقبل قبول الدائن لا يكون هناك لا كفالة ولا وعد بالكفالة . أما إذا صدر الوعد للمدين لا للدائن ، وقبله المدين، جاز للدائن أن يستخلص من ذلك اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشر من هذا الاشتراط ، إذا تمسك به أمكنه أن يلزم الواعد بوعده . وأهمية هذه الصورة في العمل هي في

---

(١) بودري وفال فقرة ٩٢٩ ص ٤٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسي ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ — ١ — ٤٦٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ هامش ١ .

وقد قضت محكمة النقض في مصر بأن جسامة الخطر الذي ينشأ عنه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهو يستدعى مراعاة حالته عملا بأحكام المادة ١٣٥ من القانون المدني (القديم) . فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه ، قولا منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاع منه السند ، فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله ، فلم يجد مناصاً من القبول . فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر في إدارة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشئون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذي يعيب رضاءه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند بحكم كونه وأخته لا يد للمكفول له فيها لا يكون الإكراه المبطل للعقود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني من ٩٣٦ رقم ٢) .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٣ — وأنظر جيوار فقرة ٢٨ — بودري وفال فقرة ٩٢٧ — وقد نصت المادة ١٠٦٠ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على " أن التعهد بكفالة شخص ليس بكفالة ، على أنه يحق للمتعهد له أن يطالب بإتمام الكفالة ، وإلا كان له أن يطالب ببدل العطل والضرر" .

أن المدين يستطيع أن يحصل من شخص على وعد بالكفالة ، حتى قبل أن يعرف الدائن وقبل أن ينشأ الدين ، فإنه يجوز الاشتراط لمصلحة شخص غير معلوم وغير معين [1] .

٣٠ – شكل الكفالة : الكفالة من عقود التراضي لا يشترط في انعقادها شكل خاص [2] ، بل كل تعبير عن الإرادة يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن يكفي لانعقادها ، وقد تقدم بيان ذلك .

غير أن هناك فرقاً بين رضاء الكفيل ورضاء الدائن . فالكفيل عادة متبرع ، فيجب أن يكون رضاؤه واضحاً كما سبق القول . وكثيراً ما يتورط الكفيل في التزامه بالكفالة ، ويخيل إليه عند الإقدام عليها أن المدين الذي كفله سيقوم بتنفيذ التزامه . ثم ما يلبث أن يتبين أن المدين غير قادر على الوفاء بالتزامه ، إما من الوقت الذي اصبح فيه مديناً أو بعد ذلك لظروف جدت ، فيرجع الدائن على الكفيل ليقوم عن المدين بوفاء الالتزام . وقد يعرض الكفيل نفسه لخسارة كبيرة ، بل قد يعسر أو يفلس كنتيجة مباشرة لكفالته مديناً معسراً ، لذلك تعبر الناس عن هذه الحقيقة التي تقع كثيراً في العمل بقولهم "الضامن غارم" . من أجل ذلك اشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة رضاء صريحاً (exprés) ، فلا يصح أن يستخلص رضاؤه ضمناً من الظروف ، فنصت المادة ٢٠١٥ من هذا التقنين على أن " الكفالة لا تفترض بل يجب أن تكون صريحة ، ولا يجوز التوسع فيها إلى أبعد من الحدود التي عقدت الكفالة في نطاقها". والمقصود بالكفالة في النص هو دون شك رضاء الكفيل لا رضاء الدائن ، فالكفيل هو الذي يتعرض لمخاطر الكفالة في حين أن الدائن يجني فائدتها ، لذلك اشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون رضاء الكفيل بالكفالة وتعريض نفسه لمخاطرها رضاء صريحاً ، ولا يكفي الرضاء الضمني . ولم يرد في التقنين المدني المصري نص يقابل نص المادة ٢٠١٥ فرنسي ، لكن لا شك في أن رضاء الكفيل بالكفالة في القانون المصري يجب أن يكون واضحاً وضوحاً كافياً كما سبق القول ، فإذا غم الأمر وجب التسليم بأن رضاء الكفيل لا يعتد به لأنه غير واضح [3] .

---

(١) بوردي وفال فقرة ٩٢٨ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٣ .

(٢) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ – ١ – ٣٥٣ – بون ٢ فقرة ٩١ – ترولون فقرة ١٣٥ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ وهامش ١ و ٢ – بودري وفال فقرة ٩٢٦ .

(٣) هذا إلى أن القانون المصري ، كما سنرى (أنظر فقرة ٣١) ، لا يجيز إثبات التزام الكفيل إلا بالكتابة ، وفي كتابة التزام الكفيل ضمان كاف لجعله واضحاً ، بل لجعله صريحاً . وقد استعاض التقنين المدني المصري عن اشتراط جعل رضاء الكفيل صريحاً ، بجعل إثبات هذا الرضاء بالكتابة . ويذهب بعض الفقهاء في مصر إلى وجوب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ، ولو لم يوجد نص على ذلك (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩ – سليمان مرقس فقرة ٧ وفقرة ٢٠ – محمد على إمام فقرة ٢٧ ص ٤٨ – عكس ذلك جمال الدين زكي فقرة ٢٧ ص ٥٢ – منصور مصطفي منصور فقرة ١٢ ص ٢٨ – ص ٢٩) .

وهذا بخلاف رضاء الدائن ، فإن الكفالة تكون عادة لمصلحته . لذلك لا يشترط في رضائه أن يكون صريحاً ، بل ولا أن يكون واضحاً . فيكفي استخلاص هذا الرضاء من الظروف والقرائن ، ولذلك جاز أن يكون قبول الدائن بالكفالة قبولا ضمنياً . وقد قضي بأنه يعتبر رضاء ضمنياً من الدائن بالكفالة احتفاظه بسـندها ، وتنفيذ هذا السند على الكفيل [١] .

وقد تتخذ الكفالة شكل ورقة تجارية ، كمبيالة أو سند إذني .والأصل أن التزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو التزام أصلي لا التزام كفيل تابع [٢] ، ولكن قد يتفق الكفيل مع الدائن على أن يوقع له كمبيالة أو سنداً إذنياً على سبيل الكفالة [٣] . ويكون الكفيل في هذه الحالة متضامناً مع المدين ، ولكن تسرى عليه أحكام الكفيل ، وبخاصة في الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين وفي الاحتجاج على الدائن بقدر ما أضاعه هذا بخطأه من الضمانات [٤] . ويلاحظ أن محيلي الورقة التجارية والضامن الاحتياطي إنما هم كفلاء متضامنون مع المدين ، وقد تقدم ذكر ذلك [٥] . والتزام الكفيل بموجب ورقة تجارية يكون التزاماً تجارياً لا مدنياً ، فيكون سعر الفائدة التأخيرية هو السعر التجاري (٥ %) أو يكون الاختصاص للقضاء التجاري ، ولا يستطيع الكفيل بالورقة التجارية أن يحتج على الدائن بالدفوع التي يحتج بها المدين الأصلي [٦] . وقد تتخذ الكفالة شكل الاشتراط لمصلحة الغير ، فيتفق المدين مع الكفيل على أن الثاني يكفل الأول ، فيلتزم الكفيل بذلك . ويستخلص الدائن من هذا الاتفاق اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشرة من هذا الاشتراط يستطيع أن يتمسك به ، فيطالب الكفيل بكفالة الدين . ويمكن ، عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير على هذا النحو ، كفالة دين مستقبل قبل أن يعرف الدائن [٧] .

---

(١) شامبري ١٥ يوليو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٤١ — بودري وفال فقرة ٩٢٦ .

(٢) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٩ — ١ — ١٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٣ — ١ — ١١٧ .

(٤) نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٤٥ — ولكن أنظر عسك ذلك نقض فرنسي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ J. C. P. ١٩٥٣ — ٢ — ٧٥٨٨ . ويشترط على كل حال أن يعلم حامل الكمبيالة أو السند أن الموقع إنما هو كفل لا مدين أصلي (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨ هامش ٥) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٧ .

(٦) ولا يعتبر ضامناً احتياطياً (aval) من وقع على ورقة كفالة لأحد المصارف ، إذا لم يبين طبيعة الأشياء والتاريخ والقيمة . فلا يجوز إذن ، إذا لم يفعل ذلك ، أن يطبق عليه القواعد الخاصة بالضامن الاحتياطي ، ومنها مقدار سعر الفوائد (نقض فرنسي ٧ مارس سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٥ — ٧٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٧ ص ٩٧٨) .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ٢٩ في آخرها — بودري وفال فقرة ٩٢٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٠ ص ٩٧٣ .

٣١ – إثبات الكفالة – نص قانوني : تنص المادة ٧٧٣ مدني على ما يأتي :

" لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة " [١] .

ويخلص من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل [٢] . ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة . لذلك ليست الكفالة بعقد شكلي بل هي عقد رضائي كما قدمنا، والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات التزام الكفيل . والكتابة ضرورية لإثبات التزام

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١١٣ مكررة من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٤١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٥ – ص ٤٢٩) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " لم يعرض التقنين المصري (السابق) ، جرياً على منوال التقنين الفرنسي ، لإثبات الكفالة ، بل تركه للقواعد العامة . أما التقنينات الحديثة (كالتقنين الألماني م ٦٦٧ والتقنين السويسري م ٤٩٣ والتقنين البولوني م ٦٣١) ، فإنها تتطلب في باب الكفالة الدليل الكتابي . والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة في الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع . وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديد مدى التزامه ، ونوع كفالته ، عن طريق شهادة الشهود وحدها . ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن في دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة. فلهذه الأسباب قرر المشرع ، حماية الكفيل ، عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة . ويلزم الإثبات الكتابي ، حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة . وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل، والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائماً إلى الوفاء للدائن، في حين أنه في رجوعه على المدين قد لا يستوفي منه شيئاً لعجزه عن إثبات الالتزام الأصلي بشهادة الشهود . على أن هذا الاعتراض غير جدي في الواقع ، لأن الكفيل يستطيع تفادي ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة . وفي جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدين الأصلي ، ومثبتة أيضاً للكفالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٦ – ص ٤٢٧) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٣٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٨٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٥٩ : الكفالة لا تقدر تقديراً ، بل يجب أن تتجلى إرادة الكفيل من الصك صراحة . (وهذا الحكم مماثل للتقنين المدني الفرنسي ، إذ يشترط صراحة رضاء الكفيل ، ولكن هذا الرضاء خاضع للقواعد العامة من حيث الإثبات) .

(٢) كذلك الكتابة ضرورية لإثبات الوعد بالكفالة (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤ ص ٧٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠) .

الكفيل ، حتى لو كان الالتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كان مثلا خمسمائة جنيه فأقل . كذلك الكتابة لازمة لإثبات التزام الكفيل ولو كان هذا الالتزام خمسمائة جنيه فأقل ، حتى لو كان الالتزام الأصلي أكثر من خمسمائة جنيه ولكن الكفيل لم يكفل منه إلا خمسمائة جنيه فأقل .ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة ، كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه . كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمن ، وهذان طريقان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة [1] .

والسبب الذي دعا المشرع المصري إلى التشدد في إثبات رضاء الكفيل بالكتابة هو نفس السبب الذي دعا المشرع الفرنسي إلى اشتراط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً : خطورة الكتابة وضرورة التروي قبل الإقدام عليها [2] .

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 إذا كان رجوع الكفيل على المدين بخمسمائة جنيه فأقل [3] . كذلك الإثبات بالكتابة ليس ضروريا حتى فيما الكفيل والدائن ، ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن ، إذا كان التزام الكفيل تجارياً [4] ، وقد رأينا متى يكون التزام الكفيل تجارياً [5] .

ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج به على الغير ، كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن في رهن رسمي مثلا وكان هناك دائن مرتبة تال في المرتبة [6] .

٣٢ – أهلية الكفيل : ولما كان الكفيل يلتزم عادة متبرعاً ، فإنه يجب أن يكون متوافراً فيه أهلية المتبرع . فالكفيل المتبرع كالمقرض المتبرع الذي لا يتقاضى فائدة على

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ ص ٥٠ .

(٢) أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٢٦ – ٤٢٧ ، وآنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٣) بودري وفال فقرة ٩٣٣ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤ ص ٧١ .

(٤) بودري وفال فقرة ٩٣٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٧ .

(٦) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٨ .

القرض ، كلاهما يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع [1] . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعاً ، وإذا كفل كانت الكفالة باطلة . بل لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية ، حتى بإذن المحكمة ، لأنه يمتنع التبرع بمال القاصر المحجور عليه ولو بإذن المحكمة ، إلا لواجب إنساني أو عائلي . فلا بد إذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .

أما إذا كانت الكفالة بمقابل ، سواء كان المقابل من المدين أو الدائن ، وهذا نادر، فتجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع ، وذلك قياساً على المقترض بفائدة . وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل لأنه لا يملك أهلية التصرف ، وقد يملك أهلية الإدارة ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، وإذا كفل كانت الكفالة قابلة للإبطال إلى أنت تجاز . ولكن يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه ، على أن يكون ذلك بالنسبة إلى الجد أو إلى الوصي أو إلى القيم بإذن المحكمة . وغني عن البيان أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد غير محجور عليه ، فإنه يملك الكفالة بمقابل ، لأنه يملك الكفالة التبرعية فأولى أن يملك الكفالة بمقابل [2] .

وتجوز الكفالة باسم الشخص المعنوي من المفوض له بذلك ، سواء كانت الكفالة بمقابل أو بغير مقابل . ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التي هو شريك فيها ، كما يجوز للشركة أن تكفله [3] [1] .

---

(١) الوسيط ٥ فقرة ٢٨٢ .

(٢) وفي القانون الفرنسي يجب أن يتوافر في الكفيل أهلية الالتزام تبرعاً ، ويذهب بعض الفقهاء إلى وجوب توافر أهلية الالتزام فحسب (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ – بودري وفال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) ، ويذهب بعض آخر إلى وجوب توافر أهلية التصرف تبرعاً (لوران ٢٨ فقرة ١٦٠) ، وعلى كل حال تكفي أهلية الالتزام فحسب إذا أخذ الكفيل مقابلا لكفالته من الدائن أو من المدين الأصلي (جيوار فقرة ٤٥ – فقرة ٤٦ – بودري وفال فقرة ٩٣٥ ص ٤٩٨) .
وأنظر بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ . وأنظر في أهلية الكفيل في القانون الفرنسي بودري وفال فقرة ٩٣٥ – فقرة ٩٤١ .

(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧١ .

(1) إذا كان الطاعن باعتباره شريكا في شركة تضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديونها بالتضامن مع بقية الشركاء عملا بالمادة ٢٢ من قانون التجارة ، فإنه بموجب عقد فتح الاعتماد الرسمي المضمون برهن عقاري – والمبرم بين الشركة المطعون عليها باعتبارها مرتهنة وبين الطاعن بصفته الشخصية باعتباره كفيلا متضامنا وراهنا وبين شركة التضامن – سالفة الذكر – والمنفذ بمقتضاه إنما يجمع بين صفة المدين باعتباره شريكا متضامنا في شركة التضامن الممثلة في العقد ، وبين صفة الكفيل المتضامن باعتباره راهنا حتى ولو كان الدين محل التنفيذ ثابتاً في ذمة شركة التضامن وحدها .
(جلسة ١٩٧١/١/١٩ الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٥٢) .

وإذا أعطى الكفيل توكيلا لشخص بكفالته ، وجب أن يكون التوكيل خاصاً ومحدداً أي مذكوراً فيه التوكيل في الكفالة إذا كانت الكفالة تبرعية ، أو وجب أن يكون التوكيل خاصاً إذا أخذ الكفيل مقابلا لكفالته [1] . والتوكيل في الكفالة المدنية لا تتضمن التوكيل في كفالة تجارية كالضمان الاحتياطي ، كما أن التوكيل في كفالة تجارية لا تتضمن التوكيل في كفالة مدنية [2] .

أما الدائن ، وهو الطرف الآخر في الكفالة ، فلا تشترط فيه إلا أهلية التعاقد ، فيكفي أن يكون مميزاً إذا كانت الكفالة تبرعية بالنسبة إليه لأنها تتمحض لمصلحته . فإذا دفع مقابلا للكفيل من أجل كفالته ، وجبت فيه أهلية التصرف .

٣٣ – عيوب الرضاء في الكفالة : وتسرى في عيوب الرضاء في الكفالة القواعد العامة [3] . وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط إذا وقع الكفيل في غلط جوهري في خصوص الدين الذي يكفله ، كأن يعتقد أنه يكفل كفالة مدنية ديناً مدنياً فإذا بالدين التزام طبيعي . وإذا اعتقد الكفيل أنه يكفل ديناً لا ينتج فوائد فإذا به ينتجها ، أو لا ينتج إلا فوائد بسيطة فإذا به ينتج فوائد مركبة ، أو ينتج فوائد بسعر معين فإذا به ينتج فوائد بسعر أعلى ، جاز إنقاص التزام الكفيل إلى الحد الذي اعتقده . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق القول إن الكفيل وقع في غلط جوهري فتكون الكفالة قابلة للإبطال ، ولكن يبقى الكفيل ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا ظهر الدائن استعداده لتنفيذ هذا العقد (م ٢/١٢٤ مدني) .

وتكون الكفالة قابلة للإبطال إذا شاب رضاء الكفيل تدليس ، كأن أوهمه الدائن غشاً ملاءة المدين الأصلي فإذا به غير ملئ [4] ، أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل فإذا بهذه الضمانات غير موجودة أو باطلة .

ويمكن القول بأن الكفالة قد عقدت بالإكراه ، فتكون قابلة للإبطال ، إذا حمل الزوج زوجته بماله من شوكة عليها أن تكفله في دين كبير وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٢ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٢ – باريس ٩ فبراير سنة ١٩٤٥ جازيت دي باليه ١٩٤٥ – ١ – ١٨٩ .

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ ص ٩٧٢ – نقض فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ سيريه ١٩٠٢ – ١ – ٣٣١ – وأنظر في عيوب الرضاء في الكفالة أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٤ ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ – بودري وفال فقرة ٩٤٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٠ .

(٤) رن ١٤ يونية سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ – ٧١٢ .

وفاء هذا الدين ، وذلك إذا كان الدائن الذي ابرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها [1] .

٣٤ – الكفالة المعلقة على شرط أو المقترنة بأجل : وقد تعلق الكفالة على شرط واقف أو على شرط فاسخ أو تقترن بأجل واقف أو بأجل فاسخ ، فتسرى القواعد العامة في خصوص الشرط والأجل .وقد نصت المادة ١٠٠٩ مدني عراقي على ما يأتي : " ١ – تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفـــول له . ٢ – ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل " . ونصت المادة ١٠٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه " يجوز أن تعلق الكفالة على أجل ، أي أن تكون لوقت معين أو ابتداء من تاريخ معين " .

والمفروض هنا أن الالتزام الأصلي ليس معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فيكون التزام الكفيل مثله معلقاً على نفس الشرط أو مضافاً إلى نفس الأجل ، بل إن الالتزام الأصلي التزام منجز والتزام الكفيل هو وحده المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل .

فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ويحل محل الدائن فيها ، ويكون الشرط هنا واقفاً إذا كانت الكفالة لا تنفذ إلا إذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات ، أو فاسخاً إذا نفذت الكفالة في الحال بشرط أن يرهن الدين الأصلي عقاراً له في الدين فإذا لم يرهنه تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة . وقد يعلق الكفيل التزامه على شرط واقف هو ألا يكون المدين الأصلي قد شهر إفلاسه [2] ، وفي هذه الحالة يبحث قاضي الموضوع فيما إذا كانت نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التسوية

---

(١) الوسيط ١ فقرة ١٩٧ – ويطبق في كل عقود الكفالة وفي السبب في عقد الكفالة القواعد العامة . وفيما يتعلق بالسبب ، سبق أن قررنا عند الكلام في الالتزام المجرد ما يأتي : ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له أن يتمسك بها ضد المدين . فإذا كفل المدين في نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل ، و لم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ – أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٩ – فقرة ٦٠ " (الوسيط ١ فقرة ٢٨٧) – وأنظر في مسألة السبب في عقد الكفالة –سليمان مرقس فقرة ٣٨ – فقرة ٣٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ .

وأنظر أوبري ورو ٦ فقرة ٤٦٩ ص ٢٨٥ وهامش ١٩ (٢) – كابيتان في التسبب في الالتزام فقرة ١٨٤ – بيدان وڤواران فقرة ٧٥ .

(٢) بواتييه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ٢ – ٤٠٥ .

القضائية مماثلة للإفلاس [١] ، وفيما إذا كان حكم الإفلاس إذا ألغي في الاستئناف لا يجعل الشرط الواقف يتحقق [٢] . وقد يعلق الكفيل التزامه على شرط فاسخ ، هو أن يستعمل المدين القرض الذي اقترضه استعمالا معيناً أو لغرض معين، فإذا لم يفعل تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة [٣] .

وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف ، فلا يلتزم بالكفالة إلا ابتداء من وقت معين [٤] . وقد يقرن كفالته بأجل فاسخ ، فلا يكفل المدين إلا في الديون التي يعقدها في وقت معين ، فإذا انقضى هذا الوقت لا يعود الكفيل ضامناً للديون التي يبرمها المدين بعد انقضاء هذا الوقت [٥] .

٣٥ – لا يجوز للمدين أن يسوئ مركز الكفيل بعد الكفالة : وإذا انعقدت الكفالة وتحدد مركز الكفيل ، فلا يجوز للمدين الأصلي بعمله أن يسوئ هذا المركز، أو يزيد في عبء التزام الكفيل . فإذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط واتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام منجزاً ، بقي التزام الكفيل كما كان معلقاً على هذا الشرط ولا يسري في حقه نزول المدين عنه . وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو بفعله ، بقي الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل [٦] . وإذا اتفق المدين مع الدائن على النزول عن أجل الدين ، فإن هذا الاتفاق لا يسري في حق الكفيل ، فلا يرغم على وفاء الدين إلا عند حلول هذا الأجل . وإذا اتفق المدين مع الدائن على زيادة سعر الفائدة في مقابل مد الأجل . لم يسر هذا الاتفاق في حق الكفيل، ويبقى هذا ملتزماً بسعر الفائدة كما كان وقت الكفالة ، ولا يتمسك بمد الأجل . فإذا ما طالبه الدائن بالوفاء عند حلول الأجل قبل مده ، جاز له أن يطلب من المدين أن يفي بالدين للدائن [٧] .

---

(١) نقض فرنسي ١٦ يوليو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ – ١ – ٢١٤ .

(٢) بواتييه ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٨ – ٢ – ٤٠٥ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٣) نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٤٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٤) وقد يؤجل الكفيل التزامه ككفيل إلى وقت موته ، فتكون تركته هي الملزمة (نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٢٠٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣) .

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٣ ص ٩٨٣ .

(٦) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ – بيدان وقواران فقرة ٩٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٣٥ – نقض فرنسي ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٥ .

(٧) لكن إذا ضمن الكفيل تنفيذ العقد ، كان مسئولا عن التعويض الذي قد يجب على المدين الأصلي دفعه (بلانيول وسافاتييه وريبير فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤) .

وعلى العكس من ذلك ، إذا تحسن مركز المدين ، جاز للكفيل أن يفيد من هذا التحسن . فإذا مد الدائن أجل الدين دون مقابل ، أفاد الكفيل من مد الأجل ، وجاز له أن يتمسك بالأجل الجديد . وإذا نزل الدائن للمدين عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو أنقص سعر الفائدة ، جاز للكفيل أن يفيد من كل ذلك ، فلا يدفع للدائن إلا ما أصبح المدين ملتزماً به بعد نزول الدائن عن جزء من الدين أو عن الفوائد أو بعد إنقاص سعر الفائدة [١] .

٣٦ – مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة : وقاضي الموضوع هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل ويفسر عقد الكفالة في هذا الخصوص ، وهو في تحديد مدى التزام الكفيل يقضي في مسألة موضوعية فلا رقابة عليه من محكمة النقض . على أنه في تفسير الكفالة يتقيد بقاعدة قانونية لمحكمة النقض حق الرقابة عليها ، وهي تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً دون توسع ، فعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل فيحدد التزامه في أضيق نطاق تتحمله عبارات الكفالة [٢] . وكانت القاعدة التي تقضي بتفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً معروفة في القانون الفرنسي القديم ، فكان يقال إنه لا يجوز التوسع في تفسير الكفالة لا من حيث الشيء ولا من حيث الشخص ولا من حيث الزمن [٣] . وهذا كله حماية للكفيل الذي كثيراً ما يتورط في الكفالة كما قدمنا ، وقد أملى هذه القاعدة نفس الاعتبارات التي قضت بأن يكون رضاء الكفيل صريحاً في التقنين المدني الفرنسي ، وقضت بأن يكون إثبات التزام الكفيل بالكتابة في التقنين المدني المصري ، فيما رأينا .

فإذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين ، لم يجز مد الكفالة إلى الأجزاء الأخرى. وعلى ذلك إذا كفل الكفيل المستأجر في دفع الأجرة ، اقتصرت كفالته على الالتزام بدفع الأجرة ، ولم يمتد إلى الالتزامات الأخرى الناشئة من عقد الإيجار كالتعويض عن التلف أو التعويض عن الحريق [٤] .

---

(١) بيدان وقواران ١٣ فقرة ٩٦ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ – ليون ٦ يناير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩١٠ – ٥ – ١ .

(٢) أنظر في ذلك نقض فرنسي ٣ يوليو سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ – ١ – ٢٢٠ – ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ١١٩ – ١٦ يوليو سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٩٨ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٣٧٨ هامش ١ – بودري وفال فقرة ٩٩٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ .

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ هامش ١ – محمد كامل مرسي فقرة ٥٢ – فقرة ٥٤ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٣ – فقرة ٥٦ – سليمان مرقس فقرة ٤٣ – فقرة ٤٧ .

(٤) بون ٢ فقرة ١٠٤ – لوارن ٢٨ فقرة ١٧٥ – جيوار فقرة ٦٩ – بودري وفال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٢.

وإذا كفل الكفيل أصل الدين لم تمتد كفالته إلى فوائد الدين ، وإذا كفل الفوائد بسيطة لم يكفلها مركبة [١] .

وإذا كفل الكفيل فتح أعتماد لغاية مبلغ معين ، لم يكفل ما زاد عل هذا الحد بالرغم من عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة [٢] .

وإذا كفل عقد إيجار ، لم يكفل عقد إيجار يتلوه ، ولو كان التجديد ضمنياً (tacite reconduction) [٣] .

ومن كفل قرضاً معيناً ، لم يكفل قرضاً قبله أو قرضاً بعده [٤] .

ومن كفل شخصاً فيما يترتب في ذمته من التزامات ، لم يكفل الالتزامات الماضية التي ثبتت في ذمته وإنما يكفل الالتزامات المستقبلة [٥] . ولكن قاضي الموضوع قد يجد في ظروف القضية ما يجعل واضحاً أن الكفيل أراد أيضاً كفالة الالتزامات الماضية [٦] .

وإذا كان هناك شك فيما إذا كان الكفالة محددة أو غير محددة ، وجب اعتبار الكفالة محددة [٧] .

وإذا رفضت المحكمة الابتدائية طلب الكفيل بالترخيص له في إدخال المدين ضامناً بعد أن أثبت تنازل الدائن عن مخاصمة المدين ، و لم يكن في حكم محكمة الاستئناف ما يدل على أن الكفيل قد تمسك أمامها بهذا الدفع ، و لم يقدم الكفيل أمام محكمة النقض ما يدل على

---

(١) بون ٢ فقرة ١٠٤ — ديرانتون ١٨ فقرة ٢٣٠ — ترولون فقرة ١٤٩ — جيوار فقرة ٦٩ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٩ وهامش ٢ — بودري وفال فقرة ٩٩٤ .

(٢) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٦ جازيت دي باليه ٨٧ — ١ — ٥٦ — جيوار فقرة ٦٩ — بودري وفال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٣ هامش ١ .

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٧٨ — ص ٢٧٩ — بودري وفال فقرة ٩٩٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٢ — محمد كامل مرسي فقرة ٥٢ .

(٤) جيوار فقرة ٦٩ — بودري وفال فقرة ٩٩٤ ص ٥٣٣ .

(٥) نقض فرنسي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ١١٩ — ٢٣ يناير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٩٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ .

(٦) نقض فرنسي ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٧ — ١ — ٣٩٧ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٢٩ — وأنظر أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٠ .

(٧) لوران ٢٨ فقرة ١٧٠ — جيوار فقرة ٦٧ — بودري وفال فقرة ١٠٠٤ — ويعتبر تفسيراً لنية المتعاقدين، أي مسألة موضوعية ، ما إذا كان الكفيل قد أزاد الالتزام الأصلي الموجود وقت أن عقد الكفالة ، أو أزاد مجاوزة ذلك والالتزام بجميع التعديلات التي زادت فيما بعد من هذا الالتزام الأصلي (بودري وفال فقرة ١٠٠٤) .

أنه أثاره أمام محكمة الاستئناف فلا يجوز له الإدلاء به أمام محكمة النقض مدعيا وقوع إخلال بحقوقه في الدفاع [1] .

وورثة الكفيل يستفيدون من الاستئناف المرفوع من ورثة المدين عن الحكم الابتدائي، فمتى ثبت في استئنافهم أن الدين المطالب به من مال المدين ، امتنع الرجوع على ورثة الكفيل [2] .

---

(١) نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٩ رقم ١٨ .

(٢) نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٩ رقم ١٩ .

الفصل الثاني
آثار الكفالة

٣٧ – العلاقة فيما بين الكفيل والدائن والعلاقة فيما بين الكفيل والمدين وبينه وبين الملتزمين بالدين : لما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن، فهي توجد أول ما توجد علاقة فيما بين الكفيل والدائن ، إذ تجعل للدائن الحق في الرجوع على الكفيل إذا لم يف المدين بدينه للدائن . ولما كان التزام الكفيل إنما هو التزام تبعي للالتزام المكفول وليس الكفيل مديناً أصلياً بالدين بل هو قد وفاه عن المدين الأصلي ، لذلك إذا وفى الكفيل الدين فإن له حق الرجوع على المدين الأصلي وعلى غيره من الملتزمين بالدين الأصلي .

فيكون كلا منا في آثار الكفالة في مبحثين : (١) العلاقة فيما بين الكفيل والدائن. (٢) العلاقة فيما بين الكفيل والمدين ، وفيما بينه وبين الملتزمين بالدين .

المبحث الأول
العلاقة فيما بين الكفيل والدائن

٣٨ – الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن : هنا يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين ومع كفلاء آخرين وهذه هي الكفالة في صورتها البسيطة ، وما إذا كان الكفيل قد التزام بالكفالة متضامناً مع المدين أو مع كفلاء آخرين وهذه هي الكفالة الموصوفة .

المطلب الأول
الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٣٩ – متى يطالب الدائن الكفيل : يطالب الدائن الكفيل عند حلول الدين. والدين المكفول يكون عادة ديناً مؤجلا ، ويكون التزام الكفيل مؤجلا مثله ، ويحل

الالتزامان في وقت واحد . ففي هذا الوقت يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل كما يستطيع أن يرجع على المدين [١] .

ولكن قد لا يحل الالتزامان في وقت واحد . فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول الالتزام الأصيل [٢] ، فذلك يرجع إما لأنه قد حدد لأجل لكل من الالتزامين وأجل التزام الكفيل أقصر ، أو لأنه حدد أجل واحد لكل من الالتزامين ولكن الالتزام الأصيل قد مد أجله أو بحكم القاضي . وفي الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصيل ، فيجب جعل التزام الكفيل مساوياً في العبء للالتزام الأصيل ، بأن يمتد أجل التزام الكفيل حتى يساوى أجل الالتزام الأصيل أو بأن يستفيد الكفيل من مد أجل الالتزام الأصيل فيمتد أجل التزامه بالقدر الذي امتد به أجل الالتزام الأصيل [٣] .

أما إذا حل الالتزام الأصيل قبل حلول أجل التزام الكفيل ، فهذا جائز ، لأن التزام الكفيل قد يكون أخف عبئاً من الالتزام الأصيل ، ويتحقق ذلك فيما إذا حدد أجل لالتزام الكفيل أطول من أجل الالتزام الأصيل ، وعند ذلك لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين قبل أن يحل الأجل المحدد لالتزامه ، حتى لو حل أجل الالتزام الأصيل [٤] . ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الأجل واحداً لكل من الالتزامين ، كما هو الغالب ، ولكن الأجل المحدد للالتزام الأصيل يسقط بأن يشهر إفلاس المدين الأصلي أو إعساره ، أو بأن يضعف هذا المدين بفعله ما أعطى الدائن من تأمين خاص إلى حد كبير ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أو بأن يضعف هذا التأمين الخاص لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً ، أو بألاّ يقدم المدين للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات (م ٢٧٣ مدني) ففي جميع هذه الفروض يسقط الأجل المحدد للدين الأصلي ، ولكن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل ، لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل [٥] . ومادام الأجل المعطى للكفيل لم يسقط و لم يحل فإنه

---

(١) جيوار فقرة ١١٧ — فقرة ١١٨ — بودري وفال فقرة ١٠١٣ ص ٥٤١ .

(٢) جيوار فقرة ٢٥٢ — بودري وفال فقرة ١٠١٨ .

(٣) أنظر بودري وفال فقرة ١٠١٨ — بلانيول وريبير وسافتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ — ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالأجل الأصلي ويفي بالدين عند حلول الأجل إذا كانت له مصلحة في ذلك ، كأن يستطيع الرجوع على المدين عند حلول الأجل الأصلي ولو انتظر حلول الأجل الجديد الممتد فقد يعسر المدين أو يزيد إعساره (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٥٣) .

(٤) منصور مصطفي منصور فقرة ٢٨ ص ٥٢ .

(٥) بوردي وفال فقرة ١٠١٤ ص ٥٤١ — بيدان وڤواران فقرة ٩٦ ص ٩٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٤ ص ٩٨٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٣٥ — محمد كامل مرسي فقرة ٦٤ ص ١٥٢ —

يبقى قائماً ، وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى للكفيل . وكذلك يكون الحكم فيما إذا نزل المدين الأصلي عن الأجل و لم يتزل عنه الكفيل ، فيبقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل ولا يستطيع الدائن مطالبته إلا عند حلوله [1] .

ومتى جاز للدائن أن يطالب الكفيل وأن ينفذ على أمواله ، فلا بد أن يكون عند الدائن سند تنفيذي ضد الكفيل ، ولا يكفى أن يكون عنده سند تنفيذي ضد المدين . فإذا لم يكن سند الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ بها ، وجب على الدائن أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل ، ولا يكفي أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد المدين [2] .

٤٠ – بماذا يطالب الدائن الكفيل – التقسيم – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٢ مدني على ما يأتي :

" ١ – إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة " .

" ٢ – إما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم " [3] .

= – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٥ ص ١٢٠ – سليمان مرقص فقرة ٥٤ ص ٥٨ – محمد على إمام فقرة ٥٠ ص ٨٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ (ولكن أنظر ص ٥٤ فيما يتعلق بعدم تقديم المدين التأمينات التي وعد بها) – عكس ذلك أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٣ ص ١٤١ .

(١) بوردي وفال فقرة ١٠١٥ .

(٢) بوردي وفال فقرة ١٠٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٨ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية على النص ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٨٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٢ – ص ٥٢٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " استبدل (المشروع) المادة ١١٤٨ بالمادة ٦١٦/٥٠٤ من التقنين الحالي (السابق) التي تعرض لمسألتين مختلفتين ، فهي تبين أولا مدى حق الدائن في الرجوع على الكفلاء إذا تعددوا أو ما يسمى بالتقسيم بين الكفلاء ، ومن ناحية أخرى تعرض للتضامن بين الكفلاء . وقد رأى المشروع من المناسب أن يبحث هنا مسألة التقسيم ، على أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم . وفيما عدا ذلك ، فالحكم الوارد بالمادة ١١٤٨ هو بعينه المقرر في التقنين الحالي (السابق) " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٤ – ص ٥١٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٥/٥٠٤ – ٦١٦ : في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد بغير شرط التضامن ، لا يجوز لرب الدين إلا مطالبة كل منهم بقدر حصته في الكفـــالة . وأما إذا =

وظاهر أنه إذا كان للدين كفيل واحد ، كما هو الغالب ، ورجع الدائن على الكفيل، فإنه يطالبه بنفس الذي كلفه ، وقد سبق أن حددنا مدى التزام الكفيل بالكفالة [1] .

ولكن قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ، ويخلص من النص سالف الذكر أنه لتحديد المقدار الذي يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه ، يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) تعدد الكفلاء بعقد واحد . (الفرض الثاني) تعدد الكفلاء بعقود متوالية . وسنبحث كلا من الفرضين .

٤١ – تعدد الكفلاء بعقد واحد : إذا تعدد الكفلاء ، وكانوا جميعاً قد التزموا بكفالة الدين بعقد واحد ، فالمشرع المصري يتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلا ، وكان الدين تسعمائة ، وكفله الثلاثة بعقد واحد ، ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين ، انقسم الدين عليهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلاثمائة . وعلى ذلك إذا طالب الدائن أي كفيل منهم ، لم يطالبه إلا بمقدار ثلاثمائة فقط .وإذا طالبه بأكثر من ذلك ، إستطاع هذا أن يدفع الطلب بتقسيم الدين (division de la dette) . بل للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بتقسيم الدين دون طلب ، ولا تحكم على أي كفيل بأكثر من ثلاثمائة ..والدين ينقسم على الكفلاء من وقت إبرام عقد الكفالة ، لا من وقت حكم المحكمة ، ولا من وقت الدفع بتقسيم الدين. وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام عقد الكفالة ، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه ، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء ؛ بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار .

= كانت الكفالة حاصلة بعدة عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ، ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال .

ويقال النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٨ (مطابق)

التقنين المدني الليبي : م ٨٠١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٢٤ (موافق) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٥ (موافق) .

(١) أنظر آنفا فقرة ٣٦ .

ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء ، على الوجه الذي قدمناه شـــروط أربعة [1] :

(أولا) أن يتعدد الكفكلاء : فإذا كان للدين كفيل واحد، لم ينقسم الدين بينه وبين المدين . بل يرجع الدائن أولا على المدين بكل الدين ، فإذا لم يتقاض منه شيئاً رجع بكل الدين على الكفيل . وإذا تقاضى من المدين ثلثي الدين مثلا ، رجع بالثلث الباقي على الكفيل . وإذا وجد كفيل عيني إلى جانب الكفيل الشخصي ، لم ينقسم الدين عليهما ، فإن الدين لا ينقسم إلا على الكفلاء الشخصيين [2] . بل إنه إذا تقدم لضمان الدين كفالة عينية وكفالة شخصية في وقت واحد ، ولم يكن الكفيل الشخصي متضامنا مع المدين ، لم يجز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصي إلا بعد التنفيذ على المال الذي رهنه الكفيل العيني ضماناً للدين (م ٧٩١ مدني) . وهنا نرى أن الدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية ، بل يبدأ بالكفالة العينية ، فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقي من الكفيل الشخصي .

(ثانياً) أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحداً ؛ فإذا كفل كفيلان كل منهما ديناً غير الذي كفله الآخر ، لم ينقسم أي الدينين عليهما ، بل يبقى كل منهما مسئولا عن كل الدين الذي كفله . وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ، ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلي وكفل كفيل الكفيل دين الكفيل ، والدين الأصلي دين آخر غير دين الكفيل .

(ثالثاً) أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين أو نفس المدينين : فإذا كفل كفيلان كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين ، فقد كفلا ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلا نفس المدين، إذ كفل كل منهما مديناً غير المدين الذي كفله الآخر . وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما ، بل يبقى كل منهما مسئولا عن الدين بكامله . ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً ، فقد كفلا ديناً واحداً وكفلا نفس المدينين ، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما [3] .

---

(١) أنظر م ١/٧٩٢ مدني سالفة الذكر : آنفاً فقرة ٤٠ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦٠ – وأنظر عكس ذلك وأن الدين ينقسم على الكفيل الشخصي والكفيل العيني محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٣ – سليمان مرقس فقرة ٩٣ ص ١٠٧ .

(٣) منصور مصطفي منصور فقرة ٣١ ص ٦٠ – ص ٦١ .

(رابعاً) ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم : ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أي منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن ، فلا ينقسم الدين عليهم . فإذا كان هناك كفيلان يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً في عقد واحد ، وكان هذان الكفيلان متضامنين ، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين . أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين ، انقسم الدين عليهما ، وصار كل منهما مسئولا عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى [1] . وإذا كان أحد الكفيلين متضامناً مع المدين ، ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر ، لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما . ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مسئولا عن الدين كله كالمدين الأصلي الذي تضامن معه ، فلا يكون له حق التقسيم [2] . وكذلك لا يكون له حق التجريد ، وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذي لم يتضامن مع المدين [3] .

٤٢ – تعدد الكفلاء بعقود متوالية : وإذا تعدد الكفلاء ، ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد ، لو كانوا جميعاً يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً ، فالمفروض أن تعدد العقود التي كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض . ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة ، فقد اصبح كل منهم مسئولا عن كل الدين، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضامم (in solidum) [4] .

وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء ، فإنه يطالبه بالدين كله ، لا بجزء منه كما كان يفعل في الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فانقسم الدين عليهم . فإذا استوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء . برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه، ولكن

---

(١) وإذا أعسر أحدهما تحمل الدائن حصة الذي يعسر . فعلى الدائن إذن أن يستوثق من درجة يسار الكفلاء المتعددين ، أو أن يطلب منهم مقدماً النزول عن حق التقسيم ، أو أن يشترط تضامنهم (محمد كامل مرسي فقرة ٩٦ جرانمولان فقرة ٥٣ – هالتون ١ ص ٢١٦) .

(٢) أنظر في هذا المعنى وأن تضامن أحد الكفلاء مع المدين يحرمه من حق التقسيم ، لا فحسب من حق التجريد، عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٢ – سليمان مرقس فقرة ٩٧ ص ١١١ ، وأنظر ما يلي فقرة ٥٤ – وأنظر عكس ذلك وأن الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يكون متضامناً مع الكفيل الآخر لا يحرم من حق التقسيم محمد على إمام فقرة ٦٨ ص ١١٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٦١ .

(٣) أما في القانون الفرنسي ، فيجب على الكفيل أن يدفع بحق التقسيم فينقسم الدين من وقت مقاضاته ، ولا ينقسم الدين من تلقاء نفسه على الكفلاء المتعددين كما في القانون المصري فيما رأينا ، ويرجع ذلك ، في القانون الفرنسي ، إلى أثر القانون الروماني الذي بدأ فيه الكفلاء أن يكونوا متضامنين مع المدين ، كما يرجع إلى التقاليد . أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٤١ – فقرة ١٩٤٣ وفقرة ١٩٤٥ .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ .

الكفيل الذي دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين كما سنرى . أما إذا لم يستوف الدائن إلا جزءاً من الدين ، فإنه يستطيع أن يستوفي بقية الدين من أي كفيل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين كما قدمنا ، فيكون بالبداهة مسئولا عن بقيته إذا كان الدائن قد استوفى جزءاً منه . ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعا كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء ، فينقسم الدين عليهم في النهاية وذلك في العلاقة فيما بينهم لا في علاقاتهم مع الدائن .

على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى في علاقة الكفيل بالدائن ، إذا كان هذا الكفيل ، وقت أن كفل الدين بعقد على حدة احتفظ لنفسه بحق التقسيم . فمسئولية الكفيل بعقد على حدة عن كل الدين إنما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس [1] ، واحتفاظ الدائن بحق التقسيم هو الدليل العكسي المطلوب . وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن ، عند مطالبته هذا الكفيل ، إلا أن يطالبه بجزء من الدين طبقاً لما احتفظ به في عقد الكفالة . أما سائر الكفلاء الذين لم يحتفظوا بحق التقسيم ، فتبقى قرينة مسئوليتهم عن كل الدين قائمة بالنسبة إليهم ، وإذا طالب الدائن أحدهم جاز له أن يطالبه بكل الدين ، فإذا دفع الكفيل كل الدين للدائن ، جاز له الرجوع على سائر الكفلاء ، ويدخل فيهم الكفيل الذي احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، كل بقدر حصته في الدين ، وذلك بدعوى الحلول . ويجوز أن يحتفظ كل كفيل كفل الدين بعقد على حدة لنفسه بحق التقسيم ، وعند ذلك نقسم الدين على جميع الكفلاء كما في الفرض السابق، ويحل احتفاظ كل منهم بحق التقسيم محل كفالتهم للدين بعقد واحد . وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب أي كفيل إلا بجزء من الدين ، طبقاً لما احتفظ به الكفيل من حق التقسيم لنفسه .

٤٣ – الدفوع التي يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه : وعند ما يحل الدين ويريد الدائن الرجوع على الكفيل بما يجوز له الرجوع به عليه [2] ، يجوز للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بدفوع مختلفة :

له أولا أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا (م ١/٧٨٨ مدني) .

---

(١) ولا يقبل إثبات العكس هنا ، أي لا يقبل إثبات أن الكفيل احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، شأن عقد الكفالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة وبما يقوم مقامها (سليمان مرقس فقرة ٩٨ ص ١١٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩ – فقرة ٤٢ .

وله ثانياً أن يتمسك بالدفوع التي يجوز للمدين أن يحتج بها ، لأن التزامه تابع لالتزام المدين (م ٧٨٢ مدني) .

وله ثالثاً أن يدفع بدفوع خاصة به ، وهي دفوع خاصة بالتزامه ككفيل ودفوع خاصة بالكفالة ذاتها .

وله رابعاً وأخيراً ، إذا أراد الدائن التنفيذ على أمواله ، أن يدفع بالتجريد (م ٢/٧٨٨ — ٧٩١ مدني) [١] .

ونبحث فيما يلي كلا من هذه الدفوع .

٤٤ — الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا — نص قانوني:

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدني على ما يأتي :

" لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين " [٢] .

---

(١) أنظر في تأثر القانون الفرنسي ، لا في حق التقسيم فحسب ، بل أيضاً هو والقانون المصري ، في وجوب رجوع الدائن أولا على المدين وفي حق التجريد بالقانون الروماني وإجراءاته الشكلية : كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٤٠١ ص ٨٩٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين . ويجب أن يرجع الدائن أولا على المدين ، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضامناً مع المدين ، فيخضع التزامه في هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن " . وفي لجنة المراجعة تقرر أن يكون النص من شقين ، الأول يتناول الرجوع والثاني يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع يخلط بينهما خلطاً تتدخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة على الشق الأول رأت اللجنة أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم في الشق الثاني خاصاً بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين . ثم أضافت للحكمين حكماً ثالثاً مفاده تمسك الكفيل بحقه في الصورتين بحيث لو رفع دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول ، جاز الحكم عليه وبالمثل في حالة التنفيذ . وأصبح الشق الأول مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ١/٨٥٦ في المشروع النهائي ، وأضيفت فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتي : " يجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بهذا الحق " . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١/٨٥٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدمجت الفقرة الثالثة في الفقرة الثانية فصار مقصوراً حكمها على حق التجريد ، ولم تعدل الفقرة الأولى وأصبح رقمها ١/٧٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ على ما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٣ — ص ٤٩٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦١٢/٥٠٢ : للكفيل الغير متضامن الحق إذا لم يتركه في إلزام رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله تجائز حجزها تفي بأداء الدين بتمامه . وحينئذ فللمحكمة النظر والحكم في إيقاف المطالبة الحالية للكفيل إيقافاً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : —

ويخلص من هذا النص أنه إذا بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ، فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين . والذي يقع في العمل أن الدائن لا يبدأ بالرجوع على الكفيل وحده ، وكذلك لا يبدأ بالرجوع على المدين وحده . وإنما يرجع عليهما معاً في وقت واحد ويطالبهما بوفاء الدين ، المدين باعتباره مديناً أصلياً والكفيل باعتباره كفيلا .وفي هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أولا ؛ فقد رجع الدائن على المدين والكفيل في وقت واحد .

ولكن قد يقع أن الدائن يتعجل ، وقبل أن يتثبت من جدوى الرجوع على المدين يتركه ويرجع على الكفيل وحده . في هذه الحالة يكون للكفيل الحق في دفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين ، طبقاً لنص المادة ١/٧٨٨ مدني سالفة الذكر . ولم

= التقنين المدنين السوري : م ١/٧٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبـــي : م ١/٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٢١ : ١ — يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ، ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان متضامنا مع المدين . ٢ — فإذا طولب الكفيل أولا ، جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله ، وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتا ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء .

م ١٠٢٢ : ١ — إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال وأن يقدم له مبلغا يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات . ٢ — ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال خارج الأراضي العراقية ، أو كانت أموالا متنازعا فيها .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٢ : يحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يداعي أولا المديون الأصلي في أمواله المنقولة وغير المنقولة ، وأن يعين له منها ما يصح منه التنفيذ على شرط أن يكون موقعها في المناطق الخاضعة لصلاحية محاكم الدول المشمولة بالانتداب الفرنسي — وفي هذه الحالة تقف مداعاة الكفيل إلى أن يتم التقاضي في أموال المدين، ولكن ذلك لا يمنع الترخيص للدائن في اتخاذ الوسائل الاحتياطية في حق الكفيل . وإذا كان للدائن رهن أرض في الحبس على بعض أموال المديون المنقولة ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعا لتأمين موجبات أخرى على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعاً .

م ١٠٧٣ : لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلي : أولا — إذا كان قد عدل صراحة عن هذا الحق ، ولا سيما إذا كان قد التزم الموجب بالتضامن مع المديون الأصلي . ثانيا — إذا أصبح المديون الأصلي في حالة إعسار مشهود أو أعلن بحجز . ثالثاً — إذا كانت الأموال التي تصح فيها المداعاة موضوعاً للنزاع أو مرهونة تأميناً لديون تستغرق قسما كبيراً من قيمتها أو كانت غير كافية بوجه واضح لإيفاء الدائن، أو إذا لم يعد للمديون على هذه الأموال إلا حق قابل للإلغاء .

م ١٠٧٤ : إن الكفيل الذي يتشبث بتقديم مداعاة المديون يجب عليه أن يعين للدائن أموال المديون الأصلي ، وأن يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ .

يكن في التقنين المدني السابق نص يماثل هذا النص ، كما لا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مثله . ولذلك جرى العمل في ظل التقنين المدني السابق ، كما هو الأمر في التقنين المدني الفرنسي ، أن الدائن يطالب الكفيل أولا دون حاجة إلى مطالبة المدين الأصلي أو التنبيه عليه بالوفاء أو حتى إعذاره ، وهذا من أثر الفكرة القديمة التي كانت في أوائل عهود القانون الروماني من تشبيه الكفيل بالمدين المتضامن ، ولكن الكفيل يكون له الحق في هذه الحالة في طلب تجريد المدين [1] .

أما الآن وقد وجد نص المادة ١/٧٨٨ في التقنين المدني المصري الجديد ، فقد وجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين ، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل . فإن رجع على الكفيل أولا ، كان لهذا كما قدمنا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولا على المدين. ويبدو أن هذا الدفع يسبق الرجوع على المدين كان يختلط في ظل التقنين المدني السابق ، كما يختلط الآن في ظل التقنين المدني الفرنسي ، بالدفع بالتجريد الذي سيأتي بيانه .فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولا بالدفع بالتجريد ، وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بإرشاده إلى أموال للمدين تفي بالدين كله ، ولا ينتظر حتى يجئ دور التنفيذ على ماله. فلم يكن هناك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد، يدفع به الكفيل مطالبة الدائن إياه إذا بدأ هذا بمطالبته . فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن إياه بالدفع بالتجريد ، وحصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل ، فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن إياه بالدين ، ويدفع بالتجريد متمسكا بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين . ولكن الدفع بالتجريد هو هو ، بنفس شروطه وآثاره ، سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل ، أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل [2] . ولكن صياغة التقنين المدني الجديد ميزت بين

---

(١) بودري وفال فقرة ١٠٢٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٤ – ص ٩٨٥ – وقد قضي في مصر ، في ظل التقنين المدني السابق ، بأن للكفيل ، متى كان غير متضامن ، الحق في إلزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء ، وعليه في هذه الحالة أن يثبت أن المدين الأصلي يمتلك أموالا يجوز حجزها تفي بأداء الدين بتمامه (استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٨٩٤ – الحقوق ٩ ص ٣٦٣ – ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ – ٢ يونية سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص ١٦٩ – ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨) – استئناف أسيوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٣٣٥ ص ٥١١ – استئناف مصر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٠ ص ٨١ (لا يلزم الدائن بإدخال المدين الأصلي إلا إذا طلب الكفيل غير المتضامن ذلك عند اتخاذ الإجراءات ضده ، فإذا سكت عن التمسك بهذا الحق فسكوته دليل على تنازله عن التمسك بحق الرجوع على المدين المنوح بقوة القانون بمقتضى المادة ٥٠٢ مدني) .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ – ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ – ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ =

الدفع في مبدأ الأمر عند مطالبة الدائن للكفيل، فسمته الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا (م ١/٧٨٨ مدني)، والدفع عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل أولا ، فسمته وحده دون الدفع الأول بالتجريد (م ٢/٧٨٨ مدني) . فهناك إذن في التقنين المدني الجديد دفعان متميزان أحدهما عن الآخر ، الدفع برجوع الدائن على المدين أولا والدفع بالتجريد . وأصبح هذا التمييز قائماً في التقنين المدني الجديد ، ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية ، بل تعداه إلى الشروط . فشروط الدفع بالتجريد بقيت كما هي ، أما شروط الدفع برجوع الدائن على المدين أولا فتختلف عن شروط الدفع بالتجريد كما سنرى . ولم يكن هذا التمييز قائماً في المشروع التمهيدي ، فقد كان هذا المشروع يخلط بين الدفعين ويسميهما معاً بالدفع بالتجريد [1] . ولما كان العمل قد جرى في ظل التقنين المدني السابق على رجوع الدائن على كل من المدين والكفيل في نفس الوقت للحصول على حكم إلزامهما معاً بالوفاء، فإذا حصل الدائن على هذا الحكم بدأ بالتنفيذ ضد المدين ولا يرجع على الكفيل إلا إذا كانت أموال المدين لا تفي بالدين ، فقد ميزت لجنة المراجعة بين الرجوع والتنفيذ ، ورأت أن يكون نص المادة ٧٨٨ مدني " من شقين " ، الأول يتناول الرجوع والثاني يتناول التنفيذ ، لأن نص المشروع (التمهيدي) يخلط بينهما خلطاً تتداخل فيه أحكام الأمرين ، وبالنسبة للشق الأول رأت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم في الشق الثاني خاصاً بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين . ثم أضافت للحكمين حكماً ثالثاً مفاده تمسك الكفيل بحقه في الصورتين ، بحيث لو رفعت دعوى عليه وحده ولم يتمسك بحكم الشق الأول جاز الحكم عليه ، وبالمثل في حالة التنفيذ . وأصبح النص كما يأتي : " ١ — لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين . ٢ — لا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله . ٣ — يجب على الكفيل في الحالتين أن

= م ٢٨ ص ١٥٧ — ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٧ — ١١ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ — ١٦ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٨٨ .

(١) فكانت المادة ١١٤٤ من هذا المشروع تنص على أنه " لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفه المدين . ويجب أن يرجع الدائن أولا على المدين ، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضامناً مع المدين ، فيخضع التزامه في هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن " . وكانت المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع تنص على أنه " إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد " . وكانت المادة ١١٤٥ من المشروع تنص على أنه " لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٤ و ص ٥٠٠) .

يتمسك بهذا الحق " [1] . وبذلك أصبح هناك دفعان ، دفع بوجوب الرجوع أولا على المدين ويبدى عند مطالبة الدائن للكفيل ، ودفع بالتجريد ويبدى عند التنفيذ على مال الكفيل . وزاد هذا التمييز وضوحاً عند مناقشة النص في لجنة مجلس الشيوخ ، تحت الاعتقاد أن هذا التمييز كان قائماً في ظل التقنين المدني السابق ، إذ ورد في مناقشات هذه اللجنة ما يأتي : " وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) ... تبين أن سقوط حق الكفيل في التمسك بالتجريد يكون عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى . ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة ، حتى يكون حكم السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التي أدمجت في الفقرة الثانية ، بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط. وقد أصبح نص الفقرة الثانية كالآتي : " ولا يجوز أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة التمسك بهذا الحق " [2] . وهكذا أصبح التقنين المدني الجديد يميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولا وبين الدفع بالتجريد ، ولا يجعلهما دفعاً واحداً ، ويجعل شروط الدفع الأول تختلف عن شروط الدفع الثاني . وليس لنا إلا أن نجاري المشرع فيما ذهب إليه من هذا التمييز ، ونبحث الدفع برجوع الدائن على المدين أولا مستقلا عن الدفع بالتجريد ، ونقصر الدفع بالتجريد على حالة التنفيذ على مال الكفيل قبل مال المدين .

ففيما يتعلق بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، نبحث شروط هذا الدفع وما يترتب عليه من أثر .

أما شروط الدفع فثلاثة : (الشرط الأول) بالإضافة إلى أن الكفيل لا يكون متضامنا مع الأصيل كما هو المفروض [3] ، يجب أيضاً ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولا قبل أن يرجع عليه ، فإن هذا حق قد تقرر لمصلحته فله أن يتزل عنه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨ — ص ٤٩٩ .

(٣) وكما يتبين من الأعمال التحضيرية ، فقد ورد في لجنة المراجعة ما يأتي : " وبالنسبة للشق الأول ، رأت أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ... " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧) . وقد ورد نص صريح في ذلك بالنسبة إلى كفيل الكفيل ، وهو بالنسبة على الكفيل في مركز الكفيل بالنسبة إلى المدين ، فنصت المادة ٧٩٧ مدني على ما يأتي : "تجوز كفالة الكفيل . وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل " (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٦) .

صراحة أو ضمناً ، في عقد الكفالة أو بعد ذلك [1] . (الشرط الثاني) أن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة . فإذا كان المدين معسراً ، أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها ، فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في ذلك . وعبء الإثبات هنا يقع على الدائن لا على الكفيل ، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين ، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد فسنرى أن عبء إثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل . وخلافاً للدفع بالتجريد أيضاً ، لا يلزم لتوافر هذا الشرط الثاني أن يكون عند المدين أموال كافية للوفاء بكل الدين ، بل يكفي أن يكون عنده أموال تفي ببعض الدين ، فيرجع الدائن على هذه الأموال ثم يستوفي بقية الدين من الكفيل [2] . وفي الدفع بالتجريد تقضي المادة ١/٧٨٩ مدني ، كما سنرى ، أنه يجب على الكفيل أن يرشد الدائن " إلى أموال للمدين تفي بالدين كله " . (الشرط الثالث) أن يتمسك الكفيل بالدفع . ويجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى [1]، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . وذلك بأن الدفع هو دفع بعدم قبول الدعوى ، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى [3] . ولكن لا بد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . ومادام الكفيل يجوز له النزول عن الدفع كما قدمنا ، فسكوته عنه قد يحمل على أنه أراد النزول ، فإذا لم يكن قد نزل وجب عليه أن يتمسك به ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . والذي أوجد الشبهة في هذه المسألة أن الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ مدني الخاصة بهذا الدفع لا تصرح بوجوب أن

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن النزول لا يكون إلا صريحاً (سليمان مرقس فقرة ٦٥ ص ٧٠) . ولكن مادام لا يوجد نص يشترط أن يكون النزول صريحاً ، فإنه لا يوجد مانع من أن يكون النزول ضمناً (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧) .

(٢) وقد جاء في مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقي في هذا الخصوص أن أحد أعضاء هذه اللجنة رأى جواز تمسك الكفيل بالدفع إذا كانت أموال المدين الجائز الحجز عليها تفي بجزء من الدين ، فانضمت إليه أغلبية الأعضاء . ورأت اللجنة حذف عبارة " تفي بأداء الدين بتمامه ": لأن هذا أصلح للكفيل من جهة ، ومن جهة أخرى لن يلحق بالدائن أي ضرر إذ أنه يستوفي بقية الدين من الكفيل . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٤ — ص ٤٩٦ في الهامش .

(1) مفاد الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ من القانون المدني أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين متى تمسك الكفيل بذلك ولم يكن متضامناً مع المدين .
(جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٩ ق) .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٧ ص ١٢٥ — محمد علي إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ — جمال الدين زكي فقرة ٤٩ ص ٩٩ — سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

يتمسك به الكفيل.، أما الفقرة الثانية من نفس المادة وهي الخاصة بالدفع بالتجريد فتصرح بوجوب تمسك الكفيل بالدفع . ففهم بعض الفقهاء [1] من ذلك ، بمفهوم المخالفة ، أنه ليس من الواجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع بل يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، خلافاً للدفع بالتجريد . ولكن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يبين أن هذا لم يكن مقصوداً ، بل على العكس من ذلك كانت لجنة المراجعة قد أضافت فقرة توجب فيها في هذا الدفع وفي الدفع بالتجريد معاً أن يتمسك الكفيل بالدفع ، وكانت هذه الفقرة تجرى على الوجه الآتي : " يجب على الكفيل في الحالتين أن يتمسك بهذا الحق " . وكان من الخير إبقاء هذه الفقرة . ولكن لجنة مجلس الشيوخ أدمجتها بالفقرة التي قبلها فجعلتها لا تنصرف في الظاهر إلا إلى الدفع بالتجريد ، إذ جرت بما يأتي : " ولا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق " . ولم تقصد لجنة مجلس الشيوخ أن تنفي ، عن الدفع الذي نحن بصدده وجوب تمسك الكفيل به كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، بل كل ما قصدته إدماج الفقرة الثالثة في الفقرة الثانية دون تغيير في الحكم الخاص بوجوب تمسك الكفيل بكل من الدفعين ، وقد جاء في تقريرها في هذا الخصوص : " أدمجت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة في الفقرة الثانية مع تعديل لفظي طفيف لا يمس جوهر الحكم " [2] . لذلك يجب القول بأن الكفيل ، كما يجب عليه التمسك بالدفع بالتجريد، يجب عليه أيضاً التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا [3] .

ويترتب على التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، إذا استوفى هذا الدفع الشروط الثلاثة السابق بيانها ، أن يقضي بعدم قبول الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل وحده . ويجب عندئذ على الدائن ، إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل في وقت واحد فتكون مقبولة كما قدمنا ، أن يرجع على المدين أولا يطالبه قضائياً بوفاء الدين . فلا يكفي إذن إعذار المدين بالوفاء ، بل تجب المطالبة القضائية . ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء (commandement) ، إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين . كذلك يحل محل المطالبة القضائية ، إذا كان المدين قد أفلس فامتنع على

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ٦٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٩ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٧ — محمد على إمام فقرة ٥٨ ص ٩٤ — جمال الدين زكي فقرة ٤٩ ص ٩٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٧ — ص ٥٨ .

الدائن اتخاذ إجراءات فردية ضده ، أن يتقدم الدائن بحقه في التفليسة ، وهذا يعتبر رجوعاً على المدين [1] .

٤٥ – تمسك الكفيل بالدفوع التي يحتج بها المدين – نص قانوني:

تنص المادة ٧٨٢ مدني على ما يأتي :

" ١ – يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " .

" ٢ – على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه " [2] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٦ ص ١٣٠ – محمد على إمام فقرة ٥٦ ص ٩٢ – جمال الدين زكي فقرة ٤٩ ص ٩٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٥٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ماعدا الأوجه المتصلة بشخصه خاصة، وذلك مع مراعاة ما ورد بالمادة ١١٣٥ " . ووافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، وأصبح رقمه ٨٥١ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٨٤٩ . وقالت اللجنة في سبب هذا التعديل ما يأتي : "التعديل من شأنه إلاّ يقيد من إطلاق العبارة التي وردت في آخر النص الأصلي وحذفت عند التعديل ، وهي : ما عدا الأوجه المتصلة بشخصه عامة ؛ فإن المقصود بهذه العبارة هو نقص الأهلية ، ولكن عدم احتجاج الكفيل بنقص أهلية المدين ينبغي ألاّ يكون مطلقاً ، وينبغي أن نميز بين ما إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين فلا يجوز له في هذه الحالة أن يحتج بذلك ، وبين ما إذا كان لا يعلم بنقص الأهلية فينبغي أن يكون له الحق في الاحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة " . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٧ – ص ٤٦٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦٢٢/٥٠٩ : يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج المدين بها ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٤٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٩١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٧ : يحق للكفيل أن يدلي بجميع أسباب الدفع المختصة بالمديون الأصلي شخصية كانت أو عينية ، ومن جملتها الأسباب المبنية على عدم أهلية المديون الأصلي – ويكون له هذا الحق بالرغم من معارضة المديون الأصلي أو عدوله عن تلك الأسباب ، وله كذلك حق الإدلاء بأسباب الدفع المختصة بشخص المديون دون سواء كإسقاط الدين الذي تم لشخص المديون .

ويخلص من هذا النص أن الأصل ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [1] ، أن " التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي ، وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام، كما أنه ينقضي بمجرد انقضائه . على أن المشروع يتحفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية ، فإنه استثناءاً لا يجوز للكفيل في هذه الحالة التمسك ببطلان الالتزام الأصلي " .

فالتزام الكفيل ، وهو تابع لالتزام المدين ، يكون باطلا أو قابلا للإبطال إذا كان التزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال [1] ، فيما عدا أن يكون التزام المدين قابلا بالإبطال لنقص الأهلية ففيه تفصيل كما سيأتي . وإذا انقضى التزام المدين ، انقضى معه التزام الكفيل. ولما كان المدين يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع هذه وبأن التزامه باطل أو قابل للإبطال أو بأن التزامه قد انقضى لسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كذلك للكفيل أن يتمسك بأوجه الدفع الذي يستطيع المدين أن يحتج بها من بطلان أو قابلية للإبطال أو انقضاء ، ولا يتمسك الكفيل بأوجه الدفع هذه ضد التزام المدين ، بل ضد التزامه هو ، فإن التزامه يكون هو أيضاً باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً تبعاً لالتزام المدين . فهو إذن يتمسك بأوجه الدفع هذه باسمه هو لا باسم المدين ، ويتمسك بها ضد التزامه هو لا ضد التزام المدين . ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد التزامه هو ، ولو نزل المدين عن هذا الدفع فإنه إنما ينزل عن الدفع بالنسبة إلى التزامه كمدين ، ويبقى أن يتمسك الكفيل بالدفع الذي نزل عنه المدين إذ يتمسك به ضد التزامه هو ككفيل، لا ضد التزام المدين فقد نزل هذا عن الدفع كما سبق القول . فإذا نزل المدين عن حقه في إبطال العقد لعيب من عيوب الرضاء وأجاز العقد ، فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بهذا العيب ضد التزامه هو ككفيل . وإذا نزل المدين عن حقه في التمسك بالتقادم ، فإن هذا لا يمنع الكفيل من أن يتمسك بالتقادم ضد التزامه هو ككفيل [2] . ويترتب على ذلك أيضاً أن الكفيل له أن يتدخل في الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٨ .

(1) التزام الكفيل – متضامناً أو غير متضامن – هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي. (جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٠ ق س ٢٧ ص ٦٣٧) . (جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ الطعن رقم ٨٦ لسنة ٤٣ ق س ٣١ ص ٥٣٤) . (جلسة ١٩٨٤/١/٤ الطعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ١٣٤) .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

من التزامه هو متمسكاً بدفع من هذه الدفوع ، بل له أن يتمسك بهذا الدفع بدعوى مبتدأة برفعها على الدائن [1] .

ونستعرض أوجه الدفع الذي يتمسك بها الكفيل ، في هذا الصدد ، فنتكلم في الدفع بالبطلان وفي الدفع بالإبطال وفي الدفع بالانقضاء .

فإذا كان التزام المدين باطلا لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، أو لأي سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام ، كان التزام الكفيل باطلا مثله ولنفس السبب . وللكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه ، كما للمدين أن يتمسك هو أيضاً ببطلان التزامه .

وللكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة ، لأن عقد المدين قابل بالإبطال لعيب في الرضاء ، كأن شابه غلط أو تدليس أو إكراه مما يجعل العقد قابلا للإبطال . ويبقى للكفيل الحق في طلب إبطال عقد الكفالة لعيب في الرضاء ، ولو أجاز المدين العقد الأصلي فأصبح لا يستطيع التمسك بإبطال هذا العقد . أما إذا كان السبب في إبطال العقد الأصلي هو نقص أهلية المدين ، بأن كان هذا قاصراً أو محجوراً عليه ، فهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين أو كان يعلم بها . فإن كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين ، كان له أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي لنقص الأهلية . ويستوي في ذلك أن يجاز العقد الأصلي أو لا يجاز ، ففي الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة . أما إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين ، فله أيضاً أن يبطل عقد الكفالة . لكن إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية ، أو أجاز وليه أو وصية أو القيم عليه بإذن المحكمة عند الاقتضاء ، العقد الأصلي ، ففي رأينا أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة مادام العقد الأصلي قد أجيز . فإذا كان الكفيل ليس فحسب عالماً بنقص الأهلية ، بل هو قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلي . ذلك بأن الكفيل إنما كفل المدين بسبب نقص أهليته ، فإذا تمسك المدين بنقص الأهلية ، وأبطل العقد الأصلي ، أصبح الكفيل مديناً أصلياً وصدر مسئولا عن الدين نحو الدائن ، وهو إنما تعاقد مع الدائن ناظراً لهذا الاحتمال [2] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٦٤ .

(٢) أنظر ما قدمناه آنفاً في هذا الصدد فقرة ٢١ – وهناك آراء ثلاثة في هذه المسألة : الرأي الأول ، وعليه أكثر الفقهاء المصريين ، يذهب إلى أن المادة ٢/٧٨٢ مدني يجب أن تفهم بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية ، على معنى أن الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية على =

وللكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ككفيل ، تبعاً لانقضاء التزام المدين [1] [أ]

= الدائن . أما الكفيل الذي يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية ، فإنه يجوز له أن يتمسك بنقص الأهلية حتى لو أجاز المدين عقد الدين الأصلي .

والرأي الثاني (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٦٥ — ص ٦٦) يذهب إلى أن الكفيل الذي يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين ، دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يبقى التزامه قائماً مادام التزام المدين ناقص الأهلية قائماً و لم يطلب المدين إبطاله . أما إذا أبطله ، فإنه يزول ويزول معه التزام الكفيل .

والرأي الثالث (وهو الرأي الذي نقول به) يذهب إلى أن الكفيل الذي يقتصر على العلم بنقص أهلية المدين دون أن يكفله بسبب نقص أهليته ، يجوز له أن يحتج بنقص الأهلية حتى لو لم يطلب المدين إبطال العقد وبقي التزامه قائما ولكنه لم يجز العقد . ولا يمتنع عليه الاحتجاج بنقص الأهلية ، إلا إذا أجاز المدين العقد الأصلي وصار هذا العقد غير قابل للإبطال . ويظهر الفرق بين الرأي الثاني والرأي الثالث في الفرض الآتي : إذا لم يبطل المدين العقد لنقص الأهلية ولكن لم يجزه فبقي العقد قابلا للإبطال، فالرأي الثاني يذهب إلى أن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن التزام المدين لا يزال قائماً ، أما الرأي الثالث فيذهب إلى أن الكفيل يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الكفالة لأن المدين يستطيع أن يتمسك بإبطال عقد الدين الأصلي وإن كان لم يتمسك بإبطاله . والرأي الثالث يفسر المادة ٢/٧٨٢ مدني كما يفسرها الرأي الأول على الوجه الآتي : إن الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، ولذلك ليس له أن يحتج بنقص الأهلية ولو تمسك المدين الأصلي بذلك .

(١) أما إذا لم ينقض التزام المدين ، بل بقي قائماً ولو تغير شخص الدائن ، بأن حل محله شخص آخر بعد أن وفاه هذا الشخص الآخر الدين أو حول الدائن حقه إلى محال له ، فإن التزام الكفيل لا ينقضي . بل يحل الموفي محل الدائن في الكفالة (٣٢٩ مدني) ، أو يتحول الحق بضماناته ومنها الكفالة إلى المحال له (م٣٠٧ مدني) . وإذا بقي الدين وغير شخص المدين عن طريق حوالة الدين ، فإن الكفيل لا بد أن يقبل كفالة المدين الجديد ، وإلا برئت ذمته (م ٣١٨ مدني) — أنظر في ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٧.

(1) وحيث أن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بالوجه الأول من أولهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون إذ أطرح ما تمسك به من عدم جواز مطالبة المدين الأصلي بالدين المطالب به إلا من خلال المدعى الاشتراكي طبقاً لحكم المادة ٢٠ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ في حين أن لها ككفيلة للدين الأصلي أن تتمسك بجميع الأوجه التي يجوز للمدين الاحتجاج بها طبقاً لنص المادة ٧٨٢ من القانون المدني .

وحيث أن هذا النعي في غير محله ، ذلك أن الكفيل المتضامن يعتبر بوجه عام في حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له وحده بكل الدين دون التزام بالرجوع أولا على المدين الأصلي أو حتى مجرد اختصامه في دعواه بمطالبته ذلك الكفيل بكل الدين ، لما كان ذلك وكان الثابت في الدعوى أن الطاعنة كفيلة متضامنة للمدين الأصلي ... وقد استعمل البنك المطعون ضده حقه القانوني كدائن في مطالبة الطاعنة وحدها بالدين المكفول وملحقاته التي لم يرد في شأنها اتفاق خاص ، وكان الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه لم ير موجباً لطلب الطاعنة إدخال المدعى الاشتراكي الذي أجابته محكمة القيم إلى طلبه فرض الحراسة على المدين الأصلي ... طبقاً للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم الحراسة وتأمين سلامة الشعب ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون .

(جلسة ١٩٨٩/٥/٢٩ الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٥٦ ق) .

فإذا انقضى التزام المدين بالوفاء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه هو أيضاً تبعاً لانقضاء التزام المدين . ويقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام تقنين المرافعات أو تلاه أي إجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته [1] .

وإذا انقضى التزام المدين بالوفاء بمقابل ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك (م ٢٣٩ مدني) ، حتى لو استحق الشيء الذي أعطى مقابلا للدين (م ٧٨٣ مدني) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي .

وإذا انقضى التزام المدين بالتجديد أو بالإنابة الكاملة ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، إلا إذا رضي أن يكفل الالتزام الجديد . أما الإنابة الناقصة فلا تبرئ ذمة المدين ، بل يقوم التزام المناب إلى جانب التزام المدين ، ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ، بل يبقى كفيلا لالتزام المدين الذي يبقى قائماً كما سبق القول .

وإذا انقضى التزام المدين بالمقاصة بين دينه ودين له في ذمة الدائن ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . وله أن يتمسك بانقضاء التزامه حتى لو لم يتمسك المدين بالمقاصة ، بل حتى لو نزل المدين عن التمسك بالمقاصة .

وإذا انقضى التزام المدين باتحاد الذمة ، كما لو ورث المدين الدائن أو أوصى الدائن للمدين بالدين ، جاز للكفيل أ، يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك ، ما لم يزل اتحاد الذمة بأثر رجعي كما إذا كانت الوصية معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط .

وإذا انقضى التزام المدين بالإبراء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . ولا يعتبر قبول الدائن الصلح من المدين المفلس إبراء له من جزء من الدين ، فيبقى الكفيل ضامناً لهذا الجزء .

وإذا انقضى التزام المدين باستحالة التنفيذ لسبب لا يد له فيه ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعاً لذلك . أما إذا أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا بخطئه ، فإنه يصبح مسئولا عن التعويض ، ويبقى الكفيل ضامناً لهذا التعويض .

---

(١) وتنص المادة ١/٣٤٠ مدني على أنه " إذا عرض المدين الدين واتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض مادام الدائن لم يقبله ، أو مادام لم يصدر حكم نهائي بصحته . وإذا رجع ، فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين " . وعلى ذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، إذا رجع المدين في العرض على الوجه سالف الذكر . وتنص المادة ٢/٣٤٠ مدني ": " فإذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين ". وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل ، إذا رجع المدين في العرض وقبل الدائن الرجوع على الوجه المبين في النص .

وإذا انقضى التزام المدين بالتقادم دون أن يتقادم التزام الكفيل ، بأن كان هذا الالتزام الأخير مؤجلا مثلا لأجل أطول من أجل التزام المدين ، جاز للكفيل أن يتمسك كانقضاء التزامه لا لأنه تقادم ، بل تبعاً لانقضاء التزام المدين بالتقادم . ويتمسك الكفيل بانقضاء التزامه على هذا النحو حتى لو لم يتمسك المدين بالتقـــادم ، بل حتى لو نزل عن التمسك به (1) .

٤٦ – الدفوع الخاصة بالكفيل : وللكفيل ، فضلا عن الدفوع التي يجوز أن يحتج بها المدين ، دفوع خاصة به لا يشترك فيها المدين .وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته ، أو أن تكون راجعة إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا .

فالدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلى بطلان هذا العقد أو قابليته للإبطال دون أن يكون العقد المنشئ لالتزام المدين باطلا أو قابلا للإبطال ، فيجوز للكفيل أن يتمسك ببطلان عقد الكفالة وحده أو بقابليته للإبطال .وقد ترجع إلى ما يرد على التزام الكفيل وحده من أوصاف لم تستمد من الالتزام الأصلي ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فيتمسك الكفيل بأن التزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط واقف و لم يتحقق هذا الشرط ، أو بأن التزامه قد انفسخ لأنه كان معلقاً على شرط فاسخ وقد تحقق هذا الشرط . وقد ترجع إلى انقضاء التزام الكفيل بطريق أصلي دون أن ينقضي التزام المدين، وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في انقضاء الكفالة ، فيتمسك الكفيل بانقضاء التزامه ولو لم ينقض التزام المدين .

والدفوع التي ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ثلاثة : (١) الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه بخطئه من التأمينات (م ٧٨٤ مدني) . (٢) الدفع ببراءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م ٧٨٥ مدني) . (٣) الدفع ببراءة ذمة الكفيل

---

(1) أ – كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، إلا أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل – تابعاً للالتزام الأصلي – فلا يقوم إلا بقيامه ، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين .

(جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٣٨ ق س ٢٣ ص ١٤٨٧) .

ب – التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه ، إذ لا يسوغ النظر في إعمال أحكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي ، وللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالا لنص المادتين ١/٢٨٢ ، ٧٩٤ من القانون المدني ، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل .

(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ الطعن رقم ٤٧٤٦ لسنة ٦١ ق) .

بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين (م ٧٨٦ مدني) . وسنبحث هذه الدفوع في مكانها عند الكلام في انقضاء الكفالة بطريق أصلي .

٤٧ – الدفع بالتجريد – نص قانوني : تنص المادة ٢/٧٨٨ مدني على ما يأتي :

" ولا يجوز له (للدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق [١] " .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده " . وفي لجنة المراجعة أدمجت هذه المادة بالمادة التي قبلها ، وجعل النص الموحد من شقين ، الأول يتناول الرجوع والثاني يتناول التنفيذ ، لأن المشروع يخلط بينهما خلطاً تتدخل فيه أحكام الأمرين . وبالنسبة إلى الشق الأول رأت اللجنة أن يمنع النص الدائن من الرجوع على الكفيل البسيط وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وجعلت الحكم في الشق الثاني خاصاً بالتنفيذ فمنعت الدائن من التنفيذ على الكفيل إلا بعد تجريده المدين (أنظر تاريخ نص المادة ١/٧٨٨ مدني آنفاً فقرة ٤٤ في الهامش) . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٢/٨٥٥ . وفي لجنة مجلس الشيوخ قال رئيس اللجنة : " إنه ليس من العدل أن نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله ، إذ يجب أن يكون له في مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل على أن يقف في التنفيذ عند حد الحجز " . فأجيب " بأن للدائن في مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى الحجز مثلا كإجراء تحفظي ، وليكن معلوما أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها إلا بعد تجريد المدين من أمواله " . وأثير اعتراض " على الفقرة الثالثة التي تقضي بوجوب تمسك المدين بحق التجريد عند الرجوع عليه من الدائن أو عند ما يتخذ هذا الدائن ضده إجراءات تنفيذية . (وقيل) إنه يجب قصر التمسك بحق التجريد على التنفيذ " . وبعد مراجعة القانون القائم (السابق) " تبين أن سقوط حق الكفيل في التمسك بالتجريد يكون عند التنفيذ فقط ، وليس عند رفع الدعوى . ولذا رأت اللجنة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة، حتى يكون السقوط قاصراً على التنفيذ فقط . وقد اقتضى هذا تعديل الفقرة الثالثة التي أدمجت في الفقرة الثانية بحيث يصدق حكمها على حالة التنفيذ فقط " . وأصبح نص الفقرة الثانية مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ٢/٧٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٣ – ص ٤٩٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٢/٥٠٢ " للكفيل غير المتضامن الحق إذا تم تكليفه في مواجهة رب الدين بمطالبة المدين بالوفاء ، إذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزها تفي بأداء الدين بتمامه، وحينئذ للمحكمة النظر والحكم في إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية . (ونص التقنين المدني السابق يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً الدفع بمطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٢/٧٥٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٢/٧٩٧ (مطابق) .

وقد قدمنا [1] أن التقنين المدني الجديد ميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين أولا ، والدفع بالتجريد (benefice de discussion) وكان التقنين المدني السابق يجعلهما دفعاً واحداً ويسميه الدفع بالتجريد . والدفع بالتجريد في التقنين المدني الجديد لا يكون إلا عند ما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ من الكفيل ويشرع في التنفيذ على أمواله، فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله كما يقرر النص سالف الذكر [1] .

= التقنين المدني العراقي : م ١٠٢١ : ١ – يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ، ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين . ٢ – فإذا طولب الكفيل أولا ، جاز له ، عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده ، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده ، إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفي للوفاء بالدين بأكمله. وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء . (ونص التقنين العراقي يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٢ – ١٠٧٤ (أنظر آنفاً فقرة ٤٤ في الهامش حيث ذكرت نصوص هذه المواد . والقانون اللبناني يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضاً مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤ .

(1) أ – الدفع بالتجريد – قبوله من الكفيل غير المتضامن – شرطه . شروع الدائن في التنفيذ على أمواله بسند قابل للتنفيذ وليس مطالبته بالدين . ثبوت أن الطاعن الأول كفيل متضامن مع الطاعنة الثانية المدينة الأصلية وأن المطعون ضده طالبهما معا بالدين المكفول استعمالا لحقه القانوني كدائن . نعى الطاعنين على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ رفضت الدفع بعدم قبول الدفع بالتجريد (برفضه الدفع بعدم قبول الدعوى لاختصام الكفيل – الطاعن الأول – مع المدينة الأصلية – الطاعنة الثانية – بالمخالفة لما أوجبته المادتان ١/٢٠١ من قانون المرافعات ، ٧٨٨ من القانون المدني من عدم الجمع بين الكفيل والمدين في كل طلب استصدار أمر الأداء الواحد ، ومن عدم الرجوع إلا بعد تجريد المدين الأصلي من أمواله) يكون على غير أساس .

(جلسة ٢٠٠٢/٥/١٤ الطعن رقم ٤٦١٤ لسنة ٧٠ ق) .

ب – مفاد الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ من القانون المدني **أنه** لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين متى تمسك الكفيل بذلك و لم يكن متضامنا مع المدين .

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٩ ق) .

ج – التجريد رخصة تخول للكفيل **غير** المتضامن الحق في أن يمنع التنفيذ على أمواله وفاءً للدين المكفول إلا بعد فشل الدائن في استيفاء حقه **جبراً من** الدين ، ومن ثم فإن التجريد لا يكون إلا في العلاقة بين الدائن والكفيل وبصدد شروع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل ولا يثبت للكفيل المتضامن .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ح ٣ ص ١٧١) .

والدفع بالتجريد ، بمعناه الواسع فيشمل الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، مبنى على اعتبارات قائمة على العدالة . فقد كان الكفيل ، طبقاً لحرفية التزامه ، مسئولا عن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بوفائه عند حلول أجله . إذ كان الكفيل يضمن للدائن الوفاء الأمين بالدين ، أي الوفاء عند حلول أجل الدين . ولكن القانون أتاح للكفيل هذا التأجيل ، عن طريق الدفع بالتجريد ، لأن الكفيل جدير بالرعاية . فهو يوفي ديناً ليس بدينه بل دين غيره ، ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ائتمانه . فيكون من العدل أن يتاح للكفيل أن يطلب من الدائن ، قبل أن يرجع هذا عليه ، أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه . ولا ضرر في هذا على الدائن ، إذ هو سيستوفي حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين . ويمكن القول أيضاً إن هذه هي النية المفترضة للكفيل ، عندما كفل المدين [1] .

والدفع بالتجريد بهذا المعنى الواسع مأخوذ عن القانون الروماني ، فقد كان هذا القانون في العهد الكلاسيكي يتيح للكفيل أن يطلب تجريد المدين ، إذا كان الكفيل لم يلتزم إلا بدفع ما لا يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين إذا هو رجع عليه (fidejussor indemnitatis) . ثم منح جوستينان الدفع بالتجريد لكل كفيـــل دون تمييز . ولم يكن الدفع بالتجريد معروفاً في القانون الفرنسي القديم في أول عهوده ، وكان الدائن يطالب الكفيل أولا . ثم أخذت العادات الفرنسية ، قبل إحياء القانون الروماني في جنوب فرنسا ، تتيح للكفيل أن يطالب الدائن بإدخال المدين في الدعوى . ولما أحيى القانون الروماني ،

---

(١) بوردي وفال فقرة ١٠٢١ ص ٥٤٤ — وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن الشارع قد وكل إلى المحكمة التي قدم إليها الكفيل دفعه بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز الحجز عليها يفي بأداء الدين بتمامه ، ثم الحكم بإيقاف المطالبة الخاصة للكفيل إيقافاً مؤقتاً أو عدم إيقافها على حسب الأحوال ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، فلا رقابة لمحكمة النقض على ما تراه محكمة الموضوع في ذلك . وللكفيل غير المتضامن أن يتمسك في أي وقت يكون مناسباً بالدفع بتجريد المدين ، وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله على هذا الدفع . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه أن يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دين منه ، وأن تقديمه لهذا البيان يكون على دفعه واحدة وعند البدء بالتنفيذ . فإن له كذلك أن يبين ما يكون من آل للمدين بسبب جديد . وإذن فإذا كان الكفيل ... لما جد للمدين ميراث ، بادر أيضاً إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه أن يسدد بدينه منه بغير رجوع عليه ، فإنه لا يصح اعتباره متوانيا في الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذي آل إليه ولا تاركا له ، بمستدلة إنه فاته أن يبديه عند البدء بالتنفيذ . ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة في تطبيق القانون ، إذا هي بحثت في قيام هذا الملك وإمكان استيفاء الدائن دينه منه (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٧ رقم ٧ — ١٠) .

عرف القانون الفرنسي القديم عن هذا القانون كلا من الدفع بالتجريد – وكان يسمى الدفع بالترتيب في الرجوع (exception d'odre) – والدفع بالتقسيم [1] .

ونبحث : (١) شروط الدفع بالتجريد . (٢) الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد. (٣) صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العيني قبل الرجوع على الكفيل .

٤٨ – شروط الدفع بالتجريد – نص قانوني : تنص المادة ٧٨٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن على أموال للمدين تفي بالدين كله " .

" ٢ – ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية ، أو كانت أموالا متنازعاً فيها " [2] .

---

(١) أنظر في كل ذلك بودري وفال فقرة ١٠٢١ ص ٥٤٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٤ مكررة من المشروع التمهيدي ، وتجرى على الوجه الآتي : " إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يدل الدائن على أموال المدين ، وأن يقدم له المبالغ الكافية للقيام بالتجريد " ، وفي المادة ١١٤٦ من المشروع التمهيدي وتجرى على الوجه الآتي : " ليس للكفيل أن يدل الدائن على أموال المدين تقع خارج الأراضي المصرية ، ولا على أموال متنازع فيها ، أو مرهونة في الدين " . وقد أدمجت لجنة المراجعة المادتين في مادة واحدة ، مع إدخال بعض تعديلات لفظية وإضافة عبارة "تفي بالدين كله " في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٨٥٧ في المشروع النهائي. وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت من الفقرة الثانية العبارة الأخيرة وهي " أو كانت مرهونة في ذات الدين " ، لأنه " إذا وجد مال مرهون في ذات الدين كان هذا المال تأميناً عينياً يجب استيفاء الدين منه أولا بموجب المادة ٧٩١ ، فلا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه " ، وأصبح رقم المادة ٨٥٦ ، ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها لجنته . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتي : " إذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن على أموال للمدين تفي بالدين كله " . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : " رأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة ، (وجب عليه أن يقدم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله) ، بعبارة (وجب عليه أن يدل الدائن على أموال للمدين تفي بالدين كله وأن يقدم له المصروفات الكافية للقيام بالتجريد) . وقد راعت اللجنة في ذلك أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا محل لإلزامه بدفعها مقدماً ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل . ولهذا رؤى الاكتفاء بإلزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله ، ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الإرشاد " . وقد أصبحت المادة بعد هذا التعديل ، تحت رقم ٧٨٩ / مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٩ – ص ٥٠٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٢/٥٠٢ (أنظر النص آنفاً فقرة ٤٧ في الهامش) . =

ويستخلص من المادة سالفة الذكر ومن المادة التي قبلها [1] أن شـــروط دفع الكفيل [2] بالتجريد ثلاثة :

١ — يجب ألا يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد ، إما عند الكفالة أو بعد ذلك . إذ الدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل تقرر لصالحه ، فله أن يتزل عنه ، وعندئذ لا يجوز له استعماله بعد هذا النزول. وتنص على ذلك صراحة المادة ٢٠٢١ مدني فرنسي إذ تقول : " لا يلتزم الكفيل أن يفي الدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك . فيجب أولا تجريد المدين ، إلا إذا نزل الكفيل عن حق التجريد ، أو كان متضامناً مع المدين إذ يجب في هذه الحالة أن يسرى على التزام الكفيل القواعد المقررة في التضامن " . وغني عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد ، إذ أن قواعد التضامن تقتضي أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن مع المدين ، فسيأتي بحثه في المطلب التالي . أما الكفيل غير المتضامن فله أن يطلب تجريد المدين ، إلا إذا كان قد نزل عن هذا الحق كما قدمنا . ويكون النـــزول عن الدفع بالتجريد صريحاً أو ضمنياً . وأكثر ما يكون النزول الصريح في عقد الكفالة ذاته ، فيشترط الدائن على الكفيل أن يتزل عن حق التجريد ، ويغلب أن يشترط الدائن ذلك حتى أصبح هذا الشرط شرطاً مألوفاً في التعامل (clause de style) . أما النزول الضمني فيستخلص من الظروف ، وقد يستخلص من تعهد الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول أجله . ولكن أكثر ما يكون النزول الضمني بعد عقد الكفالة عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أموال المدين فيسكت الكفيل

= ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبـــي : م ٧٩٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٢٢ : ١ — إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين ، وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال ، وأن يقدم له مبلغا يكفي للوفاء بتكاليف الإجـــراءات . ٢ — ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي العراقية ، أو كانت أموالا متنازعا فيها .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٢ — ١٠٧٤ (أنظر فقرة ٤٤ في الهامش حيث ذكرت النصوص) .

(١) م ٢/٧٨٨ مدني آنفاً فقرة ٤٧ .

(٢) وغني عن البيان أن المقصود بالكفيل الذي له حق الدفع بالتجريد هو الكفيل الشخصي . أما الكفيل العيني فليس له الحق في الدفع بالتجريد ، وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدني على أنه " إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على مال إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك " .

عن الدفع بالتجريد مما يفيد أنه نزل عن هذا الدفع ضمناً [1] . وإذا ترك الكفيل الدائن ينفذ على أمواله لأنه لم يكن لدى المدين مال تتوافر فيه الشروط يدل عليه ، ثم جد هذا المال للمدين ، لم يعتبر سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد نزولا ضمنياً إذا هو بادر ودفع بالتجريد بمجرد أن جد المال للمدين [2] . ولا يعتبر نزولا ضمنياً أن تكون الكفالة في مسائل تجارية فحسب ، فالدفع بالتجريد جائز في المسائل التجارية جوازه في المسائل المدنية [3] .

٢ — يجب أن يتمسك الكفيل بحقه في التجريد ، فلا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدني كما رأينا [4] [1] ، إذ تقول : "ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق " . ولما كان الدفع بالتجريد ، في التقنين المدني الجديد ، إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية ، فيبدو أن يترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولا من الكفيل إلا عندما يشرع الدائن في التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ عنده [5] . ويظهر أن الكفيل يستطيع إبداء الدفع بالتجريد عن طريق

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٤ — ترولون فقرة ٢٥١ وما بعدها — بون ٢ فقرة ١٦٧ وما بعدها — لوران ٢٨ فقرة ٢١١ — جيوار فقرة ١٣٠ — بودري وفال فقرة ١٠٤٣ ص ٥٥٤ .

(٢) ترولون فقرة ٢٥٦ — بون فقرة ١٧١ — جيوار فقرة ١٣١ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٢٧ — بيدان وڤواران ١٣ فقرة ١٠٠ — پلانيول وريپير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ — وأنظر عكس ذلك وأن سكوت الكفيل يعد نزولا ضمنياً لا يجوز للرجوع فيه حتى لو جد للمدين مال بعد ذلك : ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٧ — بونسو فقرة ١٩١ — بودري وفال فقرة ١٠٤٥ .

وأنظر في أن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية إنما أريد به مصلحة المدين لا غيره، فهو وحده دون الكفلاء الذي يستفيد من المادة ١٠ من هذا القانون فيما يختص بالفوائد : نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٥ — وفي أن المادة ١٤ من هذا القانون ذكرت أن الديون المضمونة بكفيل تكون محلا للتخصيص ، ثم عقبت على ذلك بقولها " على أن هذا التخفيض لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل "، وعلى ذلك لا يجوز التمسك بما نصت عليه المادة ٥٠٩ مدني (قديم) ، بل الواقع أن الشارع إذ أورد هذا الحكم في المادة ١٤ المذكورة مع قيام المادة ٥٠٩ مدني إنما قصد أن يعارض به حكم هذه المادة : نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٤ — مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٨ ورقم ١٥ ورقم ١٦ .

(٣) بون ٢ فقرة ١٥٨ — جيوار فقرة ١٢٦ — لوران ٢٨ فقرة ٢٠٩ — بودري وفال فقرة ١٠٤٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٧ .

(1) لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين متى تمسك الكفيل بذلك ولم يكن متضامنا مع المدين .
(جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٩ ق) .

(٥) جمال الدين زكي فقرة ٥٦ ص ١١٥ — سليمان مرقس فقرة ٧٤ ص ٧٧ وفقرة ٨٢ ص ٨٩ — أنظر عكس ذلك وأنه يجوز إبداء الدفع بالتجريد عند نظر دعوى مطالبة الكفيل بالدين فتقضي المحكمة ، مع =

الاستشكال في التنفيذ ، وكذلك يستطيع عقب التنبيه (commandement) على الكفيل بالوفاء وإيداع قائمة شروط البيع في العقار أن يبدى الدفع بالتجريد بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع [1] . وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن إياه بالدين ، لم يعتبر ذلك منه نزولا ضمنياً عن هذا الدفع لأن الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة [2] . ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك ، وبخاصة إذا جد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد ، فقد قدمنا أن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل أن يجد للمدين هذا المال لا يعتبر نزولا ضمنياً عن الدفع. فيكون للكفيل أن يدفع بالتجريد ابتداء من شروع الدائن في التنفيذ على ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ، ما لم ينـــزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمناً . ويمكن استخلاص النـــزول الضمني عن الدفع من عدم تمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن في التنفيذ مرحلة كبيرة، وعلى كل حال يعتبر النـــزول الضمني عن الدفع مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع [3] .

= الحكم بإلزام الكفيل بالدين ، بعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين : عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٤٥ — محمد على إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٠ .

(١) أنسيكلوبيدي داللوز ١ لفظ Cautionnement فقرة ١٤٩ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ — محمد على إمام فقرة ٦٤ ص ١٠٤ — جمال الدين زكي فقرة ٥٤ ص ١١٠ — سليمان مرقس فقرة ٧٨ ص ٨١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٦ — هذا وقد قضي التقنين المدني الفرنسي (م ٢٠٢٢) بأنه يجب على الكفيل أن يدفع بالتجريد عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده (sur les permiéres poursuites dérigrés contrelle) ، أي قبل أن يتكلم في الموضوع ، وإلا عد متنازلا عن الدفع. ولم يرد في التقنين المدني المصري السابق نص يماثل هذا النص ، فثار الخلاف فيما إذا كان يؤخذ به . وقد قضت محكمة النقض في مصر بأن للكفيل غير المتضامن الحق في إبداء الدفع بتجريد المدين في أي وقت مناسب ، ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه . فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال يجوز الحجز عليه والاستيفاء منه وأن يحصل هذا التعيين دفعة واحدة وعند البدء في التنفيذ ، فإنه لا يجوز له أن يبين ما يستجد من مال للمدين من نحو إرث أو هبة ، فإذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن الدائن أعلن الكفيل بتنبيه نزع الملكية فبادر الكفيل برفع معارضة في التنبيه وأعلن إلى الدائن صحيفة معارضته في الميعاد القانوني مبينا له ما يمتلكه المدين مما يجوز أن يستد بدينه منه ، ثم لما جد للمدين ميراث بادر هو إلى إعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكن أن يستد بدينه منه لو رجع عليه ، فإن هذا الكفيل لا يعتبر مبطئا ولا تاركاً الدفع بالتجريد عن هذا الملك الجديد الذي آل إليه (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) . على أن المشروع التمهيدي لنص المادة ٢/٧٨٨ مدني جديد ورد فيه ما يأتي : " لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات التي توجه ضده " (أنظر آنفاً فقرة ٤٧ في الهامش) . ولكن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٧) ، فأصبح الكفيل غير مقيد بنص تشريعي يعين الوقت الذي يبدي فيه الدفع بالتجريد ، وصار لا مانع من الرجوع إلى ما كان عليه العمل قبل التقنين المدني الجديد . فيجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في أي وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزوله عنه ، كما قضت محكمة النقض فيما قدمنا .

٣ – يجب أن يقوم الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله ، بشرط أن تكون هذه الأموال واقعة في داخل البلاد المصرية وليست أموالاً متنازعاً فيها (م ٧٩٨ مدني سالفة الذكر) . وغني عن البيان أن هذا الشرط يتخلف إذا كان المدين قد شهر إفلاسه أو إعساره ، أو صار في حالة إفلاس أو إعسار ظاهرة . وبوجه عام إذا كان ظاهر العجز عن الوفاء بالدين كما لو كان هناك محضر بأنه ليس لديه أموال ظاهرة (process-verbal de carence) [١] . ذلك لأن الكفيل في هذه الحالة لا يستطيع أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله ، فيتخلف شرط أساسي من شروط الدفع بالتجريد [٢] .

وأموال المدين التي يرشد الكفيل الدائن إليها يجب أن تفي بالدين كله ، فلا يكفي أن تفي بجزء من الدين أو حتى بمعظم الدين . ذلك بأن أموال المدين إذا كانت لا تفي بالدين كله ، اضطر الدائن عند التنفيذ عليها أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ، ولا يجوز إجبار الدائن على أن يقبل هذا الوفاء الجزئي (م ١/٣٤٢) [٣] . والقانون الفرنسي لا يشترط أن تكون أموال المدين تفي بالدين كله ، فيجوز أن تفي ببعض الدين ، ويجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئي في هذه الحالة ، إذ لا يناله من ذلك كبير ضرر فهو يرجع فوراً على الكفيل ببقية الدين [٤] . وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ١/٧٨٩ مدني مصري لا يتضمن هذا الشرط أسوة بالتقنين المدني الفرنسي ، فأضيف الشرط في لجنة المراجعة واستقر في

---

(١) نقض فرنسي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ١ – ٢٦٢ .

(٢) استئناف وطني ٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ (في حالة إفلاس المدين ومصالحته مع الدائنين على جزء معين يدفعه من الدين ، يكون ذلك دليلا كافيا على أنه ليس له أموال أخرى يمكن الرجوع عليها، فلا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد) – استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – وأنظر أيضاً بون ٢ فقرة ١٥٧ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٩ – جيوار فقرة ١٢٧ – بودري وفال فقرة ١٠٢٤ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

كذلك لا دفع بالتجريد إذا اتحدت ذمة الكفيل والمدين بأن أصبح أحدهما وارثاً للآخر ، ذلك لأنه لا يوجد إذ ذاك كفيل متميز عن المدين حتى يدفع بتجريد هذا الأخير (بون ٢ فقرة ١٥٧ – لوران ٢٨ فقرة ٢٠٨ – جيوار فقرة ١٢٧ – بودري وفال فقرة ١٠٢٥) . ولكن يجوز أن يدفع بالتجريد إذا كفل شخص البائع، فيجوز للكفيل أن يرفع دعوى استحقاق للشيء المبيع ولا ترفع دعواه بأنه كفيل لأن له حق التجريد (بودري وفال فقرة ١٠٢٥ – وأنظر عكس ذلك جيوار فقرة ١٢٧) .

(٣) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٧ – ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ – ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٣ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ .

(٤) ولكن يشترط مع ذلك أن يدل الكفيل على مال له قيمة محسوسة في وفاء الدين ، فلا يكفي أن يدل على مال ذي قيمة ضئيلة (جيوار فقرة ١٣٣ – بودري وفال فقرة ١٠٣٧) .

التقنين المدني المصري الجديد . وذلك أسوة بالتقنين المدني المصري السابق (م ٦١٢/٥٠٢) الذي كان يشترط هذا الشرط [١] .

وأموال المدين التي يرشد إليها الكفيل يصح أن تكون عقاراً أو منقولا [٢] ، ولكن يجب أن تكون مملوكة للمدين . فلا يصح للكفيل أن يطلب تجريد كفيل آخر كفل نفس الدين ولو كان غير متضامن معه [٣] ، بل الذي صح في هذه الحالة هو التقسيم إذا توافرت شروطه [٤] . كما لا يصح أن يطلب كفيل لمدين متضامن مع مدينين آخرين أن يطلب تجريد هؤلاء المدينين الآخرين ، ولا يطلب إلا تجريد المدين الذي كفله [٥] .

ويجب أن تكون أموال المدين التي يرشد إليها الكفيل لا يصعب التنفيذ عليها ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدني كما رأينا في هذا الخصوص : " ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي المصرية ، أو كانت أموالا متنازعاً فيها " . وظاهر أن أموال المدين ، إذا كانت خارج الأراضي المصرية ، تكون بعيدة ويصعب التنفيذ عليها . لذلك يجب أن يدل الكفيل على أموال للمدين تكون واقعة داخل الأراضي المصرية . ولا يشترط أن تكون واقعة في جهة معينة داخل الأراضي المصرية، كأن تكون واقعة في الجهة التي يجب وفاء الدين فيها أو واقعة في الجهة التي يكون فيها موطن المدين [٦] . كذلك لا يجوز أن تكون الأموال التي يدل عليها الكفيل متنازعا فيها ، فإن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة فقد يسفر فض النزاع عن أنها غير مملوكة للمدين ، وهي على كل حال يصعب التنفيذ عليها إذ يقتضي النزاع فيها غالباً التقاضي وما يترتب عليه من طول الإجراءات وتعقيدها . وليس من الضروري ليكون المال متنازعاً فيه أن تكون

---

(١) أنظر نفس الفقرة في الهامش .

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٣٣٨ — ترولون فقرة ٢٦٢ — بون ٢ فقرة ١٧٨ — لوران ٢٨ فقرة ٢١٣ — جيوار فقرة ١٣٣ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢١٧ — بودري وفال فقرة ١٠٣٧ ص ٥٥٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

(٣) بوردي وفال فقرة ١٠٣٦ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠ — فقرة ٤٢ .

(٥) بون ٢ فقرة ١٨٣ — لوران ٢٨ فقرة ٢١٦ — جيوار فقرة ١٣٨ — بودري وفال فقرة ١٠٣٦ — وأنظر عكس ذلك وأنه يجوز طلب تجريد المدينين الآخرين : بوتييه فقرة ٤١٢ — ترولون فقرة ٢٧٠ .

(٦) ويشترط التقنين المدني الفرنسي (م ٢/٢٠٢٣) أن تكون الأموال واقعة في الجهة التي يجب الوفاء فيها . ولكن القانون الفرنسي القديم كان لا يشترط في هذا الخصوص إلا أن تكون الأموال واقعة داخل الأراضي الفرنسية (بودري وفال فقرة ١٠٣١ ث ٥٤٩ هامش ٥) .

هناك دعوى مرفوعة في شأنه ، بل يكفي أنه يكون هناك نزاع جدي [1] . والحصة الشائعة في عقار تعتبر في حكم المال المتنازع فيه إذا كان هناك دائن ذو حق مقيد رتب على أعيان مفرزة تدخل ضمنها هذه الحصة الشائعة ، ذلك بأن الدائن ذا الحق المقيد له أن يعرض رغبته في التنفيذ على الأعيان المفرزة ، وأن يطلب بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وقف إجراءات التنفيذ الخاصة بهذه الحصة [2] . وإذا كان مال المدين مثقلا بحقوق عينية ، كرهن أو امتياز أو اختصاص ، وجب ألا يحسب من قيمة هذا المال إلا ما يبقى بعد خصم قيمة هذه الحقوق العينية [3] . فإذا كانت الحقوق العينية تستنفد الجزء الأكبر من قيمة المال ، جاز اعتبار المال في حكم المال المتنازع فيه وعدم الاعتداد به ، وذلك لصعوبة التنفيذ عليه وما يستتبع ذلك من التوزيع بحسب درجات الدائنين فلا يبقى منه إلا قيمة ضئيلة [4] . وإذا كان مال المدين لا يجوز الحجز عليه فلا يعتد به ، كذلك لا يجوز للكفيل أن يدل على مال للمدين لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ عليه . وقد نصت المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات السابق على أنه " لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص

---

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٢ هامش ١٠ — بوردي وفال فقرة ١٠٣٣ ص ٥٥٠ — سليمان مرقس فقرة ٧٩ ص ٨٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٨ .

(٢) أنظر م ٦٤٤ مرافعات . وقد صدر أخيراً تقنين مرافعات جديد يجب البحث فيه عما يقابل هذه المادة . وفي فرنسا لا يجوز التنفيذ على الحصة الشائعة قبل رفع دعوى القسمة (بون ٢ فقرة ١٨ — جيوار فقرة ١٣٦ — بودري وفال فقرة ١٠٣٣ — بيدان وقواران ١٣ فقرة ١٠٠ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٥ هامش ٦) .

(٣) استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢١٣ — ٢ يوليو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٢٢ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ١٧٨ — استئناف أسيوط ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٥٥ ص ١٢٢ — المنصورة الكلية أول ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٩ ص ٤٨ — استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٧ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٠ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ٢٥ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٧ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٣ — ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠١ — ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٧ — ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٥ .

وقد قضي بأن رفض تجريد المدين يكون مطابقاً للقانون إذا دل الكفيل في آخر لحظة على مال للمدين هو جزء من إيراد في وقف تستدعي المطالبة به إجراءات طويلة كثيرة المصروفات ، دون أن يثبت الكفيل كفايتها لوفاء الدين بتمامه (استئناف مختلط ٨ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٨) . وقضي بأنه يجوز للكفيل أن يدل على مال للمدين هو مبالغ هامة آتية من بيع أموال المدين المحجوز عليها وقد خصصت لقسمتها بين الدائنين ، فيحيل الكفيل الدائن على الحارس أو على قلم التوزيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٠٢) .

(٤) جيوار فقرة ١٣٦ — بوردي وفال فقرة ١٠٣٣ .

لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقتية " (ولم يتضمن قانون المرافعات الحالي ما يقابل هذا النص) . فإذا كان المدين قد رهن من ماله ما يكفي للوفاء بالدين ، لم يجز للكفيل أن يدل على مال آخر للمدين غير مرهون للمدين ، لأن هذا المال لا يجوز التنفيذ عليه . وهو يعدُ في غير حاجة لتجريد المدين إذا كانت الكفالة غير سابقة على الرهن ، بل كانت معه أو بعده ، لأنه لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال المرهونة (م ٧٩١ مدني وسيأتي بحثها) ، والمفروض أن الأموال المرهونة تكفي للوفاء بالدين فلا يرجع الدائن على الكفيل ومن ثم لا يحتاج هذا الأخير إلى الدفع بالتجريد . أما إذا كانت الأموال المرهونة لا تكفي للوفاء بالدين فإنه يجوز للدائن الرجوع على الكفيل بما يبقى من الدين ، وعندئذ يجوز للكفيل أن يطلب تجريد المدين ، وله أن يدل على مال للمدين لا يكون مرهوناً في الدين [1] . ولكن لا يجوز له أن يدل على المال المرهون في الدين، لأن هذا المال يكون الدائن قد نفذ عليه قبل الرجوع على الكفيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩١ مدني [2] .

ويكون إرشاد الكفيل للدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله على نفقة الكفيل، لأنه هو الذي يستفيد من هذا الإرشاد (أنظر م ١/٧٨٩ مدني سالفة الذكر) . ومن المصروفات التي يتحملها الكفيل في هذا الصدد مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي دل عليها الكفيل ، وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال [3] . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ١/٧٨٩ مدني يتضمن نصاً يوجب على الكفيل أن يقدم للدائن " المبالغ الكافية للقيام بالتجريد " . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدل النص ، فصار واجباً على الكفيل ، لا تقديم المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، بل القيام بنفقات إرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله . وجاء في تقرير اللجنة ما يأتي : " وقد راعت اللجنة في ذلك أن مصروفات التجريد سيرجع بها الدائن على الكفيل ، فلا

---

(١) أما في القانون الفرنسي فيجوز أن يدل الكفيل على مال للمدين لا يكون مرهونا في الدين مع وجود أموال للمدين مرهونة في الدين (بوردي وفال فقرة ٣٤) .

(٢) وكان المشروع التمهيدي للفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدني يمنع الكفيل أن يدل على مال للمدين مرهون في الدين . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذف من النص ما يقضي بهذا الحكم ، فحذفت من هذه الفقرة الثانية العبارة الأخيرة وهي " أو كانت مرهونة في ذات الدين " ، لأنه " إذا وجد مال مرهون في ذات الدين كان هذا المال تأمينا عينيا يجب استيفاء الدين منه أولا بموجب المادة ٧٩١ مدني ، فلا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل عليه " (أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٩ .

محل لإلزامه بدفعها مقدماً ، وبوجه خاص لأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملا تعيينه من قبل . ولهذا رؤى الاكتفاء بإلزام الكفيل بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله ، ورأت الاكتفاء بأن يتحمل الكفيل نفقه هذا الإرشاد " [1] .

٤٩ – الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٠ مدني على ما يأتي :

" في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب [2] " .

والمفروض أن الدفع بالتجريد الذي أبداه الكفيل قد استوفى الشروط المطلوبة ، وأنه قد قبل . فيترتب على ذلك وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، ثم يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل . فإذا لم يتخذها في

---

(١) أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش . أما التقنين المدني الفرنسي (م ١/٢٠٢٣) فيوجب على الكفيل أن يقدم للدائن المبالغ الكافية للقيام بالتجريد ، وتقدر المحكمة عند النزاع مقدار المبالغ التي يجب على الكفيل أن يقدمها للدائن وكيف يكون هذا التقديم (ترولون فقرة ٢٧٢ – فقرة ٢٧٣ – أوبري ٣٨ فقرة ٢١٢ – بون ٢ فقرة ١٧٤ – فقرة ١٧٦ – جيوار فقرة ١٣٩ – فقرة ١٤٠ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢١٧ – بودري وفال فقرة ١٠٢٦ – فقرة ١٠٣٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٥ مكررة من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " في كل الأحوال التي عين فيها الكفيل أموال المدين وفقا للمادة ١١٤٤ مكررة وقدم المصروفات الكافية للتجريد ، يكون الدائن مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة ، وذلك بقدر الأموال التي دل عليها الكفيل " . وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات على النص جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن الشروع ظل يتضمن عبارة " ويقدم المصروفات الكافية للتجريد " ، وصار رقم المادة ٨٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٨٥٧ . وحذفت لجنة مجلس الشيوخ من صدر المادة عبارة "ويقدم المصروفات الكافية للتجريد" تمشيا مع التعديل الذي أدخلته على المادة السابقة ، وأصبح رقم المادة ٧٩٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠٨ – ص ٥٠٩) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل .

الوقت المناسب ، كان مسئولا قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على ذلك كما تقول المادة ٧٩٠ سالفة الذكر . وإذا أخذها ، فحصل على حقه كله ، فقد برئت ذمة الكفيل . وأما إذا حصل على بعض حقه ، فإنه يرجع بالباقي على الكفيل .

فأول أثر يترتب على قبول الدفع بالتجريد هو إذن وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . بل إنه عند إبداء الكفيل للدفع وقبل الفصل فيه ، تقف إجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة في الدفع ، فإذا رفض استمر الدائن في إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . أما إذا قبل ، فإنه يمتنع استمرار الدائن في إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل [١] ، ولكن ما تم من هذه الإجراءات يبقى حافظاً لآثاره . ويلغى ما اتخذ من إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل عند إبداء الدفع بالتجريد ، فيلغى مثلا حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفع الحجز [٢] ، ويلغى التنبيه بنزع الملكية التي اتخذ ضد الكفيل وما يترتب عليه من آثار [٣] ، وتلغى إجراءات الحجز التنفيذي الموقع على منقولات المدين إذا لم تكن هذه الإجراءات قد تمت [٤] ، ويمتنع على الدائن أن يجرى المقاصة بين التزام الكفيل نحوه والتزام آخر في ذمة الدائن للكفيل [٥] . ولكن ذلك لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل . وقد كان التقنين المدني السابق (م ٦١٢/٥٠٢) ينص على ذلك صراحة ، إذ يقول: " وحينئذ فللمحكمة الحكم في إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل إيقافاً مؤقتاً ، مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية " . ولم يرد نص مماثل في التقنين المدني الجديد ، ولكن نص التقنين المدني السابق ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيجوز العمل بالحكم دون نص [٦] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ .

(٢) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ — السين ٢١٠ مارس سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٧ — ٢ — ٩٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد من عبارة إيقاف المطالبة الحاصلة للكفيل الوارد ذكرها في المادة ٥٠٢ من القانون المدني (القديم) هو الكف عن متابعة السير في إجراءات التنفيذ مع عدم الإخلال بالإجراءات التحفظية ، ولا يتعارض مع هذا الحكم قضاء المحكمة بإلغاء تنبيه نزع الملكية المعلن إلى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣١ ص ٧٦) .

(٤) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٦ ص ٩٠ .

(٥) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦ .

(٦) وقد نوقشت هذه المسألة في لجنة مجلس الشيوخ ، إذ قال رئيس اللجنة : " إنه ليس من العدل أن نحرم على الدائن التنفيذ على أموال الكفيل إذا وجد أن المدين يعمل على تهريب أمواله ، إذ يجب أن يكون له في مثل هذه الحالة أن ينفذ على أموال الكفيل ، على أن يقف في التنفيذ عند حد الحجز . فأجيب "بأن للدائن في مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى الحجز مثلا كإجراء تحفظي . وليكن معلوما أنه لا يجوز له بيع أموال الكفيل أو نزع ملكيتها ، إلا بعد تجريد المدين من أمواله " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٨) .

فيجوز للدائن أن يقطع التقادم بالنسبة إلى أموال الكفيل ، كما يجوز له أن يقيد رهناً لصالح الكفيل أو أن يجدد هذا القيد . بل يجوز له أن يحصل على حق اختصاص على عقار الكفيل بموجب حكم واجب التنفيذ صادر لصالحه ضد الكفيل ، فأخذ حق اختصاص لا يعدو أن يكون إجراء تحفظياً ، ولكن لا يجوز له بعد الحصول على حق الاختصاص أن ينفذ على عقار الكفيل إلا بعد تجريد أموال المدين [1] .

وبعد وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل . ويكون مسئولا لدى الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب (م ٧٩٠ مدني سالفة الذكر) . فإذا دل الكفيل على منقولات للمدين ، وتباطأ الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من إخفائها أو تهريبها أو تبديدها ، كان الدائن مسئولا عما كان يحصل عليه من هذه المنقولات لو أنه اتخذ إجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل ، لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضي اتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها. ولو أن الكفيل دل على عقار للمدين في يد الغير ، وتباطأ الدائن في اتخاذ الإجراءات لقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة هذا التقادم وملك الغير العقار بهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، كان الدائن مسئولا نحو الكفيل عما كان يحصل عليه من التنفيذ على العقار لو أنه قطع التقادم وقام بالتنفيذ على العقار في الوقت المناسب . ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل ، وفقاً للقواعد العامة [2] . وليس في كل ما تقدم إلا تطبيق للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية .وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمادة ٧٩٠ مدني ما يأتي: "المادة ١١٤٥ مكررة (٧٩٠ مدني) تطابق نص المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٧٢٢) الذي نقله بدوره عن المادة ٢٠٣٤ من التقنين الفرنسي .، وحكمها مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسئولية [3] " .

أما إذا اتخذ الدائن في الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل ، فالغالب أنه يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا ، لأن المفروض أن الكفيل قد دل على أموال للمدين تفي بالدين وافية ، ومن ثم تبرأ ذمة الكفيل بعد أن

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٠٤ – محمد كامل مرسي فقرة ٨٧ ص ١٢٢ – محمد على إمام فقرة ٦٥ ص ١٠٦ – ص ١٠٧ – سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ٩٠ – ص ٩١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤٦ ص ٩٠ – ص ٩١ .

(٢) جيوار فقرة ١٤٣ – بوردي وفال فقرة ١٠٣٩ ص ٥٥٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٠٨ .

استوفى الدائن حقه من أموال المدين . ولكن قد يقع عند تنفيذ الدائن على هذه الأموال ألا يحصل الدائن على حقه كاملا ، فقد تنخفض قيمة هذه الأموال عند التنفيذ عليها ، أو يظهر دائنون عاديون للمدين يزاحمون الدائن ، أو يتضح أن المحكمة قد قدرت هذه الأموال بأكثر من قيمتها . ففي هذه الأحوال لا تبرأ ذمة الكفيل إلا بمقدار ما حصل الدائن عليه من حقه نتيجة للتنفيذ على الأموال ، ويرجع الدائن بالباقي من حقه على الكفيل [1] . وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الدائن ، وأنه لم يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملا ، ويثبت ذلك عادة بمحاضر الحجز ومحاضر عدم الوجود [2] .

٥٠ – صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل – نص قانوني : تنص المادة ٧٩١ مدني على ما يأتي :

" 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 " [3] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ٩١ .

(٢) ترولون فقرة ٢٤٥ – حيوار فقرة ١٤٤ – بودري وفال فقرة ١٠٤٠ – وفي القانون الفرنسي ، حيث لا يكون واجبا أن تكون أموال المدين التي دل عليها الكفيل تفي بالدين كله ، إذا دل الكفيل على أموال للمدين تفي ببعض الدين بقي مسئولا عن الباقي (بلانيول وريبر وسافاتييه فقرة ١٥٣٥ ص ٩٨٦) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا قدمت الكفالة الشخصية تكميلا لتأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين ، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ، فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين ، وبقدر ما يتبقى من هذا الدين " . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة " بعد التأمين أو معه " بعبارة " تكميلا للدين " ، إيضاحاً للمعنى المقصود . واستبدلت عبارة " فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين " بعبارة " فإن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل إلا إذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين ، وبقدر ما يتبقى من هذا الدين " وهي العبارة الواردة في آخر المادة ٢ حتى يبرز الحكم بوضوح . فصارت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمها ٨٥٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٨٥٨ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١٠ – ص ٥١٢) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " اقتبس المشروع المادة ١١٤٧ من المادة ٢/٤٩٥ من التقنين السويسري ، وقد جاء التقنين الألماني أيضاً بحكم مشابه لهذا النص في المادة ٢/٧٧٢ . ويمتاز النص الذي أورده المشروع بدقة العبارة ، بحيث يستبعد أوجه النقد التي أثارها نص التقنين الألماني والسويسري . فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عيني من منقول وعقار ، سواء كان هذا =

والمفروض أن هناك تأميناً عينياً على مال للمدين يضمن نفس الدين ، فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو ، وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود ، أي كفله بعد هذا التأمين أو معه .

والمقصود بالتأمين مال للمدين ، عقار أو منقول ، يكون مرهوناً رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً في الدين ، أو عليه حق اختصاص أو حق امتياز ضماناً للدين . وإذا كان النص يقول: " إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين " ، فاقتصر على تأمين عيني مصدره القانون أو الاتفاق ، فإنه لا يجب استبعاد حق الاختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائي لا بالقانون ولا بالاتفاق ، لأن أحكام الرهن الرسمي تسرى على حق الاختصاص [1] . ولكن يجب استبعاد المال الذي يباشر عليه الدائن الحق في الحبس ، لأن الحق في الحبس ليس بتأمين عيني [2] .

وظاهر نص المادة ٧٩١ مدني سالفة الذكر لا يشترط أن يكون التأمين العيني مقرراً على مال مملوك للمدين ، بل يقتصر النص على القول بأنه " إذا كان هناك تأمين عيني " . ولكن النص ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، مأخوذ من المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسري والمادة ٢/٢٧٢ مدني ألماني [3] . وكلا النصين يتحدث عن

= التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥١١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨٠٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٢٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٢ (العبارة الأخيرة) : وإذا كان للدائن رهن أو حق في الحبس على بعض أموال المدين المنقول ، وجب عليه استيفاء دينه منه ، إلا إذا كان هذا المال موضوعاً لتأمين موجبات أخرى على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعا .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٨ ص ١٥٠ — محمد على أمام فقرة ٦٦ ص ١٠٩ — جمال الدين زكي فقرة ٥٧ ص ١١٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ .

(٣) أنظر نفس الفقرة في الهامش .

تأمين عيني على مال للمدين [1] . فنص المادة ٢/٤٩٥ التزامات سويسري يجرى على الوجه الآتي : " إذا حصل الدائن على رهون حيازية تأميناً لحقه ، قبل الكفالة أو في نفس الوقت ، فإن الكفيل البسيط يستطيع أن يقتضي استيفاء الدائن لحقه من هذه الرهون أولا ، إلا إذا كان المدين في حالة إفلاس أو كانت الرهون لا يمكن تحقيقها بغير إفلاس المدين " . ونص المادة ٢/٧٧٢ ألماني تجرى على الوجه الآتي : " إذا كان للدائن حق رهن حيازي أو حق حبس على منقول مملوك للمدين الأصلي ، وجب عليه أن يستوفي حقه أولا من هذا المنقول. وإذا كان للدائن حق مماثل على نفس الشيء فيضمن ديناً له آخر ، فإن القاعدة السابقة لا تنطبق إلا إذا كانت قيمة الشيء تغطى الدينين معاً " [2] .

ولا يشترط في التأمين العيني أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول وحده، بل يجوز أن يضمن ديوناً أخرى معه . كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [3] .

وظاهر أن هذه هي صورة خاصة للدفع بالتجريد [4] ، فالكفيل هنا يطلب من الدائن أن ينفذ على التأمين العيني المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو ، أي أن يطلب تجريد التأمين العيني الذي قدمه المدين أولا . على أن الكفيل كان له أن يطلب تجريد المدين من أمواله كما سبق القول ، ولكن هذا التجريد في صورته العامة يشترط فيه أن يدل

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٨ ص ١٥١ – محمد على إمام فقرة ٦٦ ص ١١٠ – جمال الدين زكي فقرة ٥٧ ص ١١٧ – سليمان مرقس فقرة ٨٤ ص ٩٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ٩٣ – ص ٩٤ – أنظر عكس ذلك شمس الدين الوكيل : مذكرات في الكفالة على الآلة الكاتبة ص ٣٠ حيث يجيز أن يكون التأمين العيني وارداً على مال لغير المدين ، أي على مال الكفيل عيني فيجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده .

وإذا كان التأمين العيني مقرراً على مال لغير المدين ، فإن هذا الغير يكون كفيلا عينياً . وليس للكفيل العيني حق تجريد المدين (م ١٠٥٠ مدني وأنظر أيضاً فقرة ٤٨ في الهامش) ، كما أنه ليس له حق تجريد الكفيل الشخصي . ولكن الدائن يستطيع أن يرجع على أي من الكفيل العيني أو الكفيل الشخصي . وليس لأي من الكفيلين حق تجريد الكفيل الآخر . لذلك إذا وجدت كفالة عينية وكفالة شخصية لنفس الدين ، فليس الدائن مقيداً بالرجوع أولا على الكفالة العينية ، بل له أن يرجع أولا على الكفيل الشخصي ، وللكفيل الشخصي أن يطالب تجريد المدين لا تجريد الكفيل العيني . وهذا بخلاف ما إذا كان التأمين العيني مقرراً على مال المدين ، فإن الدائن يجب عليه أن يرجع أولا على هذا المال ، وما بقي من الدين بعد ذلك يرجع به الدائن على الكفيل الشخصي (م ٧٩١ مدني سالفة الذكر) .

(٢) ويكفي أن يكون التأمين العيني قد قرره المدين على ماله ، حتى لو خرج هذا المال من ملكيته إلى الغير بعد الرهن (بعد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٨ ص ١٥٢) .

(٣) أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

(٤) وعلى ذلك يجب على الكفيل التمسك بهذه الصورة كما يتمسك بالدفع بالتجريد ، فلا يحكم القاضي فيها من تلقاء نفسه (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٨ ص ١٥٣ – سليمان مرقس فقرة ٨٣ ص ٩٥) .

الكفيل على مال للمدين يكفي للوفاء بالدين كله كما رأينا . أما هنا حيث قدم المدين تأميناً عينياً ، فلا يشترط في هذه الصورة الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين كله . فحتى لو لم يكن هذا التأمين كافياً ، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العيني واستيفاء جزء من حقه ، وما بقي من الدين يستوفيه الدائن من الكفيل . ولكن يبدو أن للكفيل في هذه الحالة أن يدفع بالتجريد في صورته العامة ، فيطلب من الدائن عند ما يرجع هذا على الكفيل بما يبقى من الدين ، أن ينفذ على بقية أموال المدين غير المال الذي قدمه المدين تأميناً عينياً . ويشترط لذلك أن يدل الكفيل على أموال أخرى للمدين تكون كافية للوفاء بكل الباقي من الدين ، وإلا نفذ الدائن بالباقي من الدين على أموال الكفيل .

وقد قدمنا أن هذه الصورة من الدفع بالتجريد ترجع إلى أن التأمين العيني الذي قدمه المدين ، وقد كان سابقاً على الكفالة أو معاصراً لها كما ذكرنا ، قد اعتمد عليه الكفيل في كفالته للمدين ، فمن حقه أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولا على هذا التأمين العيني قبل أن ينفذ على أمواله [1] . وكانت المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات السابق تنص على أنه "لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ... " ، معنى ذلك أنه إذ قدم المدين تأميناً عينياً على مال خصصه للوفاء بالدين ، فله أن يطلب من الدائن أن ينفذ أولا على هذا المال المخصص للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على سائر أمواله . فأولى أن يطلب الكفيل ذلك أسوة بالمدين ، فيطالب الدائن أن ينفذ أولا على المال الذي خصصه المدين للوفاء بالدين قبل أن ينفذ على أموال المدين [2]، وهذه هي نفس الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد التي نحن بصددها . (ولم يتضمن قانون المرافعات الحالي ما يقابل نص المادة ٤٨٩ من قانون المرافعات الملغي إلا أن ذلك لا يخل بحق الكفيل في التمسك بالدفع بالتجريد) .

ويخلص مما قدمناه أن هناك شروطاً لتطبيق المادة ٧٩١ مدني سالفة الذكر يمكن تلخيصها فيما يأتي : (١) أن يكون هناك تأمين عيني قدمه المدين لضمان دينه ، ويستوي أن يكون هذا التأمين على عقار أو على منقول ، مخصصاً لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه . ويستوي كذلك أن يكون هذا التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين، أو غير كاف للوفاء به . ويشمل التأمين العيني الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨ في آخرها .

(٢) وذلك ما لم تكن الكفالة سابقة على هذا التأمين العيني ، فلا يكون الكفيل في هذه الحالة قد اعتمد على هذا التأمين .

الحيازي وحق الامتياز ، ولا يشمل الحق في الحبس . (٢) أن يكون هذا التأمين العيني قد قدمه المدين قبل عقد الكفالة ، أو معاصراً لها . ولا يصح أن يكون متأخراً عن عقد الكفالة، لأن الكفيل إنما يعتمد على تأمين عيني سبق كفالته أو عاصرها ولكنه لا يعتمد على تأمين عيني تقرر متأخراً عنها . (٣) أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين، وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن ، فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين في التأمين العيني الذي قدمه وفي سائر أمواله . ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في مطالبة الدائن بالتنفيذ أولا على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني ، وقد سبق بيان هذا الشرط عند الكلام في حق التجريد بوجه عام . (٤) أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولا على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها . وقد سبق بيان هذا الشرط أيضاً عند الكلام في حق التجريد بوجه عام [1] .

٥١ – ما يلتزم به الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل – نص قانوني :

تنص المادة ٧٨٧ مدني على ما يأتي :

" ١ – يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل ، وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع " .

" ٢ – فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل " .

" ٣ – أما 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 " [2] .

---

(١) أنظر في هذه الشروط منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٥ ، في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩١ – ص ٤٩٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : " يقدر هذا النص واجباً منطقياً على الدائن بازاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن ، فيجب إذن أن يمكن من هذه الحلول . والنص منقول من المادة ٥٠٨ من تقنين الالتزامات السويسري ، مع شيء من التفصيل قصد به زيادة الإيضاح ومنع اللبس . وحكمه غني عن التعليق ، إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٩٢ – ص ٤٩٣) . =

ويفترض هذا النص أن الكفيل لم ينجح في دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما ، فحكم عليه بالدين ، أو أن الكفيل تقدم مختاراً للدائن دون دعوى ووفى الدين . ففي هذه الحالة ، يكون للكفيل الذي وفى عن المدين حق الرجوع على هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وسيأتي بيان ذلك . وفي جميع الأحوال ، عند وفاء الكفيل بالدين للدائن ، يجب على هذا الأخير أن يمكنه بما يستطيع من الرجوع على المدين . ويكون ذلك عقب وفاء الكفيل بالدين ، إذا أظهر الدائن استعداده للقيام بالتزامه بمجرد استيفائه . فإذا آنس الكفيل من الدائن أنه غير مستعد للوفاء بالتزامه . استطاع الكفيل ، بدلا من أن يوفى له الدين ، أن يودعه إيداعاً قضائياً طبقاً للقواعد المقررة لذلك، وعند ذلك يستطيع بعد هذا الإيداع القضائي أن يرجع على المدين . وكل ذلك قياساً على ما نصت عليه المادة ٣٤٩ مدني من أنه " ١ — لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء . فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب سند الدين أو إلغاؤه ، فإن كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند. ٢ — فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للدائن أن يودع الشيء المستحق إيداعاً قضائياً " .

والذي يلتزم به الدائن نحو الكفيل ، إذا وفى هذا الأخير الدين للأول هو ما يأتي :

أولا — أن يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع . ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهي في يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتى يرجع هذا بموجبها على المدين ، ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل وبذلك يثبت هذا الأخير أنه وفى الدين فيستطيع الرجوع على المدين . وغني عن البيان أن الكفيل ، إذ اضطر إلى إيداع الدين إيداعاً قضائياً كما قدمنا ، يستطيع أن يحصل على شهادة بذلك فتغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة ، فيتمكن من الرجوع على المدين .

ثانياً — ولما كان الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سنرى، فإن الدائن يلتزم بتمكينه من هذا الحلول في تأمينات الدين . فإذا كانت هذه التأمينات واقعة

= ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبـــي : م ٧٩٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٢٦ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل .

على منقول وكان المنقول في يد الدائن ، وذلك كما إذا كان في يد الدائن منقول مرهون رهناً حيازياً ضماناً للدين ، أو ما هو في حكم التأمين إذا كان هناك منقول في يد الدائن محبوس في الدين ، وجب على الدائن أن يسلم للكفيل هذا المنقول . وذلك حتى يحل فيه محل الدائن في حق رهن الحيازة أو في الحق في الحبس ، فيحبسه في يده كما كان يحبسه الدائن ، ضماناً لحقه في الرجوع على المدين .

ثالثاً – أما إذا كان التأمين عقارياً ، بأن كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو مأخوذ عليه حق اختصاص أو واقع عليه حق امتياز ضماناً للدين ، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل ليحل محله فيه. ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن يلتزم على تأمينات الدين عقاراً كانت أو منقولا ، سواء قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعدها ، حتى يحل فيها الكفيل محله . وسنرى ، عند الكلام في انقضاء الكفالة بطريق أصلي ، ما هي هذه التأمينات ، وما الذي يترتب على إضاعة الدائن لها .

٥٢ – كفيل الكفيل – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٧ مدني على ما يأتي :

" تجوز كفالة الكفيل ، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – لا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصلي والكفلاء المسئولون عن كل الدين معسرين ، أو حيث تكون ذمتهم قد برئت بسبب دفوع شخصية خاصة بهم . ٢ – أما إذا كان كل كفيل غير مسئول عن الدين كله ، فلا يجبر المصدق على الوفاء للدائن إلا حيث يكون المدين الأصلي والكفيل المكفول معسرين ، أو حيث تكون ذمتهما قد برئت بسبب دفوع شخصية خاصة بهما " . ورأت لجنة المراجعة أن يحل محل نص المشروع التمهيدي النص الآتي ، و يجعل كفيل الكفيل في علاقته بالدائن كما لو كان الكفيل الأصلي مدينا أصليا بالنسبة إلى حق رجوع الدائن عليه : " تجوز كفالة الكفيل ، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل " ، وأصبح هذا النص رقمه ٨٦٥ في المشروع النهائي . وأضافت لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب في آخر النص العبارة الآتية : " إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل " فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٤ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة كما أقرتها لجنته، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣١ – ٥٣٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

وكفيل الكفيل ، ويسمى أيضاً بالمصدق (cartificateur) ، هو من يكفل الكفيل ذاته للدائن ، دون أن يكفل المدين . فكفيل الكفيل يكفل التزاماً تابعاً هو التزام الكفيل ، لا التزاماً أصلياً هو التزام المدين .والتزام كفيل الكفيل تابع لالتزام الكفيل ، كما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي . ولا تفترض كفالة الكفيل ، فإذا كفل المدين الأصلي كفيلان أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثان ، لم يفترض في الكفيل الثاني أنه كفيل للكفيل الأول ، بل هو كفيل ثان للمدين الأصلي [1] .

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفل الكفيل دون المدين الأصلي ، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مديناً أصلياً ، ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلا ؛ وعلى ذلك تسرى في العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة ، فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الأصلي ثم على الكفيل ، وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو . كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل ، فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولا على أموال المدين الأصلي ثم على أموال الكفيل [2] . وليس لكفيل الكفيل أن يطلب تقسم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً ، فكفيل الكفيل يكفل التزام الكفيل ، أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلي [3] . ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل ، انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعددين لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً هو التزام الكفيل ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق التقسيم [4] .

= التقنين المدني السوري : م ٧٦٣ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨٠٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٣٩ : الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيلا للكفيل، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصليا بالنسبة له .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٣ : تصح كفالة الكفيل كما تصح كفالة المديون الأصلي .

م ١٠٧٦ : لا يلزم كفيل الكفيل تجاه الدائن إلا إذا أصبح المديون الأصلي وجميع الكفلاء في حالة العجز ، أو إذا برئت ذمتهم بناء على أسباب شخصية مختصة بالمديون أو بالكفلاء .

(١) بلانيول وريبر وسافاتييه فقرة ١٥٣٨ ص ٩٨٨ — نانسي ١٩ نوفمبر سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٥ — ٥ — ٦٤ — ركون الكفيل الثاني هو كفيل ثان للمدين الأصلي لا يفيد ، فيما يبدو ، أنه لا يتأخر عن الكفيل الأول في كفالته ، بل يكون كل كفيل م الكفيلين كفيلا للمدين الأصلي ، وتسرى القواعد المتعلقة بتعدد الكفلاء.

(٢) وهذا كله إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلي ؛ أما إذا كان متضامنا معه فلا يملك كفيل الكفيل طلب سبق الرجوع على المدين أولا ولا تجريده ، ولكن يملك طلب سبق الرجوع على الكفيل وتجريده (قارن سليمان مرقس فقرة ٩٠) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠ — فقرة ٤٢ .

ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يجوز للكفيل التمسك بها . ومن هذه الدفوع دفوع خاصة بالكفيل ودفوع خاصة بالمدين الأصلي [١] . ويجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة به هو ، كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للإبطال وانقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلي [٢] . وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلي ، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول [٣] . وله أن يستعمل حقوق الكفيل الذي كفله باسم هذا الكفيل ، كما يستعمل الدائن حقوق المدين في الدعـــوى غير المباشرة [٤] .

أما إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل ، فإنه تسرى في علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن التي سيأتي ذكرها ، فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولا على الكفيل أو على المدين الأصلي ، ولا أن ينفذ الدائن أولا على أموال الكفيل أو على أموال المدين الأصلي . ولكن إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلي ، فإنه يجوز لكفيل الكفيل أن يستعملَ حقوق الكفيل باسم هذا الأخير ، فيطلب من الدائن الرجوع أولا على المدين الأصلي ، وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلي قبل التنفيذ على أمواله هو .

وإذا وفى كفيل الكفيل الدين ، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الأصلي، أو عليهما معاً مسئولين بالتضامم (in solidum) . ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، كما سنرى في رجوع الكفيل على المدين [٥] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥ – فقرة ٤٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٤) پلانيول وريبر وسافاتييه فقرة ١٥٣٨ – ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في هذا المعنى : " ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين في حق كفيل الكفيل نفي الدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامنا معه. ولكن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل ، فيما نرى ، ولو لم يكن متضامنا مع المدين ، من الدفع بتجريد المدين مادام الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين ، وإلا لترتب على وجود كفيل الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن (منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ ص ٨٤) – أنظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٢ – سليمان مرقس فقرة ٧٧ ص ٧٩ – محمد على إمام فقرة ٦١ ص ٩٩ .

(٥) وإذا رفع الدائن الدعوى على كفيل الكفيل ، كان لهذا أن يدخل الكفيل في الدعوى وكذلك المدين ، ليحكم على كل منهما بأنه يرد الكفيل ما عسى أن يحكم به على هذا الأخير إذا نفذ هذا ما حكم به عليه (استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ – سليمان مرقس فقرة ٩٠ ص ١٠٥) .

المطلب الثاني
الكفيل متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين

٥٣ – تضامن الكفيل مع المدين – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٥ مدني على ما يأتي :

" في الكفالة القضائية أو القانونية ، يكون الكفلاء دائماً متضامنين " (١) .

ويفهم من هذا النص أن كلا من الكفيل القضائي والكفيل القانوني يكون دائماً، وبحكم القانون ، متضامناً مع المدين . وقد قدمنا أن الكفيل القضائي هو الكفيل الذي يكون

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن في عقد الكفالة أو في عقد منفصل . ٢ – كذلك يجب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد . ٣ – أما في الكفالة القضائية أو القانونية، فيكون الكفلاء دائماً متضامنين " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الأولى والثانية لأنهما تطبيق للقواعد العامة ، واستبقت الفقرة الثالثة ، فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٣ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق :

م ٦٠٨/٤٩٨ : في حالة عدم وجود شرط صريح ، لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ، ولا توجب التضامن .

م ٦٠٩/٤٩٩ : أما الكفالة التي تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم ، فتستلزم التضامن حتما مع كفالة الفوائد والمصاريف .

م ٦١٥/٥٠٤ : في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد بغير شرط التضامن ، لا يجوز لرب الدين إلا مطالبة كل منهم بقدر حصته في الكفالة . وأما إذا كانت الكفالة حاصلة بعقد عقود متوالية ، فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ، ولكن قد يتضح التضامن من قرائن الأحوال .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٦١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٣٠ : ١ – لا تضامن بين الكفيل والمدين ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو في عقد منفصل . ٢ – أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٩ : إن الكفالة لا تتضمن التكافل بدون اتفاق صريح – فإذا اشترط التكافل أو كانت الكفالة تعد عملا تجاريا من الكفيل ، كانت مفاعلها خاضعة للأحكام المختصة بالموجبات المتضامنة بين المديونين .

المدين ملزماً بتقديمه بموجب حكم قضائي في أحوال معينة نص عليها القانون ، والكفيل القانوني هو الكفيل الذي يكون المدين ملزماً بتقديمه بموجب نص في القانون [١] . فمتى قدم المدين للدائن كفيلا يكفل الدين، بموجب حكم قضائي أو بموجب نص في القانون ، كان هذا الكفيل متضامنا مع المدين [٢] [أ] . وعلى ذلك تكون هذه الحالة هي إحدى حالات تضامن الكفيل مع المدين ، وقد قررها القانون بنص صريح .

ذلك بأن تضامن الكفيل مع المدين يتقرر ، كالتضامن ما بين المدينين الأصليين ، إما بالاتفاق أو بنص في القانون . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٧٩٥ مدني ينص على ما يأتي : " ١ — لا يفترض التضامن ما بين الكفيل والمدين ، بل يجب اشتراط التضامن في عقد الكفالة أو في عقد منفصل . ٢ — أما في الكفالة القضائية أو القانونية فيكون الكفلاء دائماً متضامنين " . وفي لجنة المراجعة لم تستبق إلا الفقرة الثالثة ، لأن باقي النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة [٣] .

وعلى ذلك يكون مصدر التضامن ما بين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن ما بين المدينين الأصليين ، فيكون المصدر إذن هو الاتفاق أو القانون .

(المصدر الأول) الاتفاق : وأكثر ما يكون تضامن الكفيل مع المدين مصدره الاتفاق، فيشترط الدائن تضامنهما معاً . وهذا الذي يقع في العمل غالباً ، فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لا بد من اشتراطه ، إلا أنه من

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤ .

(٢) والمدين إذا التزام بتقديم كفيل ، بموجب حكم قضائي أو بموجب نص في القانوني ، فإنه يقدم عادة كفيلا واحداً ، فيكون هذا الكفيل متضامنا مع المدين . وهذا هو المعنى المقصود كما يظهر من نص المادة ٧٩٥ مدني سالفة الذكر عندما تقول : " يكون الكفلاء دائماً متضامنين " ، أي يكون الكفيل الذي قدمه المدين للدائن متضامناً مع المدين . ولكن ظاهر النص يفهم منه أنه في حالة تعدد الكفلاء الذين يقدمهم المدين ، وهذه حالة نادرة لم تكن ملحوظة وقت وضع النص ، يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين مع المدين من جهة ، ومتضامنين فيما بينهم من جهة أخرى . ولا مانع من قبول هذا التفسير في حالة تعدد الكفلاء القضائيين أو القانونيين الذين يقدمهم المدين ، وإن كان المدين كما سبق القول لا يقدم فعلا إلا كفيلا واحداً فيكون هذا الكفيل متضامناً مع المدين (أنظر في هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٨٦ ص ٩٧ هامش ١) .

(1) إذا كان مؤدى نص المادة ٧٩٥ من القانوني المدني أنه في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين ومن ثم فإن الكفيل القانوني يكون بنص القانون متضامنا مع المدين والكفيل القانوني هو الذي يلتزم المدين بتقديمه نفاذا للنصوص القانونية ومتى قدم الدين لدائنه هذا الكفيل ، فإن هذا الكفيل القانوني يكون متضامنا مع المدين .
(جلسة ١٩٨٤/٢/١٦ الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٥٠ ق) .
(جلسة ١٩٨٤/٦/٧ الطعن رقم ٢٠٧٧ لسنة ٥٠ ق) .

(٣) أنظر نفس الفقرة في الهامش .

الناحية العملية هو الذي يقع في العادة ، فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين [١] . ويصح أن يكون اشتراط الدائن للتضامن في العقد ذاته الذي أنشأ الدين وهذا هو الغالب ، كما يصح أن يكون في عقد مستقل يأتي تالياً لعقد الدين ، كما إذا كانت الكفالة في عقد مستقل يأتي تالياً لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن . وسواء كان الاتفاق على التضامن واقعاً في العقد الذي أنشأ الدين أو كان تالياً له ، فإنه لا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً لا شك فيه [٢] . فإذا لم يشترط الدائن التضامن ، فسر العقد لمصلحة الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين . وشرط التضامن قد يكون ضمنياً ، إذ الشرط الضمني غير الشرط المفترض ، فالتضامن لا يجوز أن يقوم على شرط مفترض ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمني .ويترتب على عدم جواز افتراض التضامن أن من يدعى قيام التضامن عليه أن يثبت وجوده ، ويثبت شرط التضامن طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ، وعند الشك في قيام التضامن يعتبر أنه غير موجود .

(المصدر الثاني) القانون : وقد رأينا مثلين على تضامن مصدره القانون ما بين الكفيل والمدين ، وهما الكفالة القضائية والكفالة القانونية . فكل كفيل قضائي يكون متضامنا مع المدين ، وكذلك يكون متضامناً مع المدين كل كفيل قانوني [1] ، ومصدر التضامن هنا نص

---

(١) مبدان وفواران ١٣ فقرة ١٣٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ١٩٤٦ – أنسيكلوبيدي داللوز لفظ Cautionnement فقرة ٢٣١ .

(٢) أحكام تقضي بالتضامن : استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٨ (كتب أرسله أحد الورثة والتزم فيه بدفع دين مورثه إذا لم تدفعه التركة في أجل معين : كفالة تضامنية فيما يزيد على نصيبه) – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٨٣ – أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٧٩ (المادة ٦٠٨ مختلط لا تستلزم استعمال لفظ " التضامن " ، بل مرد ذلك إلى تقدير القاضي) – بني سويف الكلية ٣٠ يونية سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٥ ص ١١١٥ (عبارة " ضمان المستاجر في سداد مبلغ الإيجار ضمانة حضور عزوم وإلزام كشخصه " تفيد التضامن) .

أحكام تقضي بعدم لتضامن : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٢ (لفظ " عزوم " لا يفيد التضامن) – ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٨ (وقع شخص على بياض ، وساتخلصت المحكمة أنه لم يوقع كشاهد ولكن ككفيل ، و لم تحكم بتضامنه لعدم وجود شرطواضح في ذلك) – ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ (الكفالة المعطاة في عقد إيجار لا تكون تضامنية ، ولو كان جميع أطراف العقد تجاراً وكان موضوع التعاقد استغلالا تجاريا ، ما لم يتفق على غير ذلك) .

(1) أ – مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة هي – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور ، وتقوم على فكرة الضامن القانوني فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه ، وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧٥ من القانون المدني التي تقضي بأن –

في القانون هو المادة ٧٩٥ مدني التي مر ذكرها [١] . كذلك إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً ، فإن الضامن الاحتياطي (aval) يكون كفيلا متضامناً مع المدين ، ومصدر التضامن هنا نص في القانون ، فقد نصت المادة ١/٤٢٠ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون " . ونصت المادة ٤٤٢ بأن " ١ — الأشخاص الملتزمون بموجب كمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها . ٢ — ولحامل الكمبيالة الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم . ٣ — ويثبت هذا الحق لكل موقع على الكمبيالة إذا دفع قيمتها . ٤ — الدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تحول دون الرجوع على الباقين ولو كانوا لاحقين للملتزم الذي وجهت إليه الدعوى إبتداء " . وتنص المادة ٤٧٠ على أنه تسرى على السند لأمر أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته . وتقض المادة ٥٠٢ بأن " ١ — يلتزم الضامن الاحتياطي على الشيك بالكيفية التي التزم بها المضمون . ٢ — وإذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير (endossement) الأوراق التجارية فالقابل والمحيلون كفلاء للساحب متضامنون معه . ومصدر التضامن هنا نص في القانون . وفي بيع السفينة فقد كانت المادة ١/٢٣ من التقنين البحري السابق تنص على أنه " يجب على الراسي عليه مزاد السفينة من أية حمولة كانت أن يدفع في ظرف أربع وعشرين

= للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ، ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه . (جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٧ الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق) .

ب — يدل النص في المادتين ١/١٧٤ ، ١٧٥ من القانون المدني — وعلى ما هو ما مقرر في قضاء محكمة النقض — على أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانوني ، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإن للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعة غير المشروعة دون حاجة لإدخال التابع في الدعوى ولا تلتزم المحكمة في هذه الحالة بتنبيه المتبوع إلى حقه في إدخال تابعه ، وللمتبوع الحق في الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من التعويض لمضرور لا على أساس أنه مسئول معه بل لأنه مسئول عنه فهو إن عد في حكم الكفيل المتضامن لا يعتبر مدينا متضامنا مع التابع .

(جلسة ١٩٨١/١١/١٢ الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٤٥ ق س ٣٢ ص ٢٠٣١) .

ج — المقرر وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني فتعتبر كفالة مصدرها القانون وليس العقد .

(جلسة ١٩٨٢/١/١٤ الطعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤١ ق س ٣٣ ص ١٠٧) .

(١) بني سويف الكلية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠ .

ساعة من وقت مرسى المزاد ثلث الثمن الذي رسا به المزاد عليه أو يسلمه إلى صندوق المحكمة ، ويؤدى كفيلا معتمداً بالثلثين يكون له محل في القطر المصري ويضع إمضاءه مع المكفول على السند ، ويكونان ملزمين على وجه التضامن بدفع الثلثين المذكورين في ميعاد أحد عشر يوماً من يوم مرسى المزاد . فهنا يقدم الراسي عليه مزاد السفينة كفيلا بثلثي الثمن، أي ما يتبقى في ذمته من الثمن ، ويكون هذا الكفيل متضامنا معه أي مع المدين نحو الدائن ، وذلك بموجب المادة ١/٢٣ بحري سالفة الذكر ، قبل إلغائها. (تنص المادة ٧٣ من قانون التجارة البحري الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أنه يجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع خمس الثمن فور رسو المزاد عليه على أن يودع باقي الثمن والمصروفات خزانة المحكمة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ رسو المزاد وإلا أعيد بيع السفينة على مسئوليته) .

٥٤ – تضامن الكفلاء فيما بينهم : وقد يتعدد الكفلاء ، ويكونون متضامنين فيما بينهم ، وغير متضامنين مع المدين . ومصدر تضامن الكفلاء فيما بينهم هو أيضاً ، كمصدر تضامن الكفيل مع المدين فيما قدمناه ، الاتفاق أو القانون [1] .

ويجوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين في وقت واحد ، وهذا هو الغالب . فيكون الكفلاء والمدين متضامنين جميعاً ، الأولون باعتبارهم كفلاء والأخير باعتباره مديناً أصلياً .

ويجوز أن يكون كل من الكفلاء المتعددين متضامنا مع المدين ، دون أن يكون هؤلاء الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم . فلو أن مديناً واحداً كان له كفيلان ، وكان كل كفيل متضامناً معه ، فإن الكفيلين لا يكونان متضامنين فيما بينهما ، مع أن كل كفيل منهما متضامناً مع المدين . ولكن مع ذلك يسرى على الكفيلين كثير من أحكام التضامن كما لو كانا متضامنين فيما بينهما ، وبوجه خاص يكون كل منهما مسئولا عن كل الدين ولا يكون لأي منهما حق التقسيم ، إذ أن كلا منهما مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين [1] .

(أ) المتبوع – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يعتبر في حكم الكفيل المتضامن للتابع كفالة مصدرها القانون مما يترتب عليه أنه إذا تعدد المتبوعون كانوا متضامنين فيما بينهم عملا بالمادة ٧٩٥ من القانون المدني .

(جلسة ١٩٨٣/١/١٣ الطعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤٥ ق س ٥٣٤ ص ٢٠٢) .

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٦ ص ٢٨٥ – ص ٢٨٦ .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء ، ويكون بعضهم متضامناً مع المدين وبعض آخر غير متضامن معه . فلو أن مديناً واحداً كان له ثلاثة كفلاء ، اثنان منهم متضامنان معه والثالث غير متضامن ، فالاثنان المتضامنان معه لا يكون لأي منهما حق التقسيم ولا حق التجريد ، ويكون كل منهما مسئولا عن كل الدين . أما الكفيل الثالث غير المتضامن مع المدين فيكون له حق التقسيم إذا توافرت شروطه فلا يكفل إلا حصته في الدين ، ويكون له أيضاً حق التجريد .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون في دين واحد ، ويكون المدينون متضامنين [1] . فإن كان الكفلاء أيضاً متضامنين فيما بينهم ، ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين، لم يكن لهؤلاء المدينين المتضامنين فيما بينهم حق التقسيم ، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم وكفلوا بعقد واحد ، كان لهم حق لتقسيم ، وكان لهم أيضاً حق التجريد . فإذا كفلوا بعقود متوالية ، لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أي منهم بهذا الحق فيكون له . ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين ، فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين أيضاً مع المدينين المتضامنين ، لم يكن لهم لا حق التقسيم ولا حق التجريد [2] .

٥٥ – تطبيق أحكام التضامن : ويطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين ، بوجه عام ، أحكام التضامن .

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فهؤلاء يكونون في العلاقة بينهم وبين الدائن ، مدينين متضامنين ليس لهم حق التقسيم . ولهم حق التجريد إذا كانوا غير متضامنين مع المدين ، وليس لهم هذا الحق إذا كانوا متضامنين معه . فيجوز للدائن أن يطالب أياً من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة المحل [3] . ويجوز

---

(١) أما إذا كان المدينون غير متضامنين ، فإن الدين ينقسم عليهم فيصبح عدة ديون ، لكل دين مدين . فتؤول المسألة إلى أن يكون هناك مدين واحد كفله كفلاء متعددون ، وقد عالجنا فيما تقدم الصور المختلفة لهذا الغرض .

(٢) وإذا كان هناك مدينان متضامنان ، كفل أحدهما كفيل وكفل الثاني كفيلان بعقد واحد ، فإن كفيل المدين الأول يكون مسئولا عن كل الدين لأنه كفل مديناً متضامنا مسئولا عن كل الدين . أما كفيلا المدين الثاني فينقسم الدين بينهما لأنهما كفلا بعقد واحد . فإن كفلا بعقدين متواليين ، كان كل منهما مسئولا عن كل الدين إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم (سليمان مرقس فقرة ٩٩ ص ١١٤) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه جرى قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أي واحد من المدينين المتضامنين تسري في حق باقي المدينين ، كما أن مطالبة أي ... =

لكل كفيل أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعاً ، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر . أما إذا انقضى التزام أحد الكفلاء بسبب غير الوفاء كتجديد أو مقاصة أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم ، فإن أثر انقضاء الالتزام يقتصر عليه ، ولا يحتج أي كفيل آخر بهذا السبب إلا بقدر حصة الكفيل الذي قام به سبب الانقضاء ، ويرجع ذلك إلى فكرة تعدد الروابط .وهناك نيابة تبادلية بين الكفلاء ا لمتضامين فيما بينهم ، فيعتبر كل كفيل ممثلا للكفلاء الآخرين ونائباً عنهم فيما ينفعهم لا فيما يضرهم. وإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم كل الدين ، لم يجز له أن يرجع على أي من الكفلاء الباقين إلا بقدر حصته ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن [1] .

وفيما يتعلق بالكفيل المتضامن مع المدين ، يكون الاثنان بالنسبة إلى الدائن مدينين متضامنين بوجه عام فيجوز للدائن أن يطالب بكل الدين أياً من المدين أو الكفيل . على أن الكفيل المتضامن يختلف عن الكفيل العادي (أي غير المتضامن مع المدين) في أنه بوجه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ، ثم يختلف عن المدين المتضامن في الدفوع التي يستطيع أن يحتج بها . فنقارن الكفيل المتضامن بالكفيل العادي من جهة ، ثم نقارنه بالمدين المتضامن من جهة أخرى .

من الكفلاء المتضامنين تسري في حق سائر زملائه لاتحادهم في المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم في مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالفة الذكر سارياً فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ،وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، وتكون = = مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين :ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقي الكفلاء المتضامين وقاطعا لمدة التقادم بالنسبة لهم (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النص ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحاً لدين قائم ، فإنه يحق له أن يرجع على باقي الكفلاء المتضامنين كل بقدر حصته في الدين الذي أوفاه الدائن . ويكون هذا الرجوع بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التي أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانونا بين المتعهدين المتضامنين في الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدني الملغي . وإذا كانت الدعوى الشخصية تقوم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين ، فإنه يتبين في شأن تقادمها إعمال قواعد التقادم المقررة في شأن الوكالة ، واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمس عشرة سنة ، تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ من هذا التاريخ فقد ينشأ حقه في الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ، ويصبح هذا الحق مستحق الأداء (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٧ ص ٢٧٩ – وهو الحكم السابق الإشارة إليه في الهامش السابق) .

٥٦ الكفيل المتضامن والكفيل العادي– حرمان الكفيل المتضامن من حق التجريد – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٣ مدني على ما يأتي :

" لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد " [١] .

وقد رأينا أن الكفيل العادي له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا ، وله أن يتمسك أيضاً بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولا وهذا هو حق التجريد . أما الكفيل المتضامن ، فليس له أن يتمسك بأي من الحقين .

فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين ، فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولا على المدين . وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن ، ومن أجل هذا جعل الكفيل متضامناً مع المدين. فالكفيل المتضامن مسئول عن كل الدين كالكفيل العادي ، ولكنه يختلف عن الكفيل العادى في أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين . فالدائن إذن مخير إن شاء رجع على المدين وإن شاء رجع على الكفيل المتضامن. وإذا رجع على أحدهما فإن ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول . بل للدائن أن يرجع عليهما معاً في وقت واحد ، سواء كان الرجوع ابتداء أو كان بعد الرجوع على أحدهما . وتنص المادة ١٠٣١ مدني عراقي في هذا الصدد على أنه " إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً " [٢] أما الكفيل العادي ، فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين .

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، وقد أضافته لجنة المراجعة نقلا عن المادة ١١٥٧ من لجنة الأستاذ كامل صدقي ، وأصبح رقمه ٨٦١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٤ – ص ٥٣٥) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني الليبـــي : م ٨٠٢ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٣١ : إذا كان الكفيل متضامنا مع المدين ، فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل . ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر ، فبعد مطالبته أحدهما أن يطالب الآخر ، وله أن يطالبهما معاً .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٩ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣ في الهامش) .

(٢) أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش .

وإذا فعل الدائن ذلك ، كان للكفيل العادي أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولا على المدين .

كذلك يجوز للدائن أن ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولا ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد ، وهذه مزية أخرى هامة لتضامن الكفيل مع المدين . أما الكفيل العادي ، فلا يجوز للدائن أن ينفذ الدين على أمواله أولا ، وله أن يتمسك بحق التجريد .

٥٧ – الكفيل المتضامن والمدين المتضامن – أوجه الدفع التي يستطيع أن يحتج بها كل منهما – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٤ مدني على ما يأتي :

" يجوز للكفيل المتضامن ... بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين " (١) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لنص هذه المادة أنها " تبحث في مركز الكفيل المتضامن مع المدين . وقد كان هذا المركز دائماً محل خلاف شديد : هل يعتبر الكفيل المتضامن في حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين دون الدفوع الخاصة بالمدين ، أم أن له أن يتمسك بكل الدفوع التي يتمسك بها الكفيل العادي مع حرمانه من حقي التقسيم والتجريد ؟ والتشريع المصري

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية المدين المتضامن " ، فيجوز له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين . وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة "لا يسأل الكفيل المتضامن مسئولية المدين المتضامن " لأنها أدخل في الفقه منها في التشريع ، ولأن حكم المادة بعد حذف هذه الفقرة يستخلص منه مدلولها ، فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٢ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٥ – ص ٥٢٦) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٦٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨٠٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٦٩ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣ في الهامش) .

(السابق م ٥٠٩/٦٢٢) ، ويجاريه المشروع في ذلك ، يؤيد الرأي القائل بأن الكفيل ، متضامناً أم عادياً ، له أن يدفع بكل دفوع المدين [1] ، ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به . ويتفق هذا الرأي في الواقع مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل في التمسك بكل الدفوع التي للمدين حتى الشخصية منها . كذلك يجارى القضاء المصري هذا الرأي أيضاً : أنظر على الأخص (نقض ٦ يونية سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ص ٣٢٢ رقم ١٥٤ — استئناف أهلي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١١٦٢ رقم ٤٩١ — استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ ب ٧ ص ١٣٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ ب ١٢ ص ٢٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩١١ ب ٢٣ ص ٢٧٣ — راجع مع ذلك بني سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ رقم ٦٠٠) " مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٥ — ص ٥٢٦ " [1] .

ويقتضينا ذلك أن نبحث ما هي الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين المتضامن، ثم ما هي الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها الكفيل المتضامن مع المدين .

---

(1) التزام الكفيل متضامنا أو غير متضامن — وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض — هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه إذ لا يسوغ النظر في أعمال أحكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الأصلي ، وللكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به إعمالا لنص المادتين ١/٢٨٢ ، ٧٩٤ من القانون المدني ، فكل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل .
• (جلسة ١٩٩٢/٦/٧ الطعن رقم ٤٧٤٦ لسنة ٦١ ق) .

(١) والقضاء الفرنسي يعتبر الكفيل المتضامن في مركز المدين المتضامن ، ويستند في ذلك إلى نص المادة ١٠٢١ مدني فرنسي وتجرى على الوجه الآتي : " الدفع بالتحريد لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين ، وفي هذه الحالة تسري على الكفيل القواعد المقررة في شأن المدينين المتضامنين " فيقضي هذا النص ، كما نرى ، بأن التزام الكفيل المتضامن مع المدين تسري عليه القواعد المقررة في شأن المدينين المتضامنين. ولكن الفقه الفرنسي يميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن ، فالأول يعتبر كفيلا ويكون التزامه تابعاً لالتزام المدين الأصلي ، أما الثاني فيعتبر مدينا أصليا . وقد سار القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق ، على مذهب الفقه الفرنسي ، وميز بين الكفيل المتضامن مع المدين والمدين المتضامن (أنظر الأحكام المشار إليها في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٦ — وهي الأحكام المذكورة في المتن) . وأخذ التقنين المدني الجديد بهذا التمييز بنص تشريعي ، هو المادة ٧٩٤ مدني سالفة الذكر . فيعتبر الكفيل المتضامن مع المدين كفيلا لا مديناً أصلياً ، وله أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل العادي من دفوع : وسيأتي تفصيل ذلك فيما يلي في المتن في نفس الفقرة — وأنظر القانون الفرنسي من قضاء وفقه في بودري وفال فقرة ٩١٩ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٣ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٣٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٩٤٦ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٤٠٦ — وأنظر أيضاً محمد كامل مرسي فقرة ١٠٠ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧١ — سليمان مرقس فقرة ٨٦ — فقرة ٨٨ .

فأوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن منصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدني على الوجه الآتي : "ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاص بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا " . فيكون مثل أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء ، أن تكون الرابطة التي تربط هذا المدين بالدائن مشوبة بعيب في الرضاء أو بنقص في أهلية هذا المدين ، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها ، أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء ، كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم ، وهذه جميعها يحتج بها المدين الذي قام السبب من جهته ويدفع بها مطالبة الدائن . وأما أوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً ، فكأن يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلا في الأصل لانعدام رضاء المدينين جميعاً أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعيب في الشكل ، أو يكون العقد قابلا للإبطال لصالح جميع المدينين بأن يكون قد وقع عليهم جميعاً إكراه أو تدليس أو وقعوا جميعاً في غلط جوهري ، أو يكون العقد قابلا للفسخ بأن يكون الدائن مثلا لم يف بما تعهد به فيكون لكل من المدينين المتضامنين حق المطالبة بالفسخ ، أو يكون أحد الدائنين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع ويكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن . ولا يحتج المدين المتضامن المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين . كما إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره في غلط جوهري فلا يحتج هو بذلك ، وكما إذا كان غيره ناقص الأهلية فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين . وكما إذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فلا يتمسك هو بهذا الدفع ، وكما إذا قام سبب للفسخ بغيره فلا يطالب هو بالفسخ ، وكما إذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر حصة المدين [1] . ولا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج بالدفوع التي ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ، لأنه ليس بكفيل بل هو مدين أصلي . لذلك لا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات، ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدم الدائن في تفليسة مدين متضامن آخر .

أما أوجه الدفع التي يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين ، فتنص المادة ٧٩٤ مدني كما رأينا على أنه " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين " . فالكفيل المتضامن إذن ، في التقنين المدني الجديد ، ليس في مركز المدين المتضامن ، بل يبقى كفيلا التزامه تابع للالتزام الأصلي . ويتفق هذا الحكم ، كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما أسلفناه ، " مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ١٨٨ — فقرة ١٩٤ .

الكفيل في التمسك بكل الدفوع التي للمدين ، حتى الشخصية منها " . ولما كان للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، ولما كان الكفيل غير المتضامن طبقاً للمادة ١/٧٨٢ مدني له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " ، فإن الكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى ابعد مما يحتج به المدين المتضامن . فللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطلان التزام المدين ، لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لأي سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام . أما المدين المتضامن فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يحتج ببطلان التزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر ، كأن انعدم رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء المدين الأول . وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بإبطال عقد المدين الأصلي لأن التزامه يكون تبعاً لذلك قابلا للأبطال ، أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج بقابلية التزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعاً إلى المدين الآخر ، كأن كان رضاؤه معيباً أو كان هذا المدين الآخر ناقص الأهلية . ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلي، إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته كما سبق القول . وإذا انقضى التزام المدين الأصلي بسبب غير الوفاء ، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للكفيل المتضامن مع المدين ، والتزامه تابع لالتزام المدين ، أن يتمسك هو أيضاً بانقضاء التزامه . أما المدين المتضامن ، فقد رأينا أنه لا يستطيع أن يتمسك بانقضاء التزامه إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذي قام به سبب الانقضاء . وهناك دفوع ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلا ، ويستطيع أن يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يستطيع المدين المتضامن ذلك . فيستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات وبتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي وبعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين الأصلي، ولا يستطيع المدين المتضامن الاحتجاج بشيء من ذلك.

ومن ذلك نرى أن المبدأ الأساسي هو أن التزام الكفيل المتضامن مع المدين ، كالتزام الكفيل العادي ، تابع لالتزام المدين الأصلي . فينقضي التزام الكفيل المتضامن بانقضاء التزام المدين الأصلي ولو لسبب آخر غير الوفاء . وهذا بخلاف المدين المتضامن، فإن التزامه ليس تابعاً لالتزام مدين متضامن آخر ، ولذلك لا يستطيع أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعاً . ولا يحتج بانقضاء التزام مدين متضامن آخر لسبب غير الوفاء إلا بقدر حصة هذا المدين ، في حين أن الكفيل المتضامن له أن يحتج بانقضاء الدين كله ولو انقضى لسبب آخر غير الوفاء[1] كما سبق القول .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن الشارع لم يقصد التسوية بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن في الحكم الذي نص عليه في المادة ١١٠ من القانون المدني (السابق) من أن مطالبة أحد =

وإذا أراد الكفيل المتضامن أن يكون في مركز المدين المتضامن نفسه ، فلا يحتج إلا بأوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن وبالقدر الذي يحتج به هذا الأخير ، وفي ذلك تقوية لضمان الدائن إذ يكون مسئولا أمامه مدينان متضامنان لا مدين وكفيل متضامن معه، فما على الكفيل المتضامن إذا قبل تقوية ضمان الدائن على النحو السالف الذكر إلا أن يتقدم ، لا ككفيل متضامن مع المدين ، بل كمدين متضامن أصلي شأنه في ذلك شأن سائر المدينين المتضامنين . ويبقى في علاقته بالدائن مديناً متضامناً لا كفيلا متضامناً مع المدين ، ولا تظهر حقيقة مركزه وأنه كفيل لا مدين أصلي إلا في علاقته مع المدين الأصلي . إذ يكون هذا المدين الأصلي هو وحده صاحب المصلحة في الدين فيتحمل به كله ، وإذا وفاه للدائن لم يرجع بشيء على الكفيل . وفي ذلك تقول المادة ٢٩٩ مدني : " إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقين " [1] .

= المدينين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقي المدينين ، بل محل هذا الحكم أن يكون التضامن الذي يربط المتعهدين بعضهم ببعض ناشئاً من مصدر واحد . وإذن فمطالبة أي واحد من المدينين المتضامنين تسرى في حق باقي المدينين ، كما أن مطالبة أي واحد من الكفلاء المتضامنين تسري في حق سائر زملائه ، لاتحاد المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم في مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سارياً فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ، وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض ، لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٨ رقم ١٤) .

(١) هذا وقد سبق أن كتبنا في الجزء الثالث من الوسيط ، في خصوص المادة ٢٩٩ مدني ، ما يأتي : "ويظهر من هذا النص أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً هم أصحاب المصلحة في الدين ، بل يكون واحد منهم أو أكثرهم أصحاب المصلحة دون الآخرين . فماذا يكون في هذه الحالة ، شأن هؤلاء الآخرين الذين ليس لهم مصلحة في الدين ، أي ليسوا هم المدينين الحقيقيين ، ومع ذلك يتضامنون في الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لا شك كفلاء لأصحاب المصلحة ، وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون . يبقى أن ننظر لماذا لم يبرز هؤلاء وأولئك في الوضع القانوني المألوف ، مدينين أصليين وكفلاء، بل برزوا جميعاً مدينين متضامنين ؟ يسوقنا هذا إلى إيراد عجالة سريعة في تاريخ الكفالة . لم يكن القانون الروماني القديم يعرف الكفالة في وضعها الحديث ، ولم يكن متصورا في صناعة هذا القانون أن شخصا آخر يلتزم بنفس الدين الذي التزم به المدين دون أن يكون مديناً أصليا معه ، لا مجرد مدين تابع . فلم يكن هناك بد ، إذ أريد أن يكون للمدين كفيل ، من أن يلتزم الكفيل بالدين التزاماً أصلياً كما التزام المدين . ولما كان التضامن معروفاً من زمن قديم وقد سبق الكفالة — بل هو الأصل الذي نشأت الكفالة عنه — فقد استخدم لتأدية أغراض الكفالة . فالكفيل كان إذن ، في القانون الروماني القديم ، مدينا متضامنا مع المدين الأصلي . ثم ما لبث القانون الروماني أن تطور ، وبدت معالم الكفالة تتبين شيئاً فشيئاً ، فأعطى للكفيل حق التقسيم إذا تعدد ، ثم أعطى له حق تجريد المدين ، ثم اعترف في النهاية =

المبحث الثاني

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بينه وبين الملتزمين بالدين

المطلب الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

٥٨ – الرجوع بالدعوة الشخصية أو بدعوى الحلول : إذا وفى الكفيل الدين للدائن ، كان في حكم من وفى دين غيره . ذلك بأن الكفيل لم يكن في الأصل

= أن التزامه ليس التزاماً اصليا بل هو التزام تابع لالتزام المدين المكفول . على أن مقتضيات الائتمان استوجبت أن تتنوع الكفالة لتزيد توثيقا للدين، فرجعت في تنوعها إلى ما كانت عليه من قبل ، وأصبحت في الوقت الحاضر تنطوي على صور متدرجة . فأبسط صورها وأضعفها توثيقا للدين هي ، كما أشرنا على ذلك في مكان آخر ، أن يكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ودون أن يتضامن مع الكفلاء الآخرين. فيكون الكفيل في هذه الصورة مدينا تابعاً ، له حق تجريد المدين الأصلي ، وله حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين . ثم تأتي صورة ثانية للكفالة هي أقوى في توثيق الدين ، فيكفل الكفيل المدين دون أن يتضامن معه ، ولكنه يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعاً ، ويبقى له حق تجريد المدين ، ولكن ليس له حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين الذين تضامن معهم . ثم تأتي صورة ثالثة للكفالة تزيد قوة في توثيق الدين ، هي أن يكفل الكفيل المدين ويتضامن معه ، كما يتضامن مع الكفلاء الآخرين . وهنا يبقى الكفيل مدينا تابعاً ، ولكن ليس حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين لأنه متضامن معهم ، وليس له كذلك حق تجريد المدين لأنه أيضاً متضامن معه . ثم تأتي الصورة الأخيرة للكفالة وهي أقوى الصور جميعاً في مراتب التوثيق . فيكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين ، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ، ومتضامنا مع الكفلاء الآخرين الذين يتقدمون هم أيضاً مدينين متضامنين مع الدين . وهكذا تعود الكفالة إلى ما كانت عليه في عهدها القديم ، ولكن لأسباب لا ترجع إلى الصناعة القانونية كما كان الأمر في القانون الروماني القديم ، بل ترجع إلى اعتبارات عملية هي الوصول في توثيق الدين إلى أبعد غاياته . وهنا لا يكون للكفيل حق التقسيم مع الكفلاء الآخرين ، ولا حق تجريد المدين ، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً ، وإنما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول .. أما في علاقتهم (المدينين المتضامنين) بعضهم ببعض ، فقواعد الكفالة هي التي تسري دون قواعد التضامن . فإذا كان الدائن قد طالب المدين الأصلي بالدين فدفعه ، لم يرجع هذا المدين بشيء على المدينين المتضامنين معه إذ هم ليسوا إلا كفلاء عنه . أما إذا كان الدائن قد طالب أياً من هؤلاء المدينين المتضامنين غير المدين الأصلي بالدين فدفعه ، رجع الدافع بالدين كله على المدين الأصلي كما يفعل الكفيل الذي وفى الدين في رجوعه على المدين ، ولم ينقسم الدين على سائر المدينين المتضامنين ... وإذا دفع مدين غير ذي مصلحة في الدين كل الدين للدائن بناء على مطالبته إياه ، وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة في الدين فوجدهم جميعاً معسرين ، رجع عند ذلك على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بقدر حصته في الدين " (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٨) .

ملتزماً بالدين ، وإنما التزم به بموجب عقد الكفالة ، فهو قد وفى دين غيره وإن كان قد وفى دين نفسه لأنه التزم بهذا الوفاء . وحكم من وفى دين غيره طبقاً للقواعد العامة هو أنه يرجع على المدين الأصلي ، ويرجع عليه بإحدى الدعويين ، إما بالدعوى الشخصية (م ٣٢٤ مدني) أو بدعوى الحلول (م ٣٢٦ مدني) . وقد طبقت هذه القواعد العامة بالنسبة إلى الكفيل باعتباره أنه وفى دين غيره ، فأجازت المادة ٨٠٠ مدني للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، كما أجازت المادة ٧٩٩ مدني للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول . ثم إن المادة ٨٠١ مدني واجهت حالة ما إذا تعدد المدينون الأصليون وكانوا متضامنين ، ووفى الكفيل عنهم الدين للدائن وأراد الرجوع على هؤلاء المدينين المتضامنين .

فلدينا إذن حالات ثلاث : (١) حالة رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية. (٢) وحالة رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) وحالة رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين .

§ ١ – رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

٥٩ – نصوص قانونية : تنص المادة ٧٩٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه " .

" ٢ – فإذا لم يعارض المدين في الوفاء ، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه " .

وتنص المادة ٨٠٠ مدني على ما يأتي :

" ١ – للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه " .

" ٢ – ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده " .

" ٣ – ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع " [1] .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٧٩٨ : ورد هذا النص في المادة ١١٥٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٦٦ في المشروع النهائي . ووافق =

= عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٧ — ص ٥٤٠) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٩/٥٠٧ : على الكفيل أن يخبر المدين قبل أن أداء الدين بعزمه على الأداء أو المطالبة الحاصلة له من رب الدين ، وإلا سقط حقه في الحالتين إذا كان المدين أدى الدين بنفسه أو كانت له أوجه لإثبات بطلان الدين أو زواله عنه .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٦٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨٦ : لا يحق للكفيل أن يرجع على المديون الأصلي إذا كان قد دفع الدين أو حكم عليه في الدرجة الأخيرة بدون أن يعلم المديون ، بشرط أن يثبت المديون أنه قد أوفى الدين أو أن لديه أسباباً تثبت بطلان الدين أو سقوطه . على أن هذه القاعدة لا تنطبق عندما يستحيل على الكفيل إعلام المديون ، كما لو كان المديون غائباً .

م ٨٠٠ : ورد هذا النص في المادة ١١٥٣ مكررة على الوجه الآتي : " ١ — للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه . ٢ — ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده . ٣ — ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من اليوم الذي يكون قد أخبر المدين بالدفع ولكن إذا كان للدين فوائد ، فيكون للكفيل الحق في استيفائها من يوم وفائه بها للدائن . ٤ — وللكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض " . وقد أقرت لجنة المراجعة الفقرتين الأولى والثانية ، أما الفقرة الثالثة فقد عدلت صياغتها بما يجعل للكفيل حقاً في الفوائد القانونية عما دفعه ابتداء من يوم الدفع لا ابتداء من اليوم الذي أخبره في المدين بالدفع ، لأن هذا أعدل . وحذفت الجزء الأخير من الفقرة اكتفاء بالقواعد العامة ، كما حذفت الفقرة الرابعة اكتفاء بتطبيق هذه القواعد . فأصبح النص ، تحت رقم ٨٦٨ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٦ — ص ٥٤٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٧/٥٠٥ : إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٦٦ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨٠٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١/١٠٣٣ إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما أداه على المدين .

م ١٠٣٤ : إذا أدى الكفيل للدائن عوضاً بدل الدين ، يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه ، أما إذا صالح الدائن على مقدار من الدين ، فإنه يرجع ببدل الصلح لا بجميع الدين . =

ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل ، إذا وفى الدين عن المدين ، يرجع عليه بما وفاه بموجب دعوى شخصية ، وهذا يقتضي البحث : (١) أي كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . (٢) ما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى الشخصية . (٣) ما هي الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . (٤) ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملا . (٥) ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين .

٦٠ – أي كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية : رأينا [1] أن الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدني تنص على أن " للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه " . فالكفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمني ، أو بغير علمه . ويستوي في ذلك الكفيل العادي والكفيل المتضامن والكفيل الذي تقدم باعتباره مديناً متضامناً أصلياً . والكفيل غير المأجور والكفيل المأجور ، والكفيل الشخصي والكفيل العيني .

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته . فإن هذا الفرض لا يدخل في نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدني . صحيح أن الكفالة في هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذ هو يعارض فيها ، ولكن النص عندما تحدث عن كفالة تعقد بعلم المدين إنما افترض أنها عقدت برضاء المدين ، ولو أراد كفالة تعقد بالرغم من معارضة المدين لذكر

= م ١٠٣٧ : يرجع الكفيل على المدين بما يضطر إلى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨٠ : للكفيل الذي أوفى الموجب الأصلي أن يرجع على المديون بجميع ما دفعه ، لو كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المديون . وله حق الرجوع عليه بالمصاريف والأضرار الناشئة بحكم الضرورة عن الكفالة . وكل عمل من الكفيل ، غير الإيفاء الحقيقي، من شأنه أن يسقط الموجب الأصلي ويبرئ ذمة المديون ، يعد بمثابة الإيفاء ، ويفتح للكفيل سبيل الرجوع على المديون الأصلي بأصل الدين والمصاريف المختصة به .

م ١٠٨١ : لا يحق للكفيل الذي أوفى الدين أن يرجع على المديون الأصلي ، إلا إذا أبرز سند إيصال من الدائن أو غيره من الوثائق التي تثبت سقوط الدين . وليس للكفيل الذي دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المديون ، إلا في موعد استحقاق الموجب الأصلي .

م ١٠٨٣ : إذا تصالح الكفيل والدائن ، فليس للكفيل حق الرجوع على المديون وسائر الكفلاء ، إلا بما دفعه فعلا أو بما يعادل قيمته إذا كان هناك مبلغ معين .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ .

ذلك صراحة كما ذكره في حالات أخرى [1] . وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا الفرض ، فلم يبقى إلا تطبيق المبادئ العامة . وهذه تقضي بأن الكفيل في هذا الفرض إذا وفى الدين عن المدين يكون قد افتقر بمقدار ما دفع ، ويكون المدين قد اغتنى أيضاً بهذا المقدار لأن الدين كان في ذمته فبرئت ذمته منه ، فيرجع الكفيل على المدين بقاعدة الإثراء بلا سبب ، أي يرجع بمقدار ما دفع عن المدين إذا كانت ذمة المدين قد برئت بهذا المقدار [2] . ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التي تكبدها لأن المدين لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد افتقر ، ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه إلا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة ، فلا يرجع بالفوائد من وقت الدفع . وهذا بخلاف الكفيل الذي عقد الكفالة بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمني ، أو عقدها بغير علمه ، فسنرى أنه يرجع بالمصروفات وبالفوائد من وقت أن وفى الدين ، وهذا هو الفرق بين كفيل عقد الكفالة من غير معارضة المدين وكفيل عقدها بالرغم من معارضة المدين [3] .

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، كأن عقد الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين ، لم يكن الكفيل ، سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن ، أن يرجع على المدين ، كما في الفرض السابق ، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب [4] . فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما افتقر به وفي الوقت ذاته مقدار ما اغتنى

---

(١) أنظر المواد ٢/٣٢٣ و ٢/٣٢٤ و ٧٧٥ – وأنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٣ ص ١٦٠ هامش ١ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٤ ص ٢١٩ – محمد على إمام فقرة ٧٦ ص ١٣٠ – سليمان مرقس فقرة ١٠٦ ص ١٢٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٧ .

(٢) فلو وفى الكفيل دينا كان للمدين دفوع تبطله كله أو بعضه ، أو تجعله منقضيا كله أو بعضه ، فإن وفاء الكفيل للدين لا يعود على المدين بفائدة ما أو يعود عليه بفائدة جزئية ، فلا يرجع الكفيل على المدين إلا بمقدار ما عاد على هذا الأخير بسبب الوفاء . وإذا وفى الكفيل الدين قبل حلول أجله ، لم يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل ، لأن المدين لم يفد من وفاء الكفيل إلا منذ حلول الأجل . أنظر سليمان مرقس فقرة ١١٨ .

(٣) أما في فرنسا فكثير من الفقهاء ينكرون على الكفيل حتى الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب ، ولا يعطون له إلا دعوى الحلول (ديرانتون ١٨ فقرة ٣١٦ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٦ – جيوار فقرة ١٧٦ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ وهامش ١٥ – بوردي وفال فقرة ١١٠٤ – وأنظر من هذا الرأي في مصر محمد كامل مرسي فقرة ١٠٤ ص ١٤١) .

(٤) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٣ – محمد على إمام فقرة ٧٦ ص ١٣١ – سليمان مرقس فقرة ١٠٦ ص ١٢١ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٩٨ – وأنظر عكس ذلك وأن الكفيل لا يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ويقتصر على دعوى الحلول : محمد كامل مرسي فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

به المدين ، دون أن يرجع بالمصروفات أو بالفوائد [1] . أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معاً ، فإن ا لكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتي كان يرجع بها لو أن الكفالة عقدت لمصلحة المدين وحده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معاً [2] .

٦١ – الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى الشخصية : فيما عدا الفرضين اللذين يرجع فيهما الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهما فرض ما إذا عقد الكفيل الكفالة بالرغم من معارضة المدين وفرض ما إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، يوجد خلاف في الرأي بين الفقه الفرنسي وغالبية الفقهاء المصريين في الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى الشخصية.

ففي الفقه الفرنسي يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الوكالة إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته، وتكون الوكالة صريحة إذا رضي المدين بالكفالة رضاء صريحاً ، وتكون الوكالة ضمنية إذا رضي المدين بالكفالة رضاء ضمنياً أي سكت ولم يعارض في الكفالة . أما إذا عقدت الكفالة بغير علم المدين ، فإن الكفيل يكون فضولياً ، ويرجع إذا وفى الدين بدعوى الفضالة على المدين . ومعنى أن الأساس القانوني للدعوى الشخصية هي دعوى الوكالة أن المدين ، برضائه بالكفالة رضاء صريحاً أو بسكوته فيكون لهذا رضاء ضمنياً ، قد وكل الكفيل في كفالته وبدفع الدين عنه إذا لم يدفع هو ، فيرجع عليه الكفيل بما يرجع به الوكيل على الموكل . ومعنى أن الأساس القانوني للدعوى الشخصية هي دعوى الفضالة أن الكفيل ، وقد عقد الكفالة دون علم المدين ولكن لصالحه ووفى عنه الدين ، يكون قد تولى عن قصد القيام بشأن عاجل ، وهو الوفاء بالدين بعد استحقاقه ، لحساب المدين دون أن يكون ملزماً بأن يتقدم كفيلا عن المدين لأنه عقد الكفالة دون علم المدين . فيرجع الكفيل على المدين بما يرجع به الفضولي على رب العمل ، ويكون المدين ملزماً بأن يعوض الكفيل عما دفعه هذا للدائن وبأن يرد المصروفات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً غليها فوائدها من يوم دفعها ، وبأن يعوض الكفيل عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بدفع الدين عن

---

(١) أما في فرنسا فيذهب الفقه إلى أن الكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة الدائن لا يرجع على المدين إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وإنما يرجع بدعوى الحلول (بون ٢ فقرة ٢٤٦ – جيوار فقرة ١٧٧ – بودري وفال فقرة ١١٠٣) .

(٢) جيوار فقرة ١٧٧ – محمد كامل مرسي فقرة ١٠٤ ص ١٤١ .

المدين . وتنص المادة ٢٢٠٨ مدني فرنسي على ما يرجع به الكفيل على المدين ، فإذا هو عين ما يرجع به الوكيل على الموكل ، أو ما يرجع به الفضولي على رب العمل [١] .

أما غالبية الفقهاء المصريين فيذهبون مذهباً آخر ، ويقولون إن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن دون معارضته ، أو عقدت بغير علمه ، ليست هي دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، بل هي دعوى أخرى متميزة عن كل من الدعويين ويسمونها بدعوى الكفالة . فيقول الأستاذ عبدالفتاح عبد الباقي : " ونحن لا يمكننا التسليم بما ذهبت إليه النظرية التقليدية (نظرية الفقه الفرنسي) ، رغم حجية المؤيدين لها منذ عهد تمتد جذوره عميقاً في الماضي . ذلك لأنها لم تتفق مع الواقع ولا مع المبادئ القانونية من ناحية ، ولأن تطبيقها المنطقي يؤدى بنا إلى الزلل في مواضع شتى من ناحية أخرى . فالوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية ، عقد يوكل به شخص آخر في أن يقوم بعمل قانوني لحساب ، فلا بد من أن تظهر رغبة الموكل والوكيل في الوكالة . ومن العسير القول بأن المدين ، حينما طلب من الكفيل أن يتقدم لكفالته ، أو حينما علم بكفالته ولم يعارض فيها ، أراد أن يوكله عنه في الوفاء ، فهذا العقد قلما يرد على خاطره . وخطأ النظرية التقليدية لا يقل وضوحاً بالنسبة للفضالة ، إذ من مستلزماتها أن يكون ما قام به الفضولي لحساب رب العمل أمراً عاجلا، بل إن صفة الاستعجال هي من أهم دعائم الفضالة وعلة ما يترتب عليها من نيابة قانونية . وليس من اليسير القول بأن قيام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين يعتبر أمراً عاجلا . ونحن إذا سلمنا بقيام الوكالة ، صريحة كانت أم ضمنية، بين المدين والكفيل، وجب التسليم بكل ما يترتب على الوكالة من آثار ، والقول بأن للمدين الحق في أن يعزل الكفيل من الوكالة في أي وقت يشاء ويمنعه بذلك من رفع الدعوى الشخصية المبنية عليها ، وذلك ما لا يمكن أن يقول به أحد . أما ما يقودنا إليه تطبيق النظرية التقليدية من زلل ، فيمكن إعطاء مثلين عنه : (١) حددت المادة ٨٠٠ موضوع الدعوى الشخصية ولم تذكر من بين ما يشتمل التعويضات التي يطلبها الكفيل عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء قيامه بالوفاء ، ويغلب أن يكون هذا السكوت من الشارع مقصوداً. ومع ذلك فلو قلنا بأن الدعوى الشخصية ترجع في أساسها إلى دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، لوجب أن نمنح الكفيل الحق في التعويضات ، إذ هذا الحق ثابت لكل من الوكيل (م ٧١١) والفضولي (م ١٩٥) . (٢) تسقط دعوى الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس

---

(١) جيوار فقرة ١١ وفقرة ٣٢ – أوبري ورو فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ وهامش ٨ – بوردي وفال فقرة ١٠٧٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩١ .

عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (م ١٩٧) . فلو قلنا إن الدعوى الشخصية قد يكون أساسها دعوى الفضالة ، لوجب القول بسقوطها عن الكفيل في هذه الحالة بمضي ثلاث سنوات من وقت قيامه بالوفاء للدائن ، وهذا ما لا نظن أن المشرع قد قصده . ونحن إذا رفضنا التسليم بالأساس التقليدي للدعوى الشخصية ، نرى إرجاع ذلك الأساس إلى القانون نفسه . فالقانون هو المصدر المباشر لهذه الدعوى ، وهو يمنحها للكفيل لا باعتباره وكيلا أو فضولياً ، ولكن باعتباره كفيلا. وعلى ذلك يجب عدم الرجوع إلى قواعد الوكالة أو الفضالة في كل ما يتعلق بدعوى الكفيل على المدين " [1] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٢ – وأنظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس وهو يقول " غير أن هذا التكييف (تكييف الفقه الفرنسي) في نظرنا لا يقصد به تأسيس دعوى الكفيل الشخصية بقدر ما يقصد به تحديد مداها وبيان آثارها . ذلك أنه لا يستقيم مع المبادئ العامة القول بأن بين المدين والكفيل وكالة صريحة أو ضمنية . فإذا كان المقصود بذلك الوكالة في الكفالة فكيف يستقيم أن يوكل المدين الكفيل في أن يكفله مع أنه هو لا يستطيع أن يكفل نفسه ! وإذا كان المقصود به الوكالة في الوفاء فأن ذلك يقتضي جواز عزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة ، مع أنه مما لا شك فيه أنه متى تمت الكفالة لا يستطيع المدين أن يقبل الكفيل من التزامه ولا الكفيل أن ينتمي أو يمتنع عن الوفاء . وكذلك لا يستقيم مع المبادئ العامة للقول بأن علاقة الكفيل بالمدين علاقة فضالة لأن الفضالة تقتضي أن يقوم الفضولي بعمل لغيره دون أن يكون ملزما بذلك ولا أن يكون هذا العمل عاجلا بحيث لا يحتمل التأخير وانتظار قيام رب العمل به ، ولأن وفاء الكفيل دين الدائن يكون بناء على التزامه بذلك فلا يعتبر فضالة، ولأن قيامه بعد الكفالة يندر أن تتوافر فيه ظروف الضرورة والاستعجال التي تسبغ عليه صفة الفضالة ، بل إن الفضالة غير متصورة في عمل لا يتصور صدوره من رب العمل ذاته في حق نفسه ... وقد كنا في ظل التقنين الملغي في حاجة إلى إلباس دعوى الكفيل ثوب الوكالة أو الفضالة توصلا لمنح الكفيل هذه المزية (الحق فوق فوائد ما دفع) لأن المادة ٦١٧/٥٠٥ مدني قديم لم تكن تنص عليها ، بل اكتفت بالنص على أنه " إذا دفع الكفيل الدين عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين بجميع ما أداه . أما القانون فقد نص في المادة ٨٠٠ منه على مدى رجوع الكفيل على المدين وبين جميع عناصره وشروطها بحيث أصبح الكفيل في غنى عن استعارة قواعد الوكالة أو الفضالة ، وأصبح يتعين بعد ذلك القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين وفقاً للمادة ٨٠٠ المذكورة هي دعوى الكفالة كما أن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الوكيل على الموكل هي دعوى الوكالة ، وأن أساس هذه الدعوى نص القانوني المبني على افتراض حصول الكفالة لمصلحة المدين . فإذا ثبت حصولها لمصلحة الدائن أو بالرغم من اعتراض المدين ، امتنع استعمال هذه الدعوى ولم يبق للكفيل إلا الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى القواعد العامة فوق حقه في الحلول محل الدائن " (سليمان مرقس فقرة ١١٦) – وأنظر أيضاً محمد على إمام ص ١٣٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ .

على أن من الفقهاء المصريين من يتمشى مع الفقه الفرنسي ، فيقول الأستاذ محمد كامل مرسي : " فإذا كانت الكفالة بعلم المدين ، فيكون مبنى الرجوع الوكالة الصريحة أو الضمنية ، ويكون طلب الكفيل مبنيا على دعوى الوكالة (actis mandati contraria) . أما إذا حصلت الكفالة بغير علم المدين ، فيعتبر الكفيل أنه فضولي وتكون دعواه دعوى الفضولي (action negotiorum gestrum sontraria) " (محمد كامل مرسي فقرة ١٠٤ ص ١٤٠) .

ونحن لا نرى أهمية عملية كبيرة في القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين هي دعوى خاصة نص عليها القانون [1] ، وليست بدعوى الفضالة . ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشروع قصد أن يخالف نظرية الفقه الفرنسي في هذا الصدد ، بل يبدو أنه أراد أن يسلم بها بنقله نص المادة ٨٠٠ مدني عن المشروع الفرنسي الإيطالي ، وأراد استيفاء العمل على ما كان عليه في التقنين المدني السابق . وإنما آثر أن يبين ما يرجع به الكفيل في الدعوى الشخصية ، لا أن يغير الأساس الذي تقوم عليه هذه الدعوى. فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة عن المادة ٧٢٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهي تعرض للدعوى الشخصية التي للكفيل قبل المدين . وقد آثر المشروع أن يبين ما يرجع به الكفيل في الدعوى الشخصية ، فهو يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات . وهذه الأحكام معمول بها في ظل التقنين الحالي (السابق) رغم عدم النص عليها " [2] . فلنا إنه لا توجد أهمية عملية كبيرة في تسمية الدعوى الشخصية بدعوى الكفالة ، ذلك لأنها حتى لو

---

(1) أ - الدعوى الشخصية التي يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هي الدعوى المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ، وهذه الدعوى سواء أكان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة لا يستطيع المتبوع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء ، وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذي أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في المادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده .

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٩٩) .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق س ١٩ ص ٣٢٧) .

ب - يستطيع المتبوع الرجوع على تابعه بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ من القانوني المدني التي تقضي بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ، وهذه الدعوى سواء كان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة فإن المتبوع لا يستطيع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئاً من هذا الوفاء ، وليس للمتبوع بأن يرجع على تابعه بالتعويض الذي ادعاه بالدعوى الشخصية التي قررها القانون في ا لمادة ٨٠٠ من القانون المدني للكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع للكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعة هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده .

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٠ الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق س ٣٠ ع ١ ص ٣٠٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٧ .

سميت بهذا الاسم فلا تختلف النتائج العملية لذلك ، بل إن المقدار الذي يرجع به الكفيل على المدين هو نفس المقدار الذي يرجع به فيما لو سمينا الدعوى بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة . بقي ما يسوقه أصحاب نظرية دعوى الكفالة من حجج ، لتمييز هذه الدعوى عن دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة . فهم يقولون إن المدين لم يقصد أن يوكل الكفيل في الوفاء بالدين ، وإن الكفيل بغير علم المدين ليس فضولياً لأنه لا يقوم بشأن عاجل ، وإنه لو سلمنا بأن الدعوى الشخصية هي دعوى الوكالة لجاز للمدين أن يعزل الكفيل عن هذه الوكالة في أي وقت يشاء ، ولو قلنا بأنها دعوى الفضالة لتقادمت بثلاث سنوات ، ولو سلمنا بأنها دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة لكان للكفيل باعتباره وكيلا أو فضولياً الحق في التعويض عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء وفائه بالدين عن المدين . ويمكن الرد على هذه الحجج بأنه لا يوجد ما يمنع من القول بأن المدين قصد عندما رضي بالكفالة أن يوكل الكفيل في وفاء الدين ، ولا يستطيع عزله في أي وقت يشاء كما لا يستطيع الكفيل النزول عن الوكالة لأن الوكالة هنا ليست لصالح المدين وحده بل هي أيضاً لصالح الغير وهو الدائن فلا بد من رضاء هذا الأخير حتى يعزل الوكيل أو ينزل عن الوكالة (م ٢/٧١٥ و م ٢/٧١٦ مدني) . وإذا قام الكفيل بالكفالة بغير علم المدين ووفى الدين فعلا ، فما الذي يمنع من القول بأنه قام بشأن عاجل لمصلحة المدين ، وهل لا يكون الوفاء بالدين وقد استحق في ذمة المدين شأناً عاجلا يقوم به ا لكفيل ؟ وما الذي يمنع من أن تتقادم الدعوى الشخصية بثلاث سنوات ، لو كان أساسها دعوى الفضالة ؟ ثم لماذا لا يرجع الكفيل على المدين بالتعويض عن الضرر الذي قد يصيبه من جراء الوفاء بالدين عن المدين ، وسنرى أن المشروع التمهيدي كان يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولم يحذف هذا النص إلا لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة ؟

ومهما يكن من أمر ، فليست هناك أهمية عملية كبيرة ، كما قدمنا ، من القول بالنظرية الجديدة وهي نظرية دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهي نظرية دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، فالحلول العملية واحدة في كل من النظرية الجديدة والنظرية التقليدية .

٦٢ – الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

: هناك شروط ثلاثة لا بد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ، وهي :

(١) قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين : يجب على الكفيل ، حتى يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين [1] . وقد رأينا المادة ٨٠٠ مدني تقول : " للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ... " . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه وهذا هو الغالب ، أو إلا إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل في هذا الدفع . وعند ذلك يضطر إلى الوفاء بالدين للدائن ، على أن يرجع على المدين. وليس من الضروري أن يفي الكفيل بالدين ، بل يكفي أن يقضي الدين بسبب من أسباب الانقضاء [1] . فله أن يفي الدين بمقابل فتبرأ ذمة المدين منه ، فيرجع الكفيل عند ذلك على المدين ، وإذا وفى الكفيل الدين بمقابل ، واستحق هذا المقابل ، لم يكن في هذا الوفاء قضاء للدين يسوغ رجوع الكفيل على المدين [2] ، بل يكون الكفيل ملتزماً بضمان الاستحقاق نحو الدائن . وهذا بخلاف ما إذا وفى المدين نفسه الدين بمقابل واستحق هذا المقابل ، فسنرى عند الكلام في انقضاء الكفالة أنه إذا قبل الدائن أن يستوفي من المدين في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء (م ٧٨٣ مدني) . كذلك قد يقضي الكفيل الدين بطريق التجديد كما في التجديد بطريق تغيير المدين ، فينقضي التزام الكفيل

---

(1) من المقرر أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني ، فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس العقد ، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه وهو ما جرى به نص المادة ١٧٥ من القانون المدني التي تقضي بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ، لم يقصد المشرع من النص المذكور – نص المادة ١٧٥ من القانون المدني التي تقضي بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ، أن يستحدث للمتبوع دعوى أخرى يرجع بها على تابعه غير دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني التي هي تطبيق للمادة ٣٢٦ من ذات القانون والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزما بوفاء الدين عن المدين مما مؤداه أن المتبوع ليس له الرجوع على تابعه إلا بعد الوفاء بالتعويض للمضرور إذ أن مسئولية التابع مقررة بحكم القانون ولا يحتاج إلى تقريره بحكم قضائي لا يجدي معه إلا الرجوع عليه بما يوفيه فعلا بحكم مسئولية المضرور عن التعويض المقضي به .

(جلسة ١٩٨٥/١/١ الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٧ الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ ق) .

(١) بلانيول وريبر وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ – نقض مدني ٢٨ يونية سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٦ – ١ – ٤٤٨ .

(٢) جيوار فقرة ١٨١ – بودري وفال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٥ – محمد كامل مرسي فقرة ١٠٧ ص ١٤٨ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٤ ص ١٦٣ .

بتجديد الدين وينقضي تبعاً له الدين الأصلي ، وعند ذلك يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية . وكالتجديد الإنابة الكاملة . وقد يقضى الكفيل الدين بطريق المقاصة، أي أن يكون له دين في ذمة الدائن ينقضي مقاصة في الدين الذي التزم بدفعه الكفيل ، وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية [1] . كذلك قد يقضي الكفيل الدين باتحاد الذمة، كأن يرث الدائن فيصبح هو الدائن فينقضي الدين ، وعند ذلك يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء ، وعلى ذلك لا يستطيع الرجوع على المدين [2] .

(٢) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : ويجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين في الوقت الذي يحل فيه أجله . فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل، لم يكن له أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية إلا عند حلول الأجل [3] . أو لم يرجع عليه أصلا إذا جد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضـــــاء دين المدين [4] . والعبرة بالأجل الأصلي للدين ، فإذا امتد هذا الأجل باتفاق بين الدائن والمدين أو بمنح المحكمة المدين نظرة الميسرة ، لم يعتد بامتداد الأجل الأصلي . وكان للكفيل أن يفي الدين

---

(١) نرولون فقرة ٣٣٣ — بون ٢ فقرة ٢٣١ — لوران ٢٨ فقرة ٢٣٨ — جيوار فقرة ١٦٨ — بودري وفال فقرة ١٠٨٧ .

(٢) وإذا رضي الدائن بوفاء جزئي من الكفيل لإبراء ذمته ، لم يرجع الكفيل على المدين إلا بقدر ما دفعه للدائن (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٥) . أما إذا أبرأ الدائن الكفيل ، لا من الكفالة ، بل من الدين نفسه ، فإنه يكون في حكم من وهب الدين للكفيل ويعتبر الكفيل أنه قد قضي الدين ، وعلى ذلك يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية (بون ٢ فقرة ٢٣٢ — بجورا فقرة ١٦٨ — بودري وفال فقرة ١٠٩١ — محمد كامل مرسي فقرة ١٠٧ ص ١٤٨) .

وإذا اتفق أحد الكفلاء مع المدين على عدم رجوع الأول على الثاني أو على الانتقاص من هذا الرجوع، فإن هذا الاتفاق لا يسرى في حق الكفلاء الآخرين لأنهم لم يكونوا طرفاً فيه ، بل يجوز لهم أن يرجعوا رجوعاً كاملا على المدين إذا هم وفوا الدين للدائن (بودري وفال فقرة ١٠٩١ مكررة — محمد كامل مرسي فقرة ١٠٧ ص ١٤٨)

(٣) وتنص المادة ١٠٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي : " وليس للكفيل الذي دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المديون إلا في موعد استحقاق الموجب الأصلي " .

(٤) بون ٢ فقرة ٣٠١ — لوران ٢٨ فقرة ٢٦٠ — بودري و . فقرة ١٠٩٢ — محمد كامل مرسي فقرة ١٠٣ ص ١٣٩ هامش ١ .

عن المدين عند حلول الأجل الأصلي [1] ، ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل انقضاء ما أمتد إليه الأجل [2] .

(٣) إخطار الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين : رأينا [3] أن المادة ١/٧٩٨ مدني توجب " على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه " . فيجب إذن على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وذلك سواء أراد الكفيل أن يقوم بوفاء الدين من تلقاء نفسه أو طالبه الدائن بالدين مطالبة قضائية . ففي الحالتين يجب إخطار المدين قبل الوفاء ، وذلك خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل فينقضي ويكون وفاء الكفيل للدين بعد ذلك غير ذي فائدة ، أو خشية أن الكفيل بعد أن يفي بالدين دون إخطار المدين بذلك يأتي المدين دون علم منه بوفاء الكفيل يفي بالدين مرة أخرى ، أو خشية أن يكون للمدين وقت استحقاق الدين أسباب تبطل الدين أو تقضيه من غير الوفاء به ، وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء بالدين ليس له شكل خاص ، فيصح أن يكون رسمياً على يد محضر ، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن يكون شفوياً على أن يثبت الكفيل أنه قد قام بهذا الإخطار [4] . فإذا لم يخطر الكفيل المدين قبل الوفاء وقام بوفاء الدين دون أخطار ، فعل ذلك على مسئوليته . ومعنى هذا أن الكفيل لا يفقد حقه في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ، إلا إذا أثبت المدين أنه كان قد وفى الدين قبل وفاء الكفيل به ، أو أثبت أنه وفى الدين بعد وفاء الكفيل [5] . أو أثبت أن الدين كان باطلا أو قابلا للإبطال وكان المدين يستطيع أن يتمسك بذلك ضد الدائن ، أو أثبت أن الدين قد انقضي بسبب يرجع إليه هو

---

(١) جيوار فقرة ٢٥٢ — بودري وفال فقرة ١٠٩٣ .

(٢) أما إذا نزل المدين عن الأجل الأصلي ، فإنه يجوز للكفيل التمسك بهذا النزول ؛ وله إذا وفى الدين فوراً أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٧ ص ١٦٩ — سليمان مرقس فقرة ١٠٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ١٠١) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ .

(٤) وقد تساءل أحد الأعضاء في لجنة الأستاذ كامل صدقي " عما إذا كان هناك محل للنص على الطريقة التي يتم بها الإخطار " . فرد عضو آخر " بأنه لما كان تطبيق المادة ٦١٩ من التقنين المدني المختلط لم يثر أية صعوبة في العمل ، فليس هناك محل لإيراد نص خاص لبيان طريقة الإخطار ، إذ المفروض أنه سيتم ويثبت طبقاً للنظام الذي جرى عليه القضاء . فعقب الرئيس على ذلك بأنه يمكن اعتبار الخطابات وسيلة من وسائل الأخطار " فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٣٩ في الهامش) .

(٥) ترولون فقرة ٣٨٢ — جيوار فقرة ١٧٨ — بودري وفال فقرة ١٠٨٩ ص ٥٧٤ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٢ .

(أي للمدين) كمقاصة أو تجديد أو اتحاد ذمة أو إبراء أو تقادم [1] [1] . أما إذا كان سبب البطلان أو الانقضاء مقصوراً على التزام الكفيل كأن كانت هناك أسباب تجعل التزام الكفيل باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً دون أن ينقضي الالتزام الأصلي ، ولم يتمسك الكفيل بهذه الأسباب ووفى الدين ، فإن المدين لا شأن له بذلك ، ويبقى للكفيل بعد وفاء الدين الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين [2] . وقد يفي الكفيل الدين دون إخطار المدين قبل الوفاء ، فلا يستطيع المدين أن يثبت أنه قد وفى الدين قبل أو بعد وفاء الكفيل ، ولا يستطيع كذلك أن يثبت أن عنده أسباباً تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه، ولا أن يثبت أنه قد وفى ببعض الدين أو أن الدين في جزء منه باطل أو قابل للإبطال أو منقض ، فعند ذلك يستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بالرغم من عدم إخطاره بالوفاء وبالقدر الذي استفاد به المدين من هذا الوفاء . فقد لا يرجع عليه أصلا ، أو يرجع عليه بجزء من الدين وهو الجزء الذي كان الوفاء به مفيداً للمدين [3] . ونرى من ذلك أن جزاء عدم الإخطار ليس هو انعدام رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ، فقد لا ينعدم هذا الرجوع . وإنما يكون الكفيل - إذا لم يخطر المدين ، مجازفاً بوفاء الدين ، بحيث إذا أثبت المدين أن هذا الوفاء لم

---

(١) وفيما يتعلق بتقادم الدين الأصلي إذا علم به الكفيل ، لا يجبر هذا الأخير على التمسك به شخصيا لأنه أمر متعلق بالضمير ، وإنما يجب على الكفيل أن يدخل المدين في الدعوى ليتمسك هو بالتقادم إذا أراد (بودري وفال فقرة ١٠٩٠ ص ٥٧٤ - محمد كامل مرسي فقرة ١٠٧ ص ١٤٧) .

(1) حق المتبوع في الرجوع على تابعه وإن كان لا ينشأ إلا من تاريخ الوفاء عملا بالمادة ٣٨١ من القانون المدني، إلا أنه يشترط لذلك ألا يكون التعويض الذي يوفى به قد سقط بالتقادم بالنسبة للتابع ، ومن ثم فإذا تبين عند الفصل في الدعوى التي رفعها المضرور على المتبوع واختصم هذا فيها تابعه أن حق المضرور قبل التابع قد سقط بالتقادم وتمسك التابع بهذا التقادم فإنه لا يجوز أن يحكم عليه بشيء للمتبوع لأنه لا جدوى من حكم لا يمكن تنفيذه ولو حكم للمضرور على المتبوع بالتعويض بسبب رفع الأول الدعوى على الثاني قبل انقضاء مدة تقادمها ، وهذه النتيجة أدى إليها ما أجازه القانون للمضرور من حق الرجوع بالتعويض على المتبوع وحده إذ آثر المضرور ذلك دون حاجة إلى اختصامه التابع في الدعوى وما تقتضيه نصوص القانون من أن رفع الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع .
(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٩٩) .

(٢) جيوار فقرة ١٨٠ - بودري وفال فقرة ١٠٩٠ - محمد كامل مرسي فقرة ١٠٧ ص ١٤٧ - عبدالفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

(٣) فإذا لم يستطع الكفيل الرجوع أصلا على المدين ، أو لم يستطع إلا الرجوع عليه رجوعا جزئيا ، رجع على الدائن نفسه وذلك بدعوى استرداد ما دفع دون حق . أنظر المادة ٢٠٢١ مدني فرنسي حيث ورد في آخر كل من فقرتيها عبارة (sauf son action en répétition contre le créancir) ، وأنظر بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٢ - ولا يرجع الكفيل على الدائن ، إذا هو دفع طواعية وهو عالم بأن الدين قد تقادم (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ هامش ١٨) . وأنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٤ ص ١٦٤ .

يفده أصلا لم يرجع عليه الكفيل بشيء ، أو أثبت أن هذا الوفاء قد أفاده جزئياً رجع عليه الكفيل بقدر ما أفاد . فإذا كان وفاء الكفيل للدين دون إخطار المدين قد أفاد المدين فائدة كاملة ، كان للكفيل أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية كما كان يفعل لو أنه أخطر المدين .

أما إذا أخطر الكفيل المدين قبل الوفاء ، فإنه يتعين على المدين إذا كان قد وفى الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه أن يعارض في الوقت المناسب في أن يفي الكفيل بالدين . ولا يوجد شكل خاص لهذه المعارضة كما لا يوجد شكل خاص لإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ، فتصح أن تكون هذه المعارضة بورقة رسمية على يد محضر، ويصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن تكون شفوية على أن يقع عبء الإثبات على المدين . فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء ، وأن يدخل المدين في الدعوى إذا طالبه الدائن قضائياً حتى يتولى للمدين دفع مطالبة الدائن [1] . أما إذا لم يعارض المدين في الوفاء ، فإن الكفيل يكون في حل من وفاء الدين للدائن ، إذ أن عدم معارضة المدين في الوفاء يجعل الكفيل يعتقد أن المدين لم يف بالدين وأنه ليس لديه أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه . فإذا وفى الكفيل الدين كان له أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين ، حتى لو ظهر بعد ذلك أن المدين قد وفى الدين أو كان لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه . وقد نصت المادة ٢/٧٩٨ مدني على هذا الحكم ، إذ تقول : " فإذا لم يعارض المدين في الوفاء ، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه " .

٦٣ – ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل الدين كاملا

: رأينا [2] أن المادة ٢/٨٠٠ مدني تنص على أن الكفيل الذي وفى الدين " يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه في ا لمصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده " . وتقضي المادة ٣/٨٠٠ مدني على أنه " يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما

---

(١) وللكفيل أن يفي الدين للدائن بالرغم من معارضة المدين ، إذا كان الكفيل مقتنعا بعدم صحة المعارضة. ولكن الكفيل يفي بالدين في هذه الحالة على مسئوليته الشخصية ، فإذا ظهر أن المدين على حق في معارضته لم يكن للكفيل الرجوع عليه ، ولكن يرجع الدائن لاسترداد ما دفع دون حق (سليمان مرقس فقرة ١٠٨ ص ١٢٣ – منصور مصطفي منصور فقرة ٥١ ص ١٠٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ .

قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " . ويخلص من هذه النصوص أن الكفيل يرجع على المدين في الدعوى الشخصية بما يأتي :

(أولا) أصل الدين : ويتضمن أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين ، فيشمل ذلك مقدار الدين في أصله [1] ، وكذلك فوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية مادامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول [2] . ويشمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل على دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها الأخير في مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين [3] .

(ثانيا) الفوائد : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٠ مدني في هذا الصدد كما رأينا : " يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع " . فكل ما قام بدفعه للدائن على النحو السابق بيانه ينتج فوائد بالسعر القانوني من يوم دفع الكفيل الدين للدائن ، وهذه الفوائد القانونية يرجع بها الكفيل على المدين بالإضافة إلى الدين . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد الوكالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الوكالة (م ٧١٠ مدني) ، ولقواعد الفضالة إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة (م ١٩٥ مدني) . أما القواعد العامة فكانت تقضي بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مدني) ، فخرج القانون على هذه القواعد العامة في دعوى الوكالة وفي دعوى الفضالة ، ومن ثم اقتضى الأمر الخروج أيضاً على هذه القواعد العامة في الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين كما رأينا في المادة ٣/٨٠٠ مدني . ويلاحظ أن القواعد القانونية التي يرجع بها الكفيل على المدين يكون بعضها فوائد على فوائد أصل الدين التي يرجع بها الكفيل على المدين فيما قدمنا ، ولا يعتبر ذلك فوائد مركبة ، لأن فوائد أصل الدين تدخل ضمن أصل الدين فيما يتعلق بالكفيل . ويلاحظ أيضاً أن

---

(١) وقد لا يرجع الكفيل على المدين بكل الذي دفعه عنه إذا كان المدين مفلساً وحصل على صلح مع الدائنين بموجبه دفع جزءاً من الدين ، فمادام الدائن قد تقدم في التفليسة وحصل على جزء من الدين بموجب الصلح فإنه يرجع على الكفيل بالباقي من الدين ، ولا يرجع الكفيل على المدين بما دفعه منه وإلا ضاع على المدين فائدة الصلح الذي أبرمه مع الدائن (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٣٧ ص ٢٩١ وهامش ١٨ (٢) — بودري وفال فقرة ١٠٨٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ وهامش ٨) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٨٠٠ مدني يتضمن نصا يجعل للكفيل ، إذا كان للدين فوائد ، الحق في استيفائها من يوم وفائه بها للدائن ، ولكن هذا النص حذف اكتفاء بالقواعد العامة (أنظر آنفا فقرة ٥٩ في الهامش) .

(٣) جيوار فقرة ١٧١ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٣٨٠ — بودري وفال فقرة ١٠٧٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

الفوائد القانونية التي يرجع بها الكفيل على المدين كما تقضي المادة ٣/٨٠٠ مدني لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة في دعوى الوكالة ، وتتقادم بثلاث سنوات في دعوى الفضالة ، أما القاعدة العامة فتقضي بتقادم الفوائد بخمس سنوات . هذا والرجوع بالفوائد القانونية على المدين ميزة للدعوى الشخصية على دعوى الحلول ، وسنرى أن الكفيل في دعوى الحلول لا يرجع على المدين إلا بفوائد اصل الدين كما كان الدائن يفعل ، فلا يرجع إذن بالفوائد القانونية على ما دفع للدائن إلا من وقت المطالبة القضائية بها [١] .

(ثالثاً) المصروفات : وتتضمن كل ما أنفقه الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه من المصروفات للدائن . والمصروفات التي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه تشمل ما أنفقه في إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها ، ومصروفات العرض الحقيقي والإيداع فيما إذا اضطر الكفيل على ذلك . والمصروفات التي حكم عليه بها للدائن تشمل ما أنفقه الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء ، كمصروفات رفع الدعوى على الكفيل ، ومصروفات التنبيه عليه بالوفاء ، ومصروفات المطالبة الأولى التي قام بها الدائن للمدين ثم مصروفات مطالبة الدائن للمدين بعد إخطار الكفيل ؛ وكل مصروفات أخرى تقتضيها مطالبة الدائن للكفيل بوفاء التزامه . على أن الكفيل لا يرجع على المدين ، من هذه المصروفات ، إلا بالذي أنفقه من وقت إخباره بالإجراءات التي اتخذها الدائن ضده، لأن المدين إذا أخبره الكفيل بذلك قد يكون عنده من الدفوع ما يتوقى به مطالبة الدائن أو قد يبادر إلى دفع الدين الذي في ذمته للدائن فيتجنب الكفيل بذلك الإجراءات التي اتخذها الدائن ضده . ونستثنى مصروفات المطالبة الأولى التي يقوم بها الدائن للكفيل من هذا الشرط [٢] ، كمصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، فهذه لا يعلم بها الكفيل قبل

---

(١) ترولون فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥١ — بون ٢ فقرة ٢٣٧ وفرة ٢٦٠ — لوران ٢٨ فقرة ٢٣٣ — جيوار فقرة ١٧١ — ١٧٣ وفقرة ١٧٦ — أوبري ورو ٦٥ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٦ — ص ٢٩٠ — بودري وفال فقرة ١٠٨٠ — فقرة ١٠٩٠ مكررة — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ — محمد كامل مرسي فقرة ١٠٥ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ — ص ١٦٧ — سليمان مرقس فقرة ١١٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٢ .

(٢) جيوار فقرة ١٧٤ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٩ هامش ١٠ — بودري وفال فقرة ١٠٨١ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٥ ص ١٦٦ — محمد على إمام فقرة ٧٩ ص ١٤١ — سليمان مرقس فقرة ١١٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠١ — ص ١٠٢ .

حصولها حتى يخبر بها المدين ، فمتى حكم بها على الكفيل رجع بها على المدين وإن كان لم يخطره بها [1] .

(رابعاً) التعويض : وكان المشروع التمهيدي للمادة ٨٠٠ مدني يتضمن فقرة تقضي بأن " للكفيل فوق ذلك أن يرجع بالتعويض " [2] ، ولكن هذه الفقرة حذفت في لجنة المراجعة اكتفاء بتطبيق القواعد العامة [3] . والقواعد العامة تقضي ، في رجوع الكفيل على المدين ، بتعويضه عن الضرر الذي يكون قد أصابه . وقد طبقت هذه القواعد العامة في رجوع الوكيل على الموكل ، وفي رجوع الفضولي على رب العمل . فنصت المادة ٧١١ مدني على أن " يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه ، بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً " ، ونصت المادة ١٩٥ مدني على التزامات رب العمل نحو الفضولي ومنها " أن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل " . وعلى ذلك يجوز للكفيل أن يرجع على المدين ، سواء كان ذلك بدعوة الوكالة أو بدعوى الفضالة ، بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه دون خطأ منه، وذلك سواء كان المدين سيئ النية أو حسن النية [4].والتقنين المدني الفرنسي (م ٢٠٢٨) ينص صراحة على رجوع الكفيل

---

(١) ويشبه ذلك ما نصت عليه المادة ٧٨١ مدني من أنه " إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل " . ففي هذا النص يقصد بمصروفات " المطالبة الأولى " المصروفات التي أنفقها الدائن في مطالبة المدين أولا، أما المصروفات الأولى في معنى المادة ٢/٨٠٠ مدني فيقصد بها المصروفات التي أنفقها الدائن في مطالبة الكفيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٦) . ولكن الحكمة واحدة في الحالتين ، فالمصروفات الأولى في مطالبة الدائن للمدين يضمنها الكفيل على كل حال دون حاجة لإخطاره بها ، وكذلك المصروفات الأولى في مطالبة الدائن للكفيل يرجع بها الكفيل على المدين دون حاجة لإخطار المدين بها .

(٢) وقد جرت مناقشة في هذا الشأن في لجنة الأستاذ كامل صدقي ، فقال الرئيس إنه لما كان المبدأ هو حماية الكفيل فإنه لا يرى مبرراً لعدم وضع نص صريح يمنحه الحق في المطالبة بتعويضات . وطلب أحد الأعضاء ضرب مثلا للضرر الذي يصيب الكفيل ، فمثل بحالة المدين الذي لم يوف دينه وترتب على ذلك اتخاذ إجراءات التنفيذ على الكفيل وبيعها بنصف ثمنها الحقيقي ، ففي هذه الحالة قد نال الكفيل من التنفيذ عليه ضرر رجوعه بالتعويض على المدين (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤١ — ص ٥٤٢ في الهامش).

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٩ في الهامش .

(٤) وقد تقدم أن الكفيل يرجع على المدين بالفوائد القانونية ، وهذه تعتبر تعويضاً عن التأخر . ولكن يجوز فوق ذلك رجوع الكفيل على المدين بتعويض ، لا فحسب طبقاً للمادة ٢٣١ مدني التي تشترط سوء نية المدين وتنص على أنه " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية " ، بل أيضاً طبقاً لقواعد الوكالة وقواعد الفضالة التي سبق ذكرها والتي لا تشترط سوء نية المدين ، ويكفي أن يكون مقدار الضرر الذي أصاب الكفيل يزيد على الفوائد القانونية فيرجع الكفيل على المدين أيضاً بما زاد . قارن عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ — سليمان مرقس فقرة ١١٤ ص ١٢٧ — محمد على إمام فقرة ٧٩ ص ٢٤٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ .

على المدين ، وتشير إلى ذلك المادة-١٠٥٣ من هذا التقنين في آخر الفقرة الأولى منها . وهذا غير الرجوع بتعويض تكميلي عن الضرر الذي تسبب فيه المدين بسوء نية ، فإن هذا التعويض التكميلي قد نص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٥٣ وهذه الفقرة هي غير الفقرة الأولى التي تشير إلى تعويض الكفيل ، مما يدل على أنه لا يشترط في تعويض الكفيل سوء نية المدين [١] . وقد أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين، وإن كان بعض الفقهاء يشترط سوء نية المدين [٢] . وأمثلة التعويض الذي يرجع به الكفيل على المدين عن الضرر الذي أصاب الكفيل دون خطأ منه أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفي بالتزامه نحو الدائن ، أو أن يوقع الدائن الحجز على مال الكفيل ويبيعه بثمن بخس [٣] . ويعتبر الخطأ منسوباً إلى الكفيل إذا أصابه ضرراً بأن دفع الدين للدائن مرة ثانية بعد أن دفعه المدين ، إذا كان الكفيل لم يخطر المدين بعزمه على الدفع [٤] .

---

(١) بون ٢ فقرة ٢٤٢ — لوران ٢٨ فقرة ٢٣٥ — جيوار فقرة ١٧٥ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ وهامش ١٣ — بودري وفال فقرة ١٠٨٢ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٢) وقد تقدم أن من الفقهاء المصريين الذين يشترطون لرجوع الكفيل على المدين بتعويض سوء نية المدين الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ ص ١٨٠ (وكان يقول في الطبعة الأولى فقرة ١٠٥ ص ١٦٧ بعدم جواز رجوع الكفيل على المدين بتعويض ما) ، والأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ ، والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥٢ ص ١٠٣ . ويرى الأستاذ محمد كامل مرسي جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية المدين ، فيقول : " ويرى أحمد فتحي زغلول باشا (ص ٢٢٢) أنه إذا ترتب على عدم وفاء الدَّين إلزام الضامن بدفعه ، ونتج من ذلك خسارة له أكثر من الفوائد القانونية ، فإن المدين يكون ملزماً بتلك الخسارة ، كما لو اضطر الدائن إلى بيع ملكه بثمن بخس ليؤدى الدين ، أو وقع عليه حجز .. ومن رأي دي هلنس (كفالة فقرة ٦٣) أيضاً أن للكفيل الحق في التعويضات .وهذا الرأي الأخير أقرب للعدالة ونرى الأخذ به ، وهو مطابق لقواعد الوكالة التي بمقتضاها على الموكل تعويض الوكيل إذا أصابته خسارة بسبب قيامه بأعمال التوكيل . ولا يحتج بعدم وجود النص ، فإنه من المقرر كما أسلفنا تعويض الوكيل عن الخسارة التي تلحقه مع أنه لم يرد في التقنين المدني نص صريح كنص المادة ٢/٠٠ فرنسي .ولا نرى ما يبرر رأي الشرائح الذين يقولون بعكس ما نقول ، إذ أنهم يحتجون بعدم النص فلا يجيزون للكفيل التعويضات ، وهم في الوقت نفسه يجيزون له سريان الفوائد على ما دفعه من وقت الدفع كالوكيل مع أنه لا يوجد نص في هذه الحالة أيضاً . ونرى من باب أولى الأخذ بالرأي الأخير في القانون الجديد (محمد كامل مرسي فقرة ١٠٥ ص ١٤٥) .

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩٠ هامش ١٣ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ .

(٤) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٢ هامش ٦٠ .
هذا وقد قضت محكمة النقض في مصر بأنه إذا اتفق المدين مع صاحبه في الدين على أن يقوم الضامن بوفاء مبلغ الدين للدائن ، ثم أتخذ الأخير إجراءات الحجز ضد مدينه ولم يكن ذلك نتيجة تقصير الضامن في الوفاء بما التزم به قبل المدين بل كان تنفيذاً لحكم صادر ضد هذا الأخير من دين خاص به وتنفيذاً للحكم الآخر الصادر ضد المدين وصاحبه عن المدين المضمون — وسواء كان تصرف الدائن على هذا الوجه أو لم يكن كذلك — فإن هذا التصرف لا يرتب حقاً للمدين قبل الضامن طالما أن إجراءات الحجز العقاري لم تتخذ =

٦٤ – ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين

: يفي الكفيل الدائن بجزء من الدين إما لأن الكفيل لم يكفل إلا هذا الجزء ، أو لأن الكفيل قد كفل كل الدين ولكن الدائن قبل منه وفاء جزئياً وأبرأه من باقي الدين أو لم يبرئه منه فيبقى الكفيل ملتزما بباقي الدين.

وأياً كان السبب في الوفاء الجزئي ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما وفاه ، مع فوائده ومصروفاته [١] .

وإذا رجع الكفيل على المدين بجزء من الدين هو مقدار ما وفاه ، ورجع الدائن أيضاً على المدين بالباقي من الدين ، فإن الدائن لا يتقدم على الكفيل في هذا الرجوع ، بل يتزاحم الاثنان معاً ، فإذا لم يكن لدى المدين ما يفي برجوع كل من الدائن والكفيل، فإن هذين الاثنين الأخيرين مع الدائنين الآخرين يتقاسمون ما عند المدين ، ويأخذ كل منهم بنسبة ما يرجع به على المدين [٢] وهذا بخلاف دعوى الحلول ، فسنرى أن الكفيل إذا لم يوف إلا

= بسبب تقصير هذا الضامن في الوفاء بالتزامه ، وما دام من الثابت قطعا أن بعض الدين الذي كان الدائن يطلب البيع من أجله هو دين خاص بالدين وحده . ولا يغير من هذا النظر ولا ينال منه القول بأن الضامن كان متفقا مع الدائن على شراء أطيان المدين عند عرضها للبيع ، إذ ليس ثمة ما يمنع من هذا الاتفاق وشأن الضامن شأن غيره من الراغبين في الشراء (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٦٣) – وأنظر أيضاً نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ١٢٠ .

(١) نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٦١ – جيوار فقرة ١٦١ وفقرة ١٨١ .
وذلك ما لم يبرئ الدائن الكفيل لا من الكفالة فحسب بل من الدين نفسه ، فيكون في حكم من وهب الدين للكفيل ، ويجوز لهذا الأخير الرجوع على المدين بكل الدين باعتباره أنه موهوب له (أنظر آنفاً فقرة ٦٢ في الهامش) .. وهذا بخلاف ما إذا كان الدائن قد أبرأ الكفيل من الكفالة في نظير هذا الوفاء الجزئي أو قبل وفاءه جزئياً بموجب صلح مع الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار هذا الوفاء الجزئي (بون ٢ فقرة ٢٣٥ – لوران ٢٨ فقرة ٢٣٢ – جيوار فقرة ١٧٠ – بودري وفال فقرة ١٠٨٣) .
وإذا دفع الكفيل للدائن مقدارا زائداً على الدين ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بمقدار الدين فقط حتى لا يضار المدين من جراء دفع الزيادة (جيوار فقرة ١٧٠ – بودري وفال فقرة ١٠٨٣ ص ٥٧١) .

(٢) نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ – ١ – ٥٠٢ – ٢١ يناير سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ – ١ – ٢٥٦ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٦١ – بون ٢ فقرة ٢٧٥ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٩١ – بودري وفال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ – ولا يكون الكفيل مسئولا قبل الدائن بسبب ما حصل عليه من جراء رجوعه على المدين ، بل يخلص له ما حصل عليه ولا يشاركه الدائن فيه (جيوار فقرة ١٦ وفقرة ١٨١ – بودري وفال فقرة ١٠٨٥ ص ٥٧٣ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٠ ص ٩٩٣ هامش ١ – نقض فرنسي ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ – ١ – ٢٦١) .وكذلك لو كان للكفيل دين آخر في ذمة المدين فإنه يرجع به عليه ، ويزاحم الدائن في رجوعه ، وإذا حصل من المدين على جزء من دينه فلا يشاركه فيه الدائن (جيوار فقرة ١٦٤ – بودري وفال فقرة ١٠٨٥) . =

بعض الدين ، لم يرجع على المدين بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقـــه من المدين (م ٧٩٦ مدني) .

§ ٢ – رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

٦٥ – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٩ مدني على ما يأتي :

" إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين " (١) .

ونسير في دعوى الحلول على نفس الخطة التي اتبعناها في الدعوى الشخصية ، فيما عدا البحث في الأساس القانوني الذي تقوم عليه دعوى الحلول إذ أن هذه الدعوى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الحلول القانوني فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين فيحل الموفى محل الدائن إذا كان ملزماً بوفاء الدين عن المدين . ونضيف إلى ما نبحثه موازنة بين

= وإذا كان الدائن لم يخلص بكل حقه من المدين ، وكان الكفيل مسئولا عن باقي الدين ، جاز للدائن أن يحجز تحت يد المدين بما للكفيل في ذمته (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٦ – سليمان مرقس فقرة ١١٥ ص ١٢٨) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٧ ، في المشروع النهائي – ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤١ – ص ٥٤٦) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦١٧/٥٠٥ : إذا دفع الكفيل عند حلول الأجل ، فله الرجوع على المدين ... ويحل محل الدائن في حقوقه ، لكن لا تجوز له المطالبة إلا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه إذا كان الكفيل لم يدفع إلا جزءاً من الدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٦٥ (مطابق) .

التقنين المدني الليبـــي : ٨٠٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ٢/١٠٣٣ : ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق ، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨٤ : إن الكفيل الذي أوفى الدين على وجه صحيح يحل محل الدائن في جميع حقوقه وامتيازاته على المديون الأصلي بقدر المبلغ الذي دفعه ، وعلى سائر الكفلاء بقدر حصصهم وأنصبتهم . على أن ذلك الحلول محل الدائن ليس من شأنه أن يعدل الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المديون الأصلي والكفيل .

دعوى الحلول والدعوى الشخصية . وعلى ذلك نبحث : (١) أي كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين . (٢) الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . (٣) ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفى الكفيل الدين كاملا . (٤) ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين . (٥) موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية .

٦٦ – أي كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين : كل كفيل يرجع بدعوى الحلول عل المدين ، يستوي في ذلك الكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة المدين سواء كان بأمر المدين أو بعلمه أو بغير علمه ، والكفيل الذي عقد الكفالة لمصلحة المدين بالرغم من معارضة هذا الأخير، والكفيل عقد الكفالة لمصلحة الدائن [١]. ويستوي في ذلك أيضاً أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده ، أو لمصلحة الدائن وحده ، أو لمصلحة الاثنين معاً ، أو لمصلحة المدين والكفيل ، أو لمصلحة الدائن والكفيل . وعلى ذلك يستوي الكفيل غير المأجور ، والكفيل المأجور . ويستوي أخيراً الكفيل غير المتضامن مع المدين ، والكفيل المتضامن مع المدين [٢] .

والأصل في ذلك ما نصت عليه المادة ٣٢٦ مدني من أنه " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية : (١) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه . (ب) ..... " . فالكفيل ملزم بوفاء الدين عن المدين ، ومن ثم إذا وفى الدين للدائن كان أن يحل محل الدائن في جميع ما لهذا الأخير من حقوق قبل المدين . فليست المادة ٧٩٩ مدني سالفة الذكر [٣] إلا تطبيقاً تشريعياً للمادة ٣٢٦ مدني ، وقد أعطت دعوى الحلول للكفيل في عبارة عامة مطلقة ، بخلاف الدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة ٨٠٠ مدني فإنها أعطيت للكفيل إذا عقد الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه دون الكفيل الذي عقد الكفالة بالرغم من معارضة المدين [٤] . ويكون حلول الكفيل محل الدائن القانون ، دون حاجة لأن يطلب الكفيل ذلك [٥] .

---

(١) ترولون فقرة ٣٢٩ وفقرة ٣٦٢ – بون ٢ فقرة ٢٦٧ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ – جيوار فقرة ١٧٦ – وفقرة ١٨٣ – بودري وفال فقرة ١١١١ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١٠ – محمد على إمام ص ١٤٤ – سليمان مرقس فقرة ١٢٠ ص ١٣٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠١ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٠٤ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٠ .

(٥) وكان حلول الكفيل محل الدائن في القانون الروماني لا يتم بحكم القانون ، بل كان الكفيل عند وفاء الدين للدائن يقتضي منه أن ينزل له عن حقوقه . فإذا رفض الدائن النزول عن دعواه للكفيل ، كان لهذا الأخير =

٦٧ – الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

رأينا [١] أنه يجب توافر شروط ثلاثة لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين ، وفاء المدين بالدين عند حلول أجله ، وإخطار الكفيل المدين قبل الوفاء مع عدم معارضة المدين . والشرطان الأولان من هذه الشروط الثلاثة يجب توافرهما لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، أما الشرط الثالث المتعلق بإخطار المدين فليس ضرورياً للرجوع بهذه الدعوى [٢] .

وعلى ذلك يجب توافر شرطين لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلـــول، وهما :

(الشرط الأول) قيام الكفيل بوفاء المدين : فيجب على الكفيل حتى يرجع على المدين بدعوى الحلول ، أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين [1] . وقد رأينا [١] المادة

= أن يواجهه بدفع في خصوص ذلك (cedendarun actionyn) ، بل كان يفترض في بعض الحالات أن النزول عن الدعوى قد تم فعلا . وكان القانون الروماني ، من جهة أخرى ، يجعل لمن يوفي ديناً مضموناً برهن الحق في أن يخلف الدائن في هذا الرهن (successio in locum creditais) أو في مرتبته (جيرار طبعة ثالثة ص ٧٥٤ – ص ٧٥٥ و ص ٧٧٦ هوامش ٢ و ٥ و ٦ و ٧) . أما في القوانين الجرمانية ، فكان الكفيل يحل محل الدائن بحكم القانون . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، وإن كان ذلك محلا للنزاع (بودري وفال فقرة ١١٠٩) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٢ .

(٢) وذلك جاء ترتيب المواد ٧٩٨ – ٨٠٠ مدني معيبا ، فقد بدأت المادة ٧٩٨ وهي في صدر هذه المواد تتكلم عن إخطار المدين ، ثم جاء المادتان ٧٩٩ و ٨٠٠ الأولى في دعوى الحلول والثانية في الدعوى الشخصية . وهذا الترتيب يوهم أن إخطار المدين واجب في كل من دعوى الحلول والدعوى الشخصية، مادام الإخطار يتقدم كلا من الدعويين . والصحيح أن الإخطار غير واجب إلا في الدعوى الشخصية ، أما دعوى الحلول فلا يجب فيها الأخطار قبل الوفاء ، إذ أن الوفاء دون إخطار المدين به يجعل الكفيل يحل محل الدائن كالوفاء بعد الإخطار سواء بسواء . وكان الواجب أن تتأخر المادة ٧٩٨ المتعلقة بالإخطار عن المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، أو تتقدم المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية على المادة ٧٩٩ المتعلقة بدعوى الحلول ، وتأتي المادة ٨٠٠ المتعلقة بالدعوى الشخصية عقب المادة ٧٩٨ مباشرة ، أي عقب المادة المتعلقة بالإخطار ، وبذلك لا يكون الإخطار واجبا إلا في الدعوى الشخصية . (أنظر في هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ١٠٢).

(1) أ – للمتبوع عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفي ملزماً بوفاء الدين على المدين وإذا كان للمدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن ، فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى بالتعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن المضرور قبله بالتقادم الثلاثي المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع، على أساس أنه انقضى على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه أكثر من ثلاث سنوات دون أن يرفـــع المضـــرور عليه =

٧٩٩ تقول : " إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن ... " . والكفيل لا يقوم بوفاء الدين عن المدين إلا إذا كان متضامناً معه أو إلا إذا لم يدفع بالتجريد أو فشل في هذا الدفع ، فعندئذ يضطر إلى وفاء الدين للدائن ويحل محله في رجوعه على المدين . وقد يقضى الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء ، كما إذا وفى الدين بمقابل ، أو جدد الدين بتغيير المدين مثلا ، أو قضي الدين بطريق المقاصة . فكل هذه أسباب تقوم مقام الوفاء فينقضي بها الدين، ومن ثم يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين [٢] . أما إذا لم يف الكفيل الدين أو يقضه بسبب يقوم مقام الوفاء ، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن هذا لا يعتبر وفاء للدين ، فلا يحل الكفيل محل الدائن. وقد يعمد الدائن التنفيذ على أموال كل من المدين والكفيل ، فعلى الكفيل في هذه الحالة أن يتقدم في التوزيع المفتوح بالنسبة إلى أموال المدين ، حتى إذا استوفى الدائن حقه من أموال المدين وأموال الكفيل معاً ، حل الكفيل محل الدائن في توزيع أموال المدين بنسبة ما استوفاه الدائن من أمواله هو [٣] .

= الدعوى بطلب التعويض على أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة إليه ، والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع وإنما على حق الدائن الأصلي الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن " المضرور " فيه والذي يطالب به المتبوع تابعه ، ذلك بأن المتبوع حين يوفى التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع .

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٠ الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق س ٣٠ ج ١ ص ٣٠١)

ب - دعوى الحلول التي يستطيع المتبوع — وهو في حكم الكفيل المتضامن — الرجوع بها على تابعه عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور هي الدعوى المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدني والتي ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتي تقضي بأن الموفى يحل محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين ، وإذا كان المدين في حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذي أوفى التعويض للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن قبله بالتقادم الثلاثي المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس أن اختصامه في الدعوى تم بعد اكتمال هذا التقادم بالنسبة إليه وعلى أساس أن رفع المضرور الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة إليه (التابع) والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع في الرجوع على التابع وإنما على حق الدائن الأصلي الذي انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن (المضرور) فيه والذي يطالبه به المتبوع تابعه ذلك بأن المتبوع حين يؤدى التعويض للدائن المضرور فإنه يحل محل هذا الدائن في نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع .

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٩٩) .

(جلسة ١٩٩٨/٢/٢٢ الطعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق س ١٩ ص ٣٢٧) .

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٦ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ١٠٩ ص ١٤٩ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١١ ص ١٧١ .

(٣) بودري وفال فقرة ١١١٠ .

(الشرط الثاني) وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله : فإذا تعجل الكفيل الوفاء بغير رضاء المدين قبل حلول الأجل الأصلي ، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول هذا الأجل ، أو لم يرجع أصلا إذا وجد ما بين وفاء الكفيل بالدين وحلول الأجل سبب لانقضاء الدين [1] . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى في المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلا ، أو كان لدي المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين " [2] .

٦٨ — ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفى الدين كاملا

: قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط ، عند الكلام في أحكام الرجوع بدعوى الحلول ، أن الموفى وهو هنا الكفيل يحل محل الدائن . وقد نصت المادة ٣٢٩ مدني في هذا الصدد على أن "من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له بقدر ما أداه الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن " [3] . وتؤكد المادة ٧٩٩ مدني [4] هذا المعنى ، فتقول : " إذا وفى الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين " [5] .

---

(١) بودري وفال فقرة ١١١٢ — محمد كامل مرسي فقرة ١٠٩ ص ١٥١ — سليمان مرقس فقرة ١٢٠ ص ١٣٤ — وإذا امتد الأجل الأصلي باتفاق المدين والدائن أو بمنح القاضي للمدين نظرة الميسرة ، فإنه يبدو أن الكفيل ، وقد حل محل الدائن ، لا يستطيع الرجوع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل الجديد بعد امتداده، لأن الدائن نفسه كان لا يستطيع الرجوع على المدين قبل ذلك (جبوار فقرة ٢٥٢ — محمد كامل مرسي فقرة ١٠٩ ص ١٥١ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١٥ ص ١٧٤ هامش ٢ — أنظر عكس ذلك وأن الكفيل يرجع بدعوى الحلول عند حلول الأجل الأصلي ولا ينتظر حلول الأجل الجديد : بودري وفال فقرة ١١١٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٤ — ص ٥٤٥ .

(٣) أنظر التكييف القانوني للحلول والنظريات الثلاث المختلفة في هذا التكييف ، وهي : (١) بقاء التأمينات وحدها دون الحق (٢) بقاء الحق نفسه وانتقاله إلى الموفى (٣) الوفاء مع الحلول وفاء للحق إلى الدائن وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين : الوسيط ٣ فقرة ٤٠٢ — فقرة ٤٠٥ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٥) وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط ولم يبرئه من الدين ، ودفع الكفيل المتضامن الدين، فله الرجوع على المدين الذي أبرئ من التضامن بكل ما دفع (مصر الكلية ٥ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢) .

وعلى هذا يحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما لهذا الحق من خصائص . فإذا كان حق الدائن حقاً تجارياً ، انتقل إلى الكفيل على هذه الصفة حقاً تجارياً [1] . وإذا كان حقاً يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة ، خمس سنوات أو أقل ، فإنه ينتقل إلى الكفيل قابلا للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة . وقد تكون المدة أوشكت على الانقضاء فلا تلبث أن تنقضي بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفي هذا تمييز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول فإن سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأولى لا يبدأ إلا من وقت وفاء الكفيل بالدين . وقد يكون حق الدائن الذي انتقل إلى الكفيل ثابتاً في سند رسمي أو في حكم ، فينتقل إلى الكفيل بهذا السند التنفيذي كما كان في يد الدائن . وقد يكون الدائن قد قاضى المدين وسار في إجراءات التقاضي شوطاً بعيداً ، فلا يحتاج الكفيل إلى تجديد هذه الإجراءات بل يسير فيها من حيث وجدها [2] .

ويحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما يلحق هذا الحق من توابع . فلو كان حق الدائن ينتج فوائد بسعر معين ، فإنه ينتقل إلى الكفيل منتجاً للفوائد بهذا السعر ، ويكون للكفيل الحق في تقاضي هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق ، ويعتبر تابعاً للحق دعوى الفسخ ، فلو ضمن الكفيل المشترى في دفع الثمن ، ثم دفع الكفيل الثمن للبائع وفاء لدين المشترى ، انتقل إلى الكفيل حق البائع بما تتبعه من دعوى الفسخ لعدم وفاء المشترى بالثمن [3] . ويعتبر تابعاً للحق أن يكون للدائن حق الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية ، فإذا وفى الكفيل الحق للدائن وانتقل إليه هذا الحق ، فإنه ينتقل إليه مقترنا بحق الطعن بالدعوى البولصية [4] . ويعتبر تباعاً كذلك الحق في الحبس ، فتنتقل العين المحبوسة من الدائن إلى الكفيل، ويكون لهذا الأخير الحق في حبسها حتى يستوفي الدين من الدائن [5] . وإذا كان هنا شرط جزائي ، استفاد منه الكفيل كما كان يستفيد منه الدائن [6] .

---

(١) بودري وفال فقرة ١١١٦ مكررة — ويظهر أن حق تجاري في الإثبات والاختصاص وسعر الفوائد القانونية.

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ — ويرجع الكفيل على المدين بقيمة الأخشاب التي حجز عليها الدائن وتركها المدين تفلت من الحجز (نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٦ — ١ — ١٩٠ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٧ ص ٢٨٧ هامش ١ .

(٣) جيوار فقرة ١٨٥ — بودري وفال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ .

(٥) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٣ .

(٦) منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ ص ١٠٧ — ولو ضمن الكفيل المستأجر في دفع الأجرة ، ثم دفعها للمؤجر وفاء عن المستأجر ، حل محل المؤجر في حقه مما يتبع هذا الحق من طرد المستأجر من العين المؤجرة فليس طرد المستأجر إلا ضرباً من فسخ الإيجار ، وقد قدمنا أن دعوى الفسخ تعتبر من توابع الحق =

ويحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما يكفله من تأمينات . فينتقل إلى الكفيل مع حق الدائن ما يكفل هذا الحق من تأمينات عينية ، كالرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي على عقار أو منقول وحقوق الامتياز على عقار أو منقول [1] . أما انتقال التأمينات الشخصية ، ككفيل آخر ضمن الدين أو مدينين متضامنين متعددين ، فسيأتي الكلام في ذلك عند بحث رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين ورجوعه على المدينين المتضامنين . والحلول في التأمينات يقع بحكم القانون ، فلا يحتاج الكفيل إلى اتفاق مع الدائن على إحلاله محله في رهن أو في أي تأمين آخر أو في أي طلب للدخول في التوزيع بدلا منه ، ولا يجوز للدائن أن يتزل عن الرهن أو عن مرتبة هذا الرهن إضراراً بحق الكفيل الذي حل محله في هذا الرهن [2] .

ويحل الكفيل محل الدائن في حقه ، بما يرد عليه من دفوع إذا كان الكفيل قد وفى الدين قبل إخطار المدين بعزمه على الوفاء فلم يتمكن المدين من المعارضة في الوفاء . فإذا كان الحق مصدره عقد باطل أو قابل للإبطال ، جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع تجاه الكفيل كما كان له ذلك تجاه الدائن . وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأي سبب آخر كالتجديد أو المقاصة أو الإبراء أو التقادم ، جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك . وإذا كان حقاً مؤجلا و لم يحل الأجل ، جاز للمدين أن يدفع أيضاً بكل ذلك . أما إذا كان الدائن قاصراً ، فجاز للمدين أن يمتنع عن الوفاء له شخصياً لعدم صحة الوفاء في هذه الحالة ، فإنه لا يستطيع أن يدفع بهذا الدفع الخاص بشخص الدائن تجاه الكفيل إذا كان هذا متوافراً فيه الأهلية لاستيفاء الدين [3] .

على أن العبارة الأخيرة من المادة ٣٢٩ مدني تنص ، كما رأينا [4] . على أن "يكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن " . والسبب في ذلك أن الكفيل ،

= (جيوار فقرة ١٨٥ — بودري وفال فقرة ١١١٤ — عكس ذلك بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ هامش ١) .

(١) بودري وفال فقرة ١١١٤ ص ٥٨٦ — ويستوي أن تكون هذه التأمينات قد حصل عليها الدائن قبل عقد الكفالة أو بعد هذا العقد ، ففي الحالتين يحل الكفيل فيها محل الدائن (ترولون فقرة ٣٧٦ — بون ٢ فقرة ٢٧٢ — جيوار فقرة ١٨٤ — بودري وفال فقرة ١١١٣) .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٤ - وقد رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٥١) أن المادة ٢/٧٨٧ و ٣ مدني تنص على ما يأتي : " ١ — فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس ، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل . ٢ — إما 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 " .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٥ .

(٤) أنظر نفس الفقرة .

وهو يفي بالدين للدائن ، إنما يقوم بهذا بعيداً عن فكرة المضاربة التي هي في حوالة الحق لصيقة بمن يشترى الدين . ولا بد أن يكون الوفاء هنا قد أحاطت به ملابسات اقتضت أن يتزل الدائن عن جزء من الدين ويستوفي الباقي ، فليس للكفيل أن يرجع على المدين بأكثر مما وفى للدائن إذ هو لا يقصد المضاربة فيما قام به من وفاء ، وإنما هو يلتزم بالدين عن المدين ويريد الوفاء بالتزامه . ولو كان يقصد المضاربة ويريد الرجوع بكل الدين ، فسبيله إلى ذلك أن يشترى الدين من الدائن بالمقدار الذي دفعه ، وعند هذا ينتقل إليه الدين كاملا عن طريق حوالة الحق ويرجع به كله على المدين [1] .

وعلى ذلك يرجع الكفيل على المدين ، في دعوى الحلول ، بما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين . فيشمل ذلك مقدار الدين في أصله إذا كان قد وفى الدائن مقدار الدين بأكمله ، وإلا فالقدر الذي وفاه من الدين كما قدمنا . وكذلك يرجع بفوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية ، مادامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول . ويشمل أصل الدين كذلك ، فيرجع الكفيل به على المدين، ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين ، كما يشمل بوجه عام كل ما وجب على الكفيل دفعه للدائن لإخلاء ذمة المدين . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين أيضاً في الدعوى الشخصية ، كما قدمنا [2] .

ولكن الكفيل لا يرجع على المدين ، في دعوى الحلول ، لا بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع ، ولا بالمصروفات التي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن ، وذلك كمصروفات العرض الحقيقي والإيداع والمصروفات التي أنفقها الكفيل في إرشاد الدائن إلى أموال المدين لتجريدها ومصروفات مطالبة الدائن للمدين ومصروفات رفع الدائن الدعوى على الكفيل ، ولا بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصاب الكفيل دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه [3] . وهذا كله يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية [4] ، بخلاف دعوى الحلول ، وفي ذلك تتميز الدعوى الشخصية عن دعوى الحلول [5] .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٧ — وقد رأينا في الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين ، إذا قبل الدائن أن يتزل عن جزء الدين بموجب صلح بينه وبين الكفيل ، فإن الكفيل لا يرجع على المدين هنا أيضاً إلا بمقدار ما وفى من الدين (أنظر آنفاً فقرة ٦٤ في الهامش) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٣ .

(٣) بون ٢ فقرة ٢٧٤ — لوران ٢٨ فقرة ٢٤٦ — جيوار فقرة ١٩٠ — بودري وفال فقرة ١١١٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٦٣ .

(٥) پلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ .

٦٩ – ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين :

رأينا [1] أن المادة ٧٩٩ مدني تنص على ما يأتي :

" ولكن إذا لم يوف (الكفيل) إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين " . وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً لبعض ما جاء في المادة ٣٣٠ مدني التي تنص على ما يأتي : " ١ – إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ – فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، رجع من حل أخير هو ومن تقدمه في الحلول بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء " .

والمفروض هنا أن الكفيل وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن فيه . فإذا كان المدين قد رهن عقاراً في الدين وكان العقار لا يفي بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الكفيل وقد حل في الرهن بمقدار ما وفاه والدائن ولا يزال دائناً بالجزء الباقي لا يجدان أمامهما سوى هذا العقار ليستوفي كل حقه منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . وكان ينبغي أن يتعادلا فأن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر . ولكن النص ، وهو في ذلك يترجم عن الإرادة المحتملة للطرفين ، يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه من الكفيل إلا على أساس أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي . فيتقدم الدائن على الكفيل ويستوفي أولا الجزء الباقي من الدين ، وما بقي بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الكفيل فلا يستوفي به إلا بعض حقه . فالكفيل وقد حل محل الدائن في جزء من حقه لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه [2] . على أن هذه القاعدة يحد منها قيدان : (١) أنها ليست إلا افتراضاً لما أراده الدائن والكفيل ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والكفيل أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان فيقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء . بل لهما أن يتفقا على أن الكفيل هو الذي يتقدم على الدائن وما بقي بعد ذلك يأخذه الدائن . (٢) وحتى لو لم يتفق الدائن والكفيل على شيء يخالف القاعدة المتقدمة الذكر وتقدم الدائن على الكفيل ، فهذه ميزة شخصية للدائن وحده ، لا تنتقل منه إلى شخص آخر يفي له بالجزء الباقي من حقه ويحل فيه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٣٠ مدني صراحة على هذا الحكم فقضت بأنه " إذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق ، رجع من

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٥ .

(٢) مصر الكلية ٥ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧ ص ٣٢ .

حل أخيراً هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء " . ولا يستطيع الدائن ، وهو يستوفي الجزء الباقي من حقه من هذا الشخص الآخر أن يتفق معه على أن يجعله متقدماً على الكفيل ، إذ أن الكفيل ليس طرفاً في هذا الاتفاق فلا يسري في حقه . وإنما يجوز للدائن عند استيفاء جزء من حقه من الكفيل . وعند ذلك يكون للدائن ، وهو يستوفي الجزء الباقي ، أن يتفق مع الموفي الثاني أن يتقدم هذا على الكفيل ، وهذا ما رضي به الكفيل مقدماً عند اتفاقه مع الدائن [1] .

وما قدمناه من أن الكفيل الذي وفى بجزء من الدين يتأخر عن الدائن عندما يريد هذا استيفاء الجزء الباقي ، إنما يصح إذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فقد رأينا [2] أنه لا وجه لتفضيل الدائن عليه . فإذا فرض في المثل المتقدم أن المدين لم يرهن عقاراً لضمان الدين ، ووفى الكفيل الدائن جزءاً من حقه، ولم يكن عند المدين مال يفي بكل الدين ، فإن رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين يجعله يزاحم الدائن في رجوعه على المدين بما بقي من حقه ، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء [3] .

٧٠ – موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية : من ميزات دعوى الحلول على الدعوى الشخصية ، أن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذي وفاه ، وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع ، وقد تقدم بيان هذا [4] . ولا يشترط في دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء ، ويشترط ذلك في الدعوى الشخصية [5] .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها ، من جهة أخرى ، ميزات على دعوى الحلول ، ونذكر من هذه الميزات ثلاثاً :

أولا – يستحق الكفيل في الدعوى الشخصية الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع ، ويرجع الكفيل أيضاً في الدعوى الشخصية بالمصروفات التي أنفقها في سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن . كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذي يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه . ولا

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٤ .
(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ .
(٤) أنظر أنفاً فقرة ٦٨ .
(٥) أنظر آنفاً فقرة ٦٢ .

يرجع الكفيل في دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض ، وهذه هي إحدى الميزات الأساسية للدعوى الشخصية على دعوى الحلول [1] .

ثانياً — إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإن حقه يكون قد نشأ منذ الوقت الذي وفى فيه المدين للدائن ، فلا يبدأ سريان التقادم إلا من ذلك الوقت . أما في دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن ، وقد بدأ سريان تقادم هذا الحق منذ أن استحق أي قبل أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية ، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضي بعد انتقال الحق إلى الكفيل ، وفي هذا تتميز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول [2] .

ثالثاً — إذا كان الكفيل قد وفى الدين وفاء جزئياً وأراد الرجوع بدعوى الحلول، فقد رأينا أنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفي الدائن من المدين الباقي من حقه . أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعاون مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه . ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء [3] .

§ ٣ – رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين

٧١ – نص قانوني : تنص المادة ٨٠١ مدني على ما يأتي :

" إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذي كفلهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين " [4] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ في آخرها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ في أولها .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٩ – وأنظر في الموازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية ، بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ ص ٩٩٣ – محمد كامل مرسي فقرة ١١١ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٥ – سليمان مرقس فقرة ١٢٣ – فقرة ١٢٥ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٨ – ص ٥٥٠) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٦٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨١٠ (مطابق) .

ويفرض هذا النص أن هناك مدينين متعددين متضامنين في دين واحد ، وأن كفيلا قد ضمنهم جميعاً . وهناك فرض آخر . هو أن هناك مدينين متعددين متضامنين في دين واحد ، وأن كفيلا ضمن بعضهم دون الباقين . فنستعرض كلا من الفرضين .

٧٢ – مدينون متضامنون ضمنهم الكفيل جميعاً : هذا هو الفرض الذي أورد حكمه نص المادة ٨٠١ مدني سالفة الذكر ، وهو أبسط الفرضين . فإذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد ضمنهم الكفيل جميعاً ، ووفى الكفيل الدين للدائن، فإنه يرجع على أي من المدينين المتضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول [١] .

فإن رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يرجع بما وفاه للدائن ، أي بكل الدين . ذلك لأن أي مدين متضامن مسئول عن كل الدين بحكم التضامن فيما بين المدينين ، وقد وفى الكفيل عنه كل الدين فيرجع بكل الدين عليه [٢] . ويضاف إلى ذلك ما يرجع به الكفيل من فوائد قانونية ومصروفات وتعويض . فإذا رجع الكفيل بكل الدين على أحد المدينين المتضامنين ، رجع هذا المدين على سائر المدينين كل بقدر حصته (م ٢٩٧/ ١ مدني) . وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفى بالدين للكفيل وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته (م ٢٩٨ مدني) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في التضامن .

وإن رجع الكفيل بدعوى الحلول ، فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذي وفاه حقه. ولما كان الدائن يرجع على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين للتضامن القائم فيما بينهم ، فإن الكفيل له أن يرجع أيضاً بدعوى الحلول على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين ، كما في الدعوى الشخصية [٣] . وكما في الدعوى الشخصية أيضاً يرجع المدين الذي وفى الدين للكفيل على سائر المدينين كل بقدر حصته ، وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفى الدين للكفيل وسائر المدينين المتضامنين كل بقدر حصته [٤] .

= التقنين المدني العراقي : م ١٠٣٥ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل .

(١) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٧ .

(٢) جيوار فقرة ١٩٣ – بودري وفال فقرة ١١١٩ .

(٣) ترولون فقرة ٣٧٧ – پون ٢ فقرة ٢٧٦ – لوران ٢٨ فقرة ٢١٨ – جيوار فقرة ١٩٢ – فقرة ١٩٣ – بوردي وفال فقرة ١١٢١ .

(٤) وقد نوقش نص المادة ٨٠١ مدني في لجنة الأستاذ كامل صدقي ، فقال أحد الأعضاء " إنه يرى استبعاد هذه المادة ، إذ أن الكفيل الذي وفى يملك وفقا للقواعد العامة الرجوع على كل شخص استفاد من الوفاء =

٧٣ – مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم : ونفرض هنا أن الكفيل لم يضمن كل المدينين المتضامنين كما فعل في الفرض السابق ، بل ضمن بعضهم دون بعض آخر . فإذا كان هناك ثلاثة مدينين متضامنين ، وقد ضمن الكفيل الأول منهم دون أن يضمن الاثنين الآخرين ، ووفى الكفيل كل الدين للدائن ، فإنه يرجع على المدين الذي ضمنه بكل الدين ، سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، لنفس الأسباب التي قدمناها عندما يرجع الكفيل على أحد المدينين المتضامنين بعد أن يكون قد ضمنهم جميعاً [١] .

وإذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما ، فإنه يرجع عليه إما بدعوى مدينه الذي ضمنه أي بالدعوى غير المباشرة ، أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإن رجع بالدعوى غير المباشرة ، فإنه يرجع كما كان يرجع هذا المدين ، أي بحصة المدين الذي يرجع عليه ونصيب هذا الأخير في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين، لأن المدينين المتضامنين ينقسم الدين فيما بينهم عند رجوع أحدهم على الآخرين وتنقسم عليهم حصة المدين المعسر طبقاً لقواعد التضامن . وكذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه يرجع بقدر حصته في الدين ونصيبه في حصة من يعسر من المدينين المتضامنين ، فيرجع الكفيل على المدين هنا أيضاً بقدر حصة هذا المدين ونصيب هذا المدين في حصة من يعسر [٢] . وفي الحالتين يحتج المدين المتضامن الذي رجع عليه الكفيل بالدفوع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المدين المتضامن الذي ضمنه الكفيل ، كما لو أبرئت ذمة المدين المتضامن الذي رجع عليه الكفيل [٣] .

= الذي قام به . ولما كان الوفاء الخاص من الكفيل في الحالة التي تواجهها المادة المقترحة قد استفاد منه عدة مدينين متضامنين ، فإن للكفيل مطالبتهم جميعاً والرجوع عليهم ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وليس هذا الرجوع بحاجة إلى نص لإقراره لأنه تطبيق للمبادئ العامة ، وفي هذا ما يكفي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٥٠ في الهامش) – وأنظر محمد كامل مرسي فقرة ١١٥ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٢ – سليمان مرقس فقرة ١٣٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٠٩ – ص ١١٠ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٧٢ .

(٢) نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٧ – ص ٩٣٨ رقم ١٢ – جيوار فقرة ١٩٣ – بودري وفال فقرة ١١١٩ – محمد كامل مرسي فقرة ١١٦ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٣ – سليمان مرقس فقرة ١٢٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٠ .

(٣) جيوار فقرة ١٩٣ – بودري وفال فقرة ١١٢٠ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٣ – وقد قضت محكمة النقض في مصر بأنه إذا كان الثابت من نصوص عقد الإيجار والمحرر المثبت لالتزام كفيل أحد لمستأجرين =

أما إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول على أحد المدينين الاثنين اللذين لم يضمنهما، باعتبار أن الكفيل قد حل محل الدائن وكان هذا يستطيع الرجوع على أي من هذين المدينين المتضامنين [1] ، فإن محكمة النقض الفرنسية كانت تذهب أولا إلى أن الكفيل يرجع بقدر حصة هذا المدين . وكانت تستند في ذلك إلى أن المادة ٢٠٣٠ مدني فرنسي، وهي تطابق المادة ٨٠١ مدني مصري ، تقضي بأن الكفيل إذا ضمن جميع المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أي منهم بجميع الدين ، فلا يرجع إذن على المدين الذي لم يضمنه إلا بقدر حصته في الدين [2] . ثم رجعت محكمة النقض الفرنسية عن هذا القضاء ، وأصبحت تقضي بأن الكفيل يرجع على المدين الذي لم يضمنه بكل الدين [3] . ولا حجية فيما يقال من أن المدين الذي لم يضمنه الكفيل يضار من أن مدينا آخر متضامنا معه قدم كفيلا ، ذلك أن هذا الكفيل إذا رجع على المدين الذي لم يضمنه بكل الدين فإن هذا المدين لم يضار ، إذ أن

= أن التأمين المشترك عن وفاء الأجرة هو بقدر أجرة سنة ، وأن الكفيل كفل أحد المستأجرين في نصف مبلغ التأمين ، وأن المستأجر الآخر المتضامن معه قدم رهناً عقارياً عما يخصه في التأمين ، وقبل المؤجر هذين التأمينين الشخصي والعيني . فإن التكييف الصحيح لهذه الكفالة هو أنها كفالة شخصية مقصورة على المكفول، وبقد ما هو ملزم به . فإذا جعلتها المحكمة متعدية إلى الشريك في الإجارة ، وألزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفوله ، فهذا تكييف خاطئ يستوجب نقض الحكم . ذلك لأن القانون يقضي بأن الكفيل الذي يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق في المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٥ مدني ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم في المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم ، وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدني . (والثاني) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير (action de in rem verso) عملا بالمادة ١٤٤ (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٦١ – وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) بودري وفال فقرة ١١٢٢ – وقد نوقشت هذه المسألة في لجنة الأستاذ كامل صدقي ، فقال أحد الأعضاء " إن هذه المسألة موضع خلاف ، ولإيضاح ذلك نضرب المثل الآتي : أ ، ب ، ج مدينون متضامنون . كفيل كفل (أ) وحده ، فهل لهذا الكفيل حق الرجوع على (ب) و (ج) ؟ يرى بعض الشراح أن للكفيل حق الرجوع على (ب) و (ج) بكل الدين بموجب دعوى الحلول ، إذ أنه يحل محل الدائن في كافة ما له من حقوق . بيد أن هذا الوضع يلحق ضرراً بكل من (ب) و (ج) ، إذ لولا الكفالة لما كان للمدين الذي وفى إلا الرجوع على كل منهما بحصته في الدين فقط . وهذا هو السبب الذي حدا بالفريق الآخر من الشراح إلى نبذ هذا الرأي ومخالفته . فتسائل الرئيس عن موضوع الضرر الذي يمكن أن يلحق بكل من (ب) و (ج) مع أن لهما حق الرجوع على (أ) " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٤٩ في الهامش) .

(٢) نقض فرنسي ١٩ أبريل سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ – ١ – ٢٩٣ – ١٠ يونية سنة ١٨٦١ داللوز ٦١ – ١ – ٣٦١ – ٧ مارس سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ – ١ – ٢٧١ – وأنظر بودري وفال فقرة ١١٢٣ .

(٣) نقض فرنسي ٦ يوليو سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٤٥٥ – ٢١ يناير سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ – ١ – ١١٠ – ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٦ – ٣٧٩ – وأنظر في هذا المعنى بيدان وقواران ١٣ فقرة ١١٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤١ – بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٩٥٥ .

الدائن كان يرجع عليه بكل الدين فحل الكفيل محله في ذلك . هذا إلى أنه لو دفع أجنبي الدين للدائن واتفق معه على حلول اختياري ، لرجع الأجنبي دون شك على أي مدين متضامن بكل الدين ، فأولى أن يرجع الكفيل بكل الدين على أي مدين متضامن ولو لم يضمنه ، عن طريق الحلول القانوني ، ومصلحته في وفاء الدين أوضح من مصلحة الأجنبي .

ونرى أن قضاء محكمة النقض الفرنسية الأخير ، بعد أن عادت عن رأيها الأول، هو التطبيق الصحيح لقواعد الحلول . فإن الكفيل الذي وفى الدائن كل الدين يحل محله فيما وفاه، وكان الدائن يرجع على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين ، فكذلك يرجع الكفيل كما كان يرجع الدائن على أي من المدينين المتضامنين ، سواء من ضمنه الكفيل ومن لم يضمنه ، بكل الدين . وعلى ذلك إذا رجع الكفيل بدعوى الحلول ، فسواء ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم فقط ، فإنه يرجع على أي منهم ، ضمنه أو لم يضمنه ، بكل الدين [1] .

فإذا كان هناك مدينون ثلاثة متضامنون في دين مقداره ٣٠٠ جنيه بالتساوي فيما بينهم ، وكفل المدين الأول منهم كفيل ، ووفى الكفيل الدين للدائن ، فإنه يرجع على المدين الأول الذي ضمنه بكل الدين أي بمبلغ ٣٠٠ جنيه ما في ذلك منه شك . وكذلك له أن يرجع على أي من المدين الثاني والمدين الثالث بكل الدين كما قدمنا . فإذا ما رجع على المدين الثاني مثلا بكل الدين ، كان لهذا المدين الثاني أن يرجع على المدين الأول الذي ضمنه الكفيل بحصته في الدين أي بمبلغ ١٠٠ جنيه . فإذا كان المدين الأول معسراً ، رجع المدين الثاني على كفيله . فاختصاراً في الإجراءات يرجع الكفيل للمدين الأول المعسر على المدين الثاني بمبلغ ٢٠٠ جنيه ، ثم يرجع المدين الثاني على المدين الثالث بمبلغ ١٠٠ جنيه حصته في الدين . أما إذا كان المدين الثالث هو المعسر ، فإن الكفيل يرجع على المدين الثاني بكل الدين وهو ٣٠٠ جنيه ، ويرجع المدين الثاني على المدين الأول بمبلغ ١٥٠ جنيه ، إذ يتحمل المدينان الأولان ، لا الكفيل ، حصة المدين الثالث المعسر الذي لم يضمنه أحد [2] .

ويخلص مما تقدم أن الكفيل يرجع بدعوى الحلول على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين ، سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية،

---

(١) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٣ – سليمان مرقس فقرة ١٢٨ ص ١٤٣ – ص ١٤٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٢ – وأنظر عكس ذلك وأن الكفيل يرجع فقط بمقدار حصة المدين لا بكل الدين ، محمد كامل مرسي فقرة ١١٦ ص ١٦٧ – محمد على إمام فقرة ٨٨ .

(٢) أنظر في هذا المعنى كولان وكاپيتان ودي لاموراندييير ، فقرة ٩٨٤ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٣ – سليمان مرقس فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ – وأنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١١٢ هامش ٢ .

فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين ، فإنه يرجع على أي منهم بكل الدين . أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط ، فإنه يرجع على المدين الذي ضمنه بكل الدين ، ويرجع على المدين الذي لم يضمنه بقدر حصته في الدين .

المطلب الثاني

العلاقة فيما بين الكفيل والملتزمين بالدين

٧٤ – المقصود بالملتزمين بالدين : إذا وفى الكفيل الدين عن المدين ، فقد يجد أمامه للرجوع عليه ، ليس فحسب المدين الذي كفله ، بل أيضاً كفلاء للدين غيره إذ يكون للدين كفلاء متعددون . وقد يكون أجنبي رهن مالا له في الدين ، وهذا هو الكفيل العيني ، فيرجع عليه الكفيل الشخصي الذي وفى الدين للدائن . وقد يكون المدين رهن عقاراً في الدين رهناً رسمياً ثم باع العقار المرهون ، فيصبح المشترى وهو الحائز للعقار (tiers détenteur) مسئولا عن الدين فيرجع عليه الكفيل .

فنبحث إذن رجوع الكفيل الذي وفى الدين على : (١) الكفلاء الشخصيين الذي كفلوا الدين معه . (٢) الكفيل العيني والحائز للعقار .

§ ١ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه

٧٥ – نص قانوني : تنص المادة ٧٩٦ مدني على ما يأتي :

" إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم " [(١)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٥٢٩ – ص ٥٣٠) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٨/٥٠٦ : وإذا وجد كفلاء متضامنون ، فالذي أدى جميع الدين منهم عند حلول أجله له أن يطلب من كل من باقي الكفلاء أن يؤدي له حصته من الدين مع تأدية ما يخصه من حصة المعسر منهم .

وهذا النص مقصور على حالة واحدة من حالات تعدد الكفلاء الشخصيين الذين يضمنون ديناً واحداً ، وهي حالة ما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم. وقد سبق أن استعرضنا حالة تعدد الكفلاء لدين واحد إذا كانوا غير متضامنين فيما بينهم ، سواء التزموا بعقد واحد أو بعقود متوالية ، فأوردنا نص المادة ٧٩٢ مدني في هذا الشأن وهي تجرى على الوجه الآتي : " ١ — إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة . ٢ — أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم " [١] . وبيَّنَّا أنه إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كلا منهم يكون مسئولا عن كل الدين ، ولكن لا على سبيل التضامن ، بل على سبيل التضامم (in solidum) [٢] .

وعلى ذلك إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ، فإما أن ينقسم الدين بينهم ولا يكون كل منهم مسئولا إلا بقدر نصيبه في الكفالة ، أو لا ينقسم الدين ويكون كل منهم مسئولا عنه بأكمله إما على سبيل التضامن أو على سبيل التضامم . فنبحث كلا من الحالتين .

٧٦ — الحالة الأولى — تعدد الكفلاء وانقسام الدين بينهم :

قدمنا [٣] أنه إذا تعدد الكفلاء وكانون جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ، فالمشرع يتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . ويشترط لذلك : (١) أن يتعدد الكفلاء الشخصيون . (٢) وأن يكفل الكفلاء المتعددون نفس الدين . (٣) وأن يكفلوا نفس المدين. (٤) وألا يكونوا متضامنين فيما بينهم [٤] .

= ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٦٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٨٠٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٣٢ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨٢ (موافق) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١ .

(٤) أنظر في التفصيل فقرة ٤١ .

وعلى ذلك لا يكون كل كفيل ملتزماً إلا بقدر نصيبه في الكفالة ، فإذا وفى هذا النصيب للدائن ، لم يرجع بشيء على الكفلاء الآخرين لأنه لم يف بأنصبتهم في الدين بل وفى بنصيبه وحده . وإنما يرجع على المدين الذي كفله بمقدار ما وفى عنه من الدين ، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وقد سبق بيان ذلك . وهو إذا وفى بنصيب أحد الكفلاء الآخرين ، وهو غير مسئول عن هذا النصيب كما قدمنا ، لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الحلول ، وإنما يرجع عليه بالدعوى الشخصية المبنية على الإثراء بلا سبب ، فيرجع بأقل القيمتين ، القيمة التي دفعها ومقدار ما أفاد منه هذا الكفيل [1] .

وإذا أعسر أحد الكفلاء ، لم يتحمل أحد من الباقين أي نصيب في حصة المعسر، بل يتحمل الدائن وحده حصة الكفيل المعسر [2] .

٧٧ – الحالة الثانية – تعدد الكفلاء مع المتضامن أو التضامم فيما بينهم

بينهم : أما إذا تعدد الكفلاء متضامنين أو متضامين فيما بينهم ، فلا فرق في الحكم بين حالة التضامن وحالةالتضامم ، لا في مسئولية كل كفيل نحو الدائن عن كل الدين ، ولا في رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر [3] ، وقد تكفل ببيان الحكم الأول وهي مسئولية كل كفيل عن كل الدين الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدني ، وتكفل ببيان الحكم الثاني وهو رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الآخرين بحصته وبنصيبه في حصة المعسر المادة ٧٩٦ مدني . ولا فرق بين الالتزام التضامني والالتزام التضامي إلا في أنه في الالتزام التضامني تجمع بين المدينين المتضامنين وحدة المصلحة المشتركة وهذه المصلحة هي التي تبرر أن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، أما في الالتزام التضامي فلا توجد مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين فلا يقوم التمثيل بينهم حتى فيما ينفعهم [4] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٧ – سليمان مرقس فقرة ١٣٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٨.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤١ في آخرها في الهامش .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الكفيل المتضامن ، وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي والتي لا تتفق أساسا مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزماً التزاماً تابعاً يتحدد نطاقه ، طبقاً للقواعد العامة ، بموضوع الالتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٠٧ ص ٧٩٧) .

(٤) أنظر الوسيط ٣ فقرة ١٧٦ .

لذلك نتكلم في الحالتين فيما يلي كأنهما حالة واحدة [1] . فنبحث : (١) رجوع الكفيل الذي وفى الدين على كل من الكفلاء الآخرين وأساس هذا الرجوع . (٢) شروط هذا الرجوع . (٣) مقدار ما يرجع الكفيل به .

٧٨ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على كل من الكفلاء الآخرين – أساس هذا الرجوع :

المفروض هنا أن كل كفيل من الكفلاء المتعددين مسئول عن كل الدين تجاه الدائن ، إما لأنه متضامن مع الكفلاء الآخرين أو لأنه متضامم معهم . فيجوز إذن للدائن أن يرجع بكل الدين على أي كفيل من هؤلاء الكفلاء المتعددين، ويلتزم هذا الكفيل بوفاء الدين كله . بعد أن يدفع الكفيل بوجوب رجوع الدائن أولا على المدين وبوجوب تجريد هذا المدين إذا كان له حق في هذين الدفعين ، وبعد أن يدفع رجوع الدائن عليه بالدفوع التي يحق له التمسك بها [2] . فإذا لم ينجح الكفيل في دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما فحكم عليه بكل الدين ، أو تقدم الكفيل مختارا للدائن ووفى كل الدين، فعندئذ يحق له الرجوع على كل من الكفلاء الآخرين .

وتقول المادة ٧٩٦ مدني كما رأينا [3] ، فيما إذا كان الكفلاء متضـــامنين فيما بينهم [1] ، إن الكفيل الذي وفى الدين كله عند حلوله " أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم " . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الكفلاء متضامنين لا متضامين ، فيجوز للدائن أن يرجع بكل الدين على أي كفيل منهم، ولهذا الكفيل أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر ، والكفلاء ، متضامنين أو كانوا متضامين ، ليسوا إلا مدينين للدائن متضامنين أو متضامين . وقد قدمنا ألا فرق بين المدينين المتضامنين والمدينين المتضامين إلا في وحدة المصلحة المشتركة، ولسنا الآن في صددها .

---

(١) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣ – فقرة ٥٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٥ .

(1) إذا كان مؤدى نص المادة ٧٩٥ من القانون المدني أنه في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء متضامنين ومن ثم فإن الكفيل القانوني يكون بنص القانون متضامنا مع المدين والكفيل القانوني هو الذي يلتزم المدين بتقديمه نفاذاً للنصوص القانونية ومتى قدم المدين لدائنه هذا الكفيل ، فإن هذا الكفيل القانوني يكون متضامنا مع المدين .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ الطعن رقم ٢٣٧ لسنة ٥٠ ق) .

(جلسة ١٩٨٤/٦/٧ الطعن رقم ٢٠٧٧ لسنة ٥٠ق) .

وأساس رجوع الكفيل الذي وفى بكل الدين على الكفلاء الآخرين هو نفس أساس رجوع المدين المتضامن أو المدين المتضامم على المدينين الآخرين ، فيرجع الكفيل الذي وفى بكل الدين على كل مدين من المدينين الآخرين إما بالدعوى الشخصية أو بدعـــوى الحلول [1] .

فإذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يرجع بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، وتسري هنا قواعد رجوع المدين المتضامن إذا وفى بكل الدين على سائر المدينين المتضامنين . وإذا رجع بدعوى الحلول ، فإنه يحل محل الدائن الذي وفاه الدين [2] ، ولكنه يرجع على كل كفيل متضامن معه أو متضامم بقدر حصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر كما سنرى .

٧٩ - شروط هذا الرجوع : ويشترط في رجوع الكفيل على باقي الكفلاء، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، أن يكون هذا الكفيل قد وفى الدين كله للدائن ، وأن يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن .

فيجب أولا أن يكون الكفيل قد وفى الدين كله للدائن عند حلوله وقد يقضي الكفيل الدين بما يقوم مقام الوفاء ، كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة . ولا يكفي أن يخشى الكفيل أن يكون رجوعه على الكفلاء الآخرين مهدداً بالخطر ، فيرجع عليهم قبل أن يفي بالدين للدائن ، بل يجب أن يكون الكفيل قد قضى الدين فعلا بالوفاء أو بما يقوم مقـــام الوفاء [3] . وإذا اقتصر الكفيل على دفع حصته في الدين وقبل الدائن منه ذلك، لم يرجع الكفيل بشيء على سائر الكفلاء ، لكن إذا دفع الكفيل للدائن أكثر من حصته دون أن يفي كل الدين وقبل الدائن منه هذا الوفاء الجزئي كان للكفيل أن يرجع بما زاد على حصته على سائر الكفلاء ، كل بنسبة حصته في الدين [4] . وعبء إثبات الوفاء يقع على عاتق الكفيل الذي يتمسك بهذا الوفاء ، ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات ، فلا

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٩ — سليمان مرقس فقرة ١٣١ — فقرة ١٣٢ .

(٢) وذلك تطبيقا للمادة ٣٢٦ (أ) لأن الكفيل ملزم بكل الدين مع الكفلاء الآخرين ، وكذلك تطبيقاً للمادة ٧٩٩ وتقضي بأنه إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين مضمونة بما يكفلها من تأمينات ، ومن هذه التأمينات كفالة الكفلاء الآخرين (عبد الفتاح عبدالباقي فقرة ١٢٩) .

(٣) جيوار فقرة ٢١١ — بودري وفال فقرة ١١٣٣ .

(٤) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٦ — جيوار فقرة ٢١٢ — بودري وفال فقرة ١١٣٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٤ ص ٩٩٧ .

يجوز إثبات الوفاء بما يزيد على النصاب القانوني للبينة إلا بالكتابة أو بما يقوم مقام الكتابة [1] .

ويجب ثانياً أن يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن [2] . فإذا كان الوفاء باطلا لم يكن مبرئاً للذمة ولا يعتد به ، ولا يجوز للكفيل الذي قام بهذا الوفاء الباطل أن يرجع على بقية الكفلاء . وحتى لو كان الوفاء صحيحاً ورجع الكفيل الذي قام بهذا الوفاء الصحيح على كفيل آخر ، وكان لهذا الكفيل الآخر أن يتمسك بدفع يبرئ ذمته غير هذا الوفاء ، لما جاز الرجوع [3] . وذلك كأن يكون الدائن قد أبرأ هذا الكفيل من الكفالة [4] ، أو أن يكون عقد كفالته باطلا أو قابلا للإبطال ، أو أن يكون الدين المكفول باطلا أو قابلا للإبطال أو انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ووفى الكفيل الذي يريد الرجوع دون نظر إلى شيء من ذلك [5] .

٨٠ — مقدار ما يرجع الكفيل به : رأينا [6] أن المادة ٧٩٦ مدني تنص على أنه " إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم " وليس هذا النص إلا تطبيقاً تشريعياً للقواعد العامة في التضامن ما بين المدينين المتضامنين إذا رجع أحدهم على الباقين ، إذ أن الكفلاء المتضامنين ليسوا إلا مدينين متضامنين تجاه الدائن . وتنص المادة ٢٩٧ مدني في هذا الصدد على أنه " ١ — إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا

---

(١) بودري وفال فقرة ١١٣٦ .

(٢) بون ٢ فقرة ٣١٢ — فقرة ٣١٣ — لوران ٢٨ فقرة ٢٦٦ — جيوار فقرة ٢١٢ — بودري وفال فقرة ١١٣٤ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٤ ص ٩٧٧ — محمد كامل مرسي فقرة ١١٧ ص ١٦٩.

(٣) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٨ ص ٢٩٤ .

(٤) بودري وفال فقرة ١١٢٨ مكررة — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠ — ولكن يصح للكفيل الذي يريد الرجوع على الكفيل الآخر الذي أبرئت ذمته أن يرجع على الدائن ، إذ أن هذا الأخير قد أبرأ ذمة الكفيل فأضاع شيئاً من تأمينات الكفيل الذي وفى بالدين (بودري وفال فقرة ١١٢٨ مكررة — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠) .

(٥) وقد يكون الدين المكفول لم يحل أجله ويدفعه الكفيل قبل حلول الأجل ، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا عند حلول الأجل (محمد كامل مرسي فقرة ١١٧ ص ١٦٩ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠) — وإذا كان الكفيل الذي وفى الدين قد ارتكب تقصيراً ، كأن لم يخطر الدائن بعزمه على الوفاء قام المدين بالوفاء مرة ثانية ، لم يجز للكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء ، لأن وفاء الكفيل لم يبرئ ذمة الكفلاء الآخرين بل الذي أبرأ ذمتهم هو فاء المدين (عقد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٠ — سليمان مرقس فقرة ١٣١ ص ١٤٧ — ص ١٤٨) .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٧٥ .

يجوز له أن يرجع على أي من الباقين إلا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن . ٢ — وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " . وتنص المادة ٢٩٨ مدني على أنه " إذا أعسر أحد المتضامنين ، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين . كل بقدر حصته " . والمدينون المتضامون ، (in solidum) في هذا كالمدينين المتضامنين ، إذ قدمنا أنه لا يقترن أحد الفريقين عن الفريق الآخر إلا في المصلحة المشتركة وتمثيل أحد المدينين لسائرهم فيما ينفع ، ورجوع أحد المدينين على الباقي لا علاقة له بهذا التمثيل .

فإذا وفى أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين [1] كل الدين للدائن ، رجع على باقي الكفلاء كل بقدر حصته في الدين ، سواء رجع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول [2] . وتتعين حصص الكفلاء في الدين بموجب الاتفاق فيما بينهم منذ نشوء الدين في ذمتهم أو بموجب نص في القانون . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص ، لم يبق إلا جعل حصص الكفلاء جميعاً متساوية ، إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى .

ويتحمل الكفلاء المتضامنون أو المتضامون حصة المعسر منهم ، فتنقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم في الدين ، ويرجع الكفيل الذي وفى كل الدين على

---

(١) أنظر في تطبيق حكم الكفلاء المتضامين على الكفلاء المتضامين لاتحاد العلة وأن ما يرجع به الكفيل في الحلول القانوني هو ما يرجع به في الحلول الاتفاقي : عبدالفتاح عبد الباقي فقرة ١٣١ — سليمان مرقس فقرة ١٣٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١١٣ .

(٢) وقد كان منطق دعوى الحلول يقتضي أن يرجع الكفيل بما كان يرجع به الدائن نفسه ، أي يرجع بكل الدين على أي كفيل آخر متضامن أو متضامم بعد أن يستنزل حصته هو من الدين . ولكن العمل بمقتضى هذا المنطق يؤدي إلى سلسلة من دعاوى الرجوع لا مبرر لها . فلو أن الكفلاء المتضامنين أو المتضامين كانوا مثلا خمسة حصصهم في الدين متساوية ، وكان الدين خمسة آلاف ، ووفى أحدهم كل الدين للدائن وحل محله فيه ، فإن منطق دعوى الحلول يقتضي كما قلنا أن يرجع الكفيل الذي وفى الدين على أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين بأربعة آلاف ، وهذا الثاني يرجع على الثالث بثلاثة آلاف ، وهذا الثالث يرجع على الرابع بألفين ، وهذا الرابع يرجع على الخامس بألف . فالأولى من الناحية العملية أ، يقسم الكفيل الأول منذ البداية الدين على الكفلاء الأربعة ، ويرجع على كل منهم بألف . ولا ضير عليه من هذا التقسيم ، فإنه إذا وجد أحدهم معسراً رجع على الثلاثة الموسرين بنصيب كل منهم في حصة المعسر كما سنرى . هذا إلى أن المنطق الذي أوردناه لدعوى الحلول يعارضه منطق آخر للدعوى نفسها . وذلك أن الكفيل الذي وفى الدين في المثل المتقدم ، إذا رجع على أحد الكفلاء الأربعة بأربعة آلاف ، كان هذا الكفيل الأول بالذات بعد أن يستنـــزل حصته من الدين، فيرجع عليه بثلاثة آلاف . فيكون الكفيل الأول قداستوفى من الكفيل الثاني أربعة آلاف ثم وفاه ثلاثة آلاف في دعويين متتابعين ، فحلص له من كل ذلك ألف ، فالأولى إذن أن يستوفي هذا الألف منذ البداية وفي دعوى واحدة (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٦) .

أي من الكفلاء الموسرين بمقدار حصته وبنصيبه في حصة المعسر . فلو أن الكفلاء المتضامنين أو المتضامين كانوا ثلاثة ، وكان الدين ثلاثة آلاف على كل منهم الثلث ، ووفاه كله واحد منهم ، فإنه يرجع على كل من الاثنين الآخرين بألف . فلو كان واحد منهم معسراً رجع الكفيل الدافع على الكفيل الموسر بألف وخمسمائة ، ألف هي حصة الكفيل الموسر في الدين وخمسمائة هي نصيبه في حصة الكفيل المعسر [1] . ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن العبرة في قيام الإعسار تكون بالوقت الذي وفى فيه الكفيل الدين للدائن ، فقد نشأ حقه في الرجوع على الكفلاء الآخرين بما في ذلك تقسيم حصة المعسر على الموسرين في هذا الوقت ، فإذا كان الكفلاء الآخرون موسرين وقت الوفاء للدائن ، وتأخر الكفيل الذي وفى الدين في الرجوع عليهم حتى أعسر واحد منهم ، فالكفيل الذي وفى الدين هو وحده الذي يتحمل حصة هذا المعسر جزاء تأخره في الرجوع عليه [2] . ويحسن التحفظ في هذا الرأي . فقد يطالب الدائن أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين بكل الدين ، فيبادر هذا الكفيل إلى إدخال باقي الكفلاء في الدعوى ليحكم على كل بحصته في الدين . ويكون الكفلاء جميعاً موسرين وقت تنفيذ الدائن بالدين كله على أموال الكفيل الذي رفع عليه الدعوى ، ثم يعسر أحد الكفلاء قبل أن يتمكن الكفيل الذي وفى الدين من استيفاء حصة هذا الكفيل الذي أعسر . فهنا لا يمكن أن ينسب أي تقصير إلى الكفيل الذي وفى الدين ، وليس من العدل أن يتحمل وحده حصة الكفيل المعسر . من أجل ذلك يحسن القول بأن الأصل في الإعسار أن يقوم وقت الوفاء للدائن ، فإذا وقع من هذا الوقت تحمل الكفيل الذي وفى الدين وحده حصة المعسر ، إلا إذا أثبت أنه لم يقصر إطلاقاً في المحافظة على حقه ضد الكفيل المعسر [3] .

§ ٢ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفيل العيني وعلى الحائز للعقار

٨١ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفيل العيني : الكفيل العيني ، كالكفيل الشخصي ، يعتبر كفيلا لا مديناً أصلياً . ويفترق عن الكفيل الشخصي في

---

(١) وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين من الدين أو من التضامن أو من التضامم ، فإن هذا الكفيل ، ما لم يخله الدائن من المسئولية ، يتحمل هو أيضاً نصيبه في حصة المعسر (الوسيط ٣ فقرة ٢٠٧) .

(٢) ديمولومب ٢٦ فقرة ٤٣٥ – بوردي وبارد ٢ فقرة ١٢٦٠ – دي باج ٣ فقرة ٣٦٩ ص ٣٣٤ .

(٣) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٢٠٧ .

أنه غير مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه تأميناً للدين ، في حين أن الكفيل الشخصي يكون عادة مسئولا عن كل الدين .

ومادام الكفيل العيني يعتبر كفيلا ، فإنه إذا وفى الدين ، كان له الرجوع على الكفلاء الآخرين شخصيين وعينيين ، كما يرجع أي كفيل وفى الدين . وكذلك إذا وفى الدين كفيل آخر غير الكفيل العيني ، فإنه يرجع على الكفيل العيني بمقدار حصته في الدين .

يبقى أن نحدد حصة الكفيل العيني في الدين . ولما كان هذا الكفيل غير مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه في الدين ، فإذا كانت هذه القيمة تساوى الدين أو أكثر كانت مسئوليته عن الدين بمقدار مسئولية الكفيل الشخصي . أما إذا كانت أقل من قيمة الدين بأن كانت مثلا ثلثي الدين ، فإن حصته في الدين تحسب بنسبة هذه القيمة . فإذا كان الدين مثلا ثلاثة آلاف ، وله كفيل شخصي بكل الدين ، وكفيل عيني رهن في الدين عقاراً قيمته ألفان ، حسبت حصة الكفيل العيني في الدين بمقدار ثلثي حصة الكفيل الشخصي ، فتكون حصة الكفيل الشخصي في الدين ثلاثة أخماس ، أما حصة الكفيل العيني فخمسان . وعلى هذا الأساس إذا وفى الكفيل الشخصي الدين ، فإنه يرجع على الكفيل العيني بمقدار خمسي الدين ، ويتحمل هو ثلاثة الأخماس [1] .

وإذا فرض أن الدين ألفان ، ضمنه كفيلان شخصيان كل منهما مسئول عن كل الدين ، وكفيل عيني رهن عقاراً قيمته ألف ، كانت حصة كل من الكفيلين الشخصيين في الدين ضعف حصة الكفيل العيني ، وينقسم الدين بينهم فيكون كل من الكفيلين الشخصيين مسئولا عن ثمانمائة ويكون الكفيل العيني مسئولا عن أربعمائة . وإذا دفع أحد الكفيلين الشخصيين كل الدين للدائن ، فإنه يرجع بثمانمائة على الكفيل الشخصي الثاني ، وبأربعمائة على الكفيل العيني . فإذا وجد الكفيل الشخصي الذي دفع كل الدين الكفيل الشخصي الآخر معسراً ، قسَّم حصة هذا الكفيل المعسر وهي ثمانمائة بينة وبين الكفيل العيني بنسبة الثلثين يتحملهما هو والثلث يتحمله الكفيل العيني . يتحمل الكفيل العيني من الدين حصته وهي أربعمائة ، ونصيبه في حصة الكفيل المعسر وهو ٨٠٠ على ٣ أي ثلثين ٢٦٦ . فيكون مجموع ما يتحمله الكفيل العيني هو ثلثين ٢٦٦، وهذا المبلغ يخرج من قيمة العقار الذي رهنه وهو ألف كما قدمنا .

---

(١) بيدان وفواران فقرة ١٢٥ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٨ ص ٢٩٤ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٦٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ .

٨٢ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الحائز للعقار : قدمنا أن الحائز للعقار هو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين في الدين . فإذا وفى الكفيل بالدين ، حل محل الدائن في هذا الرهن ، وكان له أن يتتبع العقار في يد الحائز وينفذ عليه بمقدار ما دفعه من الدين ، متقدماً في ذلك على سائر دائني الحائز للعقار ، لأنه حل محل الدائن في الرهن الذي يثقل هذا العقار .

والقاعدة أن الكفيل يرجع على الحائز إذا هو وفى الدين ، لأنه يحل محل الدائن في الرهن الذي يثقل العقار ، ولكن الحائز لا يرجع على الكفيل إذا هو وفى الدين . ذلك بأن الكفيل كان يعتمد على العقار الذي رهنه المدين في الدين ، فلما انتقلت ملكية هذا العقار إلى الحائز لم يكن من شأن انتقال ملكيته إلى غير المدين أن يقلل من اعتماد الكفيل على العقار ولا أن يغير من موقفه بالنسبة إلى هذا الضمان . ولذلك قلنا إن الكفيل يرجع على الحائز للعقار . أما إذا وفى الحائز للعقار الدين ، فإنه يكون قد إرتكب خطأ ، إذ كان في وسعه أن يطهر العقار من الرهن ، وبذلك يطمئن إلى حقوقه دون حاجة للرجوع على الكفيل . وبين الكفيل الذي اعتمد على العقار المرهون ولم يرتكب خطأ في هذا الاعتماد ، والحائز للعقار الذي لم يطهر العقار فارتكب خطأ بوفائه للدين دون اللجوء إلى التطهير ، يكون الكفيل هو الأولى بالرعاية . لذلك إذا كان الكفيل الذي وفى الدين يرجع على الحائز للعقار كما قدمنا ، فإن الحائز للعقار الذي وفى الدين لا يرجع على الكفيل [١] . وكذلك لا يرجع الحائز للعقار على الكفيل العيني، لنفس الأسباب التي من أجلها لا يرجع على الكفيل الشخصي [٢] .

وعلى ذلك إذا كان الدين مقداره ألفان ، وله كفيل شخصي ، ورهن المدين عقاراً قيمته ألفان في هذا الدين وباع هذا العقار لحائز ، فإن الكفيل الشخصي إذا وفى الدين يرجع على الحائز للعقار ، وينفذ على العقار المرهون بما وفاه من الدين . وقد كان في استطاعة الدائن ، وقت أن استوفى الدين من الكفيل ، أن يحول حقه إلى هذا الكفيل، فيكون للكفيل الحق في الرجوع على العقار المرهون . فأثر وفاء الكفيل للدين مع الحلول محل الدائن هو نفس أثر تحويل الدائن حقه للكفيل عندما يستوفي الدين منه .

---

(١) بوردي وفال فقرة ١١١٥ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٥ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٣٢١ ص ٢٨٩ هامش ٨٤ .

الفصل الثالث

انقضاء الكفالة

٨٣ – انقضاء الكفالة بطريق تبعي وانقضاؤها بطريق أصلي : تنقضي الكفالة بطريق تبعي إذا انقضى الدين المكفول ، ولما كانت الكفالة تابعة لهذا الدين فإن انقضاءه يستتبع انقضاءها . وتنقضي الكفالة بطريق أصلي إذا انقضت هي ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين ، دون أن ينقضي الدين المكفول [١] .

المبحث الأول

انقضاء الكفالة بطريق تبعي

٨٤ – كيف ينقضي الدين المكفول : أسباب انقضاء الدين المكفول هي نفس أسباب انقضاء أي دين ، فإذا انقضى هذا الدين بسبب من أسباب الانقضاء فقد انقضت الكفالة كما قدمنا ، لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل [٢] . وانقضاء الدين المكفول يكون بالوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والإبراء ، واستحالة التنفيذ، والتقادم . وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله ، فتزول الكفالة تبعاً لذلك.

٨٥ – انقضاء الدين المكفول بالوفاء : قد يقضى المدين الأصلي دينه المكفول بالوفاء ، فيبقى هذا الدين للدائن . فينقضي الدين المكفول ، وينقضي تبعاً له دين الكفيل فتنقضي الكفالة [٣] . ويكفي لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال

---

(١) وقد نصت المادة ١٠٨٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن " جميع أسباب البطلان أو السقوط المختصة بالموجب الأصلي تسقط الكفالة " . ونصت المادة ١٠٨٨ من نفس القانون على أن "موجب الكفالة يسقط بالأسباب نفسها التي تسقط سائر الموجبات ، وإن لم تكن لتلك الأسباب علاقة بالموجب الأصلي " .

(٢) بودري وفال فقرة ١١٣٨ ص ٥٩٧ .

(٣) جيوار فقرة ٢٢٥ – بودري وفال فقرة ١١٣٩ – وإذا كان الوفاء جزئياً وكان الدين مكفولا في جزء منه دون الجزء الآخر ، فإن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء غير المكفول . ذلك أن الدائن ما كان ليقبل الوفاء الجزئي ، وهو لا يجبر عليه ، لو أن الوفاء وقع على الجزء المكفول . فهو إذا قبل هذا الوفاء الجزئي ، فلأنه يستوفي به الجزء غير المكفول من الدين ، مستبقياً الجزء المكفول فهو موثق بالكفالة (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٨) . على أن هذا الحكم =

المدين ويبيعها ويكون الثمن كافياً لوفاء حقه ، حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشترى ، فإن الضامن للهلاك في هذه الحالة لا يكون هو الدائن بل المدين إذ يعتبر أنه هو البائع [1] . وإذا لم يقبل الدائن الوفاء ، واضطر المدين لعرض الدين عرضاً حقيقياً تلاه الإيداع ، فإن العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته (م ٣٣٩ مدني). ويجوز للمدين أن يرجع في هذا العرض مادام الدائن لم يقبله أو مادام لم يصدر حكم بصحته ، وإذا رجع لم يعتبر المدين قد وفى الدين ، ومن ثم لا تبرأ ذمة الكفيل (م ١/٣٤٠ مدني) . أما إذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن هذا الرجوع ، لم يكن لرجوع المدين أثر في حق الكفيل واعتبر الدين موفى بالنسبة إليه وبرئت ذمته نهائياً (م ٢/٣٤٠ مدني) . وإذا كان الوفاء باطلا أو أبطل ، اعتبر كأن لم يكن ، فيعود الدين المكفول وتعود معه الكفالة [2] . وهذا بخلاف الوفاء بمقابل ، فسنرى أنه إذا استحق الشيء المدفوع في مقابل الدين ، فإن الوفاء بمقابل يبقى مبرئاً لذمة الكفيل ولا تعود الكفالة [3] .

وتوجد حالة يوفى فيها بالدين المكفول ، ومع ذلك لا ينقضي هذا الدين . وذلك إذا وفى الغير بهذا الدين للدائن ، وحل محله فيه حلولا اختيارياً أو قانونياً . ففي هذه الحالة يرجع الموفى بالدين على المدين بنفس الدين كما تقضي قواعد الحلول ، فلا يكون الدين قد انقضى بالرغم من وفائه وينقى التزام الكفيل [4] .

= مقصور على ما إذا كان الدين مكفولا في جزء منه . أما إذا كان هناك دينان مستقلان أحدهما عن الآخر ، وكان دين منهما مكفولا والآخر غير مكفول ، فجهة الدفع تنصرف إلى الدين المكفول لأن المدين كان يستطيع إجبار الدائن على استيفاء هذا الدين (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٦ — وأنظر في أن الدين المكفول أو المضمون بحق اختصاص هو أشد كلفة فتنصرف إليه جهة الدفع : استئناف وطني ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٢٤٩ — ١٣ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٢) . وأنظر في كل ذلك أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٥ وهامش ١ مكرر — الوسيط ٣ فقرة ٤٥٤ هامش ١ — محمد كامل مرسي فقرة ١٢٢ ص ١٧٣ — وأنظر عكس ذلك وأن جهة الدفع تنصرف إلى الجزء المكفول ، عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٥ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤ .

(١) بودري وفال فقرة ١١٤٠ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٣٥ ص ١٥٢ .

(٣) لوران ٢٨ فقرة ٢٨١ — جيوار فقرة ٢٥٨ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ — بودري وفال فقرة ١١٤١ .

(٤) جيوار فقرة ٢٢٥ — بودري وفال فقرة ١١٣٩ .

ويستوي في كل ما قدمناه أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين أو متضـــامناً معه [1] .

٨٦ – انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل – نص قانوني : تنص المادة ٧٨٣ مدني على ما يأتي :

" إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً أخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء " [2] .

والمفروض هنا – وهذا الذي يقع غالباً – أن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل فاتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ، ونفذ هذا الاتفاق بنقل الملكية فعلا ، ومن ثم تبرأ ذمة

---

(١) بودري وفال فقرة ١١٤٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٢ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص بإضافة عبارة " من المدين " بعد عبارة " إذا قبل الدائن أن يستوفي " ، وذلك حتى يتحدد المقصود من النص بوضوح تام ، إذ المقصور ألاَّ ينصرف النص إلا إلى حالة ما استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامنا لاستحقاق الشيء ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة " . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ٨٥٠ ، كما عدلته لجنته . وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد النص إلى أصله " حتى يشمل المدين وأي شخص آخر " ، وجاء في تقرير اللجنة : " ولم تر اللجنة محلا لأن تخصص الوفاء بوجوب حصوله من المدين ، لأن الوفاء قد يقع من الدين أو غيره ، فليس ثمة وجه لتخصيص يخل بهذا المبدأ " ، وأصبح رقم المادة ٧٨٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٦٩ – ص ٤٧٢) .
ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٢٤/٥١١ : تبرأ ذمة المدين بقبول الدائن شيئاً بصفة وفاء للدين ، ولو حصلت دعوى من الغير باستحقاق ذلك الشيء .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدني السوري : م ٧٤٩ (مطابق) .
التقنين المدني الليبـــي : م ٧٩٢ (مطابق) .
التقنين المدني العراقي : م ١٠٢٩ : إذا قبل الدائن أن يستوفي من المدين في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل حتى لو استحق هذا الشيء ، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل في هذه الحالة .
قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٩٦ : عندما يقبل الدائن مختاراً شيئاً غير الشيء الواجب إيفاء لدينه ، فإن الكفيل وإن كان متضامنا مع المديون تبرأ ذمته ، ولو نزع ذلك الشيء عن الدائن بدعوى الاستحقاق أورده الدائن بسبب عيوبه الخفية .

المدين من الدين الأصلي عن طريق هذا الوفاء بمقابل ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك فتقضي الكفالة بطريق تبعي [١] .

ولما كان التكييف القانوني للوفاء بمقابل ، وهو التكييف الذي تغلب في الفقه المعاصر، هو أن الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، فإنه يجب تحليل الوفاء بمقابل إلى عنصرية الأولين .

فهو أولا تجديد بتغيير محل الدين ، ومتى دخل في الدين هذا التعديل الجوهري فقد أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة الأولى أن الدين الأصلي ينقضي معه تأميناته ومنه الكفالة ، وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائياً بانقضاء الدين الأصلي عن طريق التجديد .

والوفاء بمقابل ثانياً هو وفاء الدين الجديد الذي حل محل الدين القديم ، وذلك عن طريق نقل الملكية . فتسري إذن على الوفاء بمقابل أحكام البيع باعتباره ناقلا للملكية، وتسري عليه أيضاً أحكام الوفاء باعتباره أن يقضى الدين . ومن أحكام البيع ضمان الاستحقاق، فإذا استحق المقابل في يد الدائن، رجع بهذا الضمان على المدين [٢] . ولكنه لا يرجع بالدين الأصلي ، فإن هذا المدين قد انقضى بالتجديد كما قدمنا وقد انقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائياً . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه [٣] ، وهو الذي قضي الدين الأصلي بتأميناته . وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية [٤] .

---

(١) ولكن لا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبراً على قبول شيء آخر في مقابل الدين ، فإن شرط الوفاء بمقابل أن يكون الدائن قد قبل مختاراً هذا للوفاء ، فإذا نفذ الدائن على عقار للمدين وباع هذا العقار بالمزاد ، فرسا عليه المزاد فأخذ العقار تنفيذاً للدين ، لم يكن هذا وفاء بمقابل بل يكون وفاء . وعلى ذلك إذا استحق هذا العقار ، عاد التزام الكفيل لأن ذمته لم تبرأ نهائياً كما في الوفاء بمقابل (بودري وفال فقرة ١١٤٩) .

(٢) فيرجع ، طبقاً لأحكام هذا الضمان ، بما يأتي : (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت . (٢) وفي الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل . (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيئ النية . (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى . (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل .

(٣) بودري وفال فقرة ١١٤٨ مكررة ص ٦٠٢ — أوبري ورو فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٥ ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٤٩) . غير أن هذا الاستثناء لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه . ومن ثم يجوز للدائن والمدين أن يتفقا على أن يحتفظ الدائن بحق الفسخ في حالة استحقاق المقابل ، فإذا فسخ الدائن الوفاء بمقابل لاستحقاق المقابل ، عاد الدين المكفول وعادت الكفالة (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٦ — سليمان مرقس فقرة ١٣٦ ص ١٥٤) .

(٤) أنظر في كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٤٧٢ — فقرة ٤٨٣ .

وأياً كان سبب استحقاق المقابل ، فإن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً . وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطى هذا المقابل للدائن ، ففي هذه الحالة إذا رجع الكفيل بضمان الاستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة لأنه هو الذي تسبب بعمله في ضمان الاستحقاق [١] .

ويجوز للدائن ، عند تسلمه المقابل ، أن يحتفظ بحقه في الرجوع على الكفيل لو استحق هذا المقابل . ففي هذه الحالة يكون انقضاء الكفالة معلقاً على شرط واقف هو عدم استحقاق المقابل ، وقد يتخلف الشرط باستحقاق المقابل [٢] .

وقد قدمنا أن الذي يقع غالباً أن المدين هو الذي يقدم شيئاً مملوكاً له في مقابل الدين. ذلك أنه لو كان الذي قدم المقابل هو الكفيل ، واستحق المقابل ، لم تبرأ ذمة الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الاستحقاق . وهذا هو الذي دعا مجلس النواب ، في مشروع المادة ٧٨٣ مدني سالفة الذكر ، أن يضيف عبارة " من المدين " بعد عبـــارة " إذا قبل الدائن أن يستوفي " . إذ المفروض إلا ينصرف النص إلا إلى حالة ما إذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين لا من الكفيل . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يكون ضامناً لاستحقاق الشيء ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة . ولكن مجلس الشيوخ أعاد النص إلى أصله " حتى يشمل المدين وأي شخص آخر ، لأن الوفاء قد يقع من المدين أو من غيره ، فليس ثمة موجب لتخصيص يخل بهذا المبدأ " [٣] والمقصود بما قرره مجلس الشيوخ من أن الوفاء بمقابل قد يقع من المدين أو من غيره ، أن يكون هذا الغير هو غير الكفيل ، لأن الوفاء بمقابل الذي يقع من الكفيل لا يبرئ ذمته إذا استحق الشيء كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون الذي قام بالوفاء بمقابل هو أجنبي ، غير الكفيل وغير المدين . وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : " ولا نرى ما يمنع من أن يتفق الدائن مع غير المدين (وغير الكفيل) على أن يستوفي الدين منه بمقابل ، فينقل الغير إلى الدائن ملكية شيء مملوك للأول وفاء للدين . ثم يرجع الغير على المدين ، إذا لم يكن هناك اتفاق بينهما . بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، بحسب الأحوال " [٤] . فإذا دفع مقابل الوفاء من غير المدين ومن غير الكفيل على هذا النحو ، فإن هذا الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً كما يبرئها نهائياً

---

(١) جيوار فقرة ٢٥٦ – بودري وفال فقرة ١١٥٠ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٦ – سليمان مرقس فقرة ١٣٦ ص ١٥٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودري وفال فقرة ١١٥١ .

(٣) أنظر نفس الفقرة في الهامش .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٤٧٤ .

الوفاء بمقابل الواقع من المدين . ولا تعود الكفالة إذا استحق المقابل المدفوع من الغير ، كما لا تعود إذا استحق المقابل المدفوع من المدين .

٨٧ – انقضاء الدين المكفول بالتجديد : إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد ، بأن جدد المدين الأصلي دينه بتغيير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره ، فإن الدين المكفول ينقضي وتنقضي تبعاً لانقضائه الكفالة . ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول . إلا إذا نص القانون على ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك. وقد ورد نص صريح في هذا المعنى . فنصت المادة ٣٥٦ مدني على أنه "١ – يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه ، وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ٢ – ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أومن الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك" .

فقد يكون الالتزام الأصلي مضموناً بكفيل ، فبانقضائه بطريق التجديد تنقضي الكفالة . ولا تنتقل الكفالة إلى الالتزام الجديد ، إلا بنص في القانون أو بالاتفاق . أما نص القانون ، فمثله ما ورد في المادة ٣٥٥ مدني من أن " ١ – لا يكون تجديداً مجرد تغيير الالتزام في حساب جار . ٢ – وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مضموناً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك " . فهنا لم تنقض الكفالة بانقضاء الالتزام الأصلي بالتجديد ، بل بقيت وانتقلت إلى الالتزام الجديد ، وهو رصيد الحساب ، وذلك بحكم القانون ودون حاجة إلى رضاء الكفيل. وأما الاتفاق ، فقد وردت في شأنه المادة ٣٥٨ مدني ، وتنص على أنه " لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون " . ذلك أن الكفالة قد انقضت بانقضاء الدين المكفول ، فلا تنتقل إلى الدين الجديد لتكفله . ولا يكفي إذن ، حتى يكفل الكفيل الالتزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلي ، أن يتفق على ذلك الدائن والمدين معاً ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد ، بل لا بد من رضاء الكفيل أيضاً . فإنه لم يكفل إلا التزاماً بعينه وهو الالتزام الأصلي ، وقد انقضى هذا الالتزام فانقضت كفالته تبعاً لذلك . فحتى يضمن الكفيل الالتزام الجديد ، ولو كان أقل قيمة ، لا بد من رضائه بذلك ، أي لا بد من كفالة جديدة [١] .

---

(١) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٩ – الوسيط ٣ فقرة ٥٠٨ – وتنص المادة ١٠٩٢ لبناني على " أن تجديد الدين بين الدائن والمدين الأصلي يبرئ الكفلاء ، ما لم يكونوا قد قبلوا بكفالة الدين الجديد . على أنه إذا اشترط الدائن ضم الكفلاء إلى الموجب الجديد ، ولم يقبل هؤلاء ، فالموجب لا يسقط " .

وإيداع الدين في قائمة التوزيع ضد المدين وتسلمه أمر الصرف لا يعتبر تجديداً ، فلا يقضى الكفالة ، ويستطيع الدائن أن يتزل عن إدراجه في قائمة هذا التوزيع ، وأن يرجع على الكفيل الذي لم تبرأ ذمته [1] .

وحتى يكون هناك تجديد ، فتقضي به الكفالة ، لا بد أن تكون نية التجديد واضحة، وقد نصت المادة ١/٣٥٤ مدني على أن " التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف " . وحتى تقوم نية التجديد واضحة ، يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة . فيعتبر محل الدين أو مصدره ، وإضافة شرط أو إلغاؤه ، وتغيير الدائن ، وتغيير المدين ، كل هذا ينطوى على إدخال تعديلات جوهرية تخلص منها نية التجديد في وضوح . وإضافة أجل ، أو مد أجل قائم [2] ، أو إلغاء أجل موجود . أو إضافة شرط جزائي ، أو تقديم تأمين عيني أو شخصي، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تغيير مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه ، كل ذلك لا يكفي لاستخلاص نية التجديد ، إلا إذا وجدت ظروف أخرى تدل في وضوح على هذه النية . وقد نصت المادة ٢/٣٥٤ مدني صراحة على ذلك ، فهي تقضي بأنه " لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره". فمجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديداً ، بل هو قرينة دليل على دين موجود فعلا ، فلا تنقضي الكفالة التي تضمن هذا الدين . كذلك إبدال ورقة تجارية بورقة تجارية أخرى ، كإبدال كمبيالة بكمبيالة أو سند الدين بكمبيالة أو سند إذني ، لا يعد تجديداً ، ولا تنقضي بها الكفالة . وكذلك تحرير كمبيالة أو سند إذني بثمن المبيع لا يعد تجديداً للثمن ، بل يكون ضرباً من التوثيق له ، ويبقى امتياز البائع قائماً وكذلك الكفالة حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند ، وهذا ما لم يتفق على غيره ، كأن يقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً ففي هذه الحالة ينقضي دين الثمن بتأميناته من امتياز وكفالة ويحل محله دين جديد هو الدين الثابت بالكمبيالة أو السند . ولا يعتبر تجديداً ، فلا تنقضي الكفالة، الإقرار بدين بعد صدور حكم به ولو قيل في الإقرار أنه في حالة عدم الوفاء ينفذ

---

(١) جيوار فقرة ٢٥٤ — بودري وفال فقرة ١١٤٥ .

(٢) وقد نصت المادة ١٠٩٤ لبناني على " أن تجديد الأجل الذي يمنحه الدائن للمدين الأصلي يستند مه الكفيل، ما لم يكن سبب عسر المدين . أما التجديد الذي يمنحه الدائن للكفيل فلا يستفيد منه المدين الأصلي ، ما لم يصرح الدائن بالعكس " .

الحكم ، ولا الإقرار الصادر من المستأجر بالمتجمد في ذمته من الأجرة ، فتبقى الكفالة وامتياز المؤجر ويتقادم الدين بخمس سنوات [1] .

٨٨ – انقضاء الدين المكفول بالمقاصة : وإذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، بأن كان في ذمة الدائن للمدين دين يصلح للمقاصة في الدين الثابت في ذمة المدين للدائن ، انقضى الدين المكفول بالمقاصة وانقضت الكفالة تبعاً لذلك .

يستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين ، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة، تخلص الكفيل تبعاً لذلك . ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن . إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين [2] . وقد نصت المادة ١٢٩٤ مدني فرنسي على هذه الأحكام ، إذ تقول : " يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للكفيل " .

ولما كانت المقاصة ليست من النظام العام فيجوز النزول عنها ، فإذا نزل عنها المدينان معاً بعد أن توافرت شروطها وتلاقى الدينان ، فعلى كل من المدينين أن يؤدى الدين الذي في ذمته ، وله أن يتقاضى حقه من مدينه . فبعد أن كانت المقاصة قد قضت الدينين معاً منذ تلاقيهما ، فأن النزول عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات، وذلك دون إضرار بحقوق الغير . فلو أن أحد المدينين كان مضموناً بكفيل ، ووقعت المقاصة بين الدينين ، انقضى الدين المكفول وانقضت معه الكفالة . فإذا نزل المدين في الدين المكفول عن المقاصة ، فإن الدين يعود ، ولكن لا تعود الكفالة. ذلك أن الكفيل

---

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٤٩٧ – والإنابة الكاملة تعتبر تجديداً ، فتسرى عليها أحكام التجديد . أما إذا كانت الإنابة غير كاملة فلا تعتبر تجديداً ، ويقوم التزام المناب بجانب التزام المنيب ويصبح الدائن مدينا بدلا من دين واحد . فإذا بقى الالتزام المنيب قائماً ، فإن جميع تأميناته ومنها الكفالة تبقى معه (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٧) .

(٢) ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، إذ هو يفي بالدين المكفول عن طريق المقاصة . ولكن المقاصة هنا اختيارية لا قانونية ، فلا ينقضي الدينان إلا من وقت التمسك بالمقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك فقد استوفى حقه من الكفيل ، وإذا رجع جاز للمدين أن يدفع رجوعه بالمقاصة التي تمسك بها الكفيل . وإنما يرجع الكفيل المدين ، بعد أن وفى دينه عن طريق المقاصة .

كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة ، فلا يضار بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول [1] .

وهناك حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة بعد ثبوت الحق فيها ، ورد في شأنها نص خاص هو المادة ٣٦٩ مدني ، وتجرى على الوجه الآتي : " إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي كانت تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق " . وهذا النص يفرض أن المدين وفى دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاضي به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين فرضين : (أولا) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فهنا لا يمكن القول بأن المدين هو يجهل وجود حقه قد نزل عن التمسك بالمقاصة في هذا الحق . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال إن المقاصة قد وقعت بحكم القانون . فانقضى بها دين المدين . فإذا دفعه بعد ذلك يكون قد دفع ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه ولا بما يكفل هذا الحق من تأمينات ، لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته. ولكن القانون جعل من جهل المدين بوجود حقه المكفول بتأمينات عذراً مقبولا ، فاعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم في ذمته لا على أنه وفاء لدين انقضى بالمقاصة . ومادامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين في ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه التأمينات كفالة شخصية فأضر بقاؤها بالكفيل ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين . (ثانياً) فرض ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمني منه عن التمسك بالمقاصة بعد ثبوتها . ومن ثم ينقضي الدين الذي كان في ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه الذي كان قد انقضى بالمقاصة بعد أن نزل عنها . ولكن لا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا تعود الكفالة بعد أن انقضت [2] .

٨٩ – انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة : وإذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة ، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الذمة ، انقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعاً لذلك ، وبرئت ذمة

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٦ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٨ – سليمان مرقس فقرة ١٣٨ .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٤٧ .

الكفيل [1] . ولكن إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي ، اعتبر كأنه لم يكن، وعادت الكفالة إلى الوجود لأنها لم تكن قد انقضت باتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي . وقد نصت المادة ٢/٣٧٠ مدني في هذا المعنى على ما يأتي : " وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن " [2] .

وإذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحاد الذمة ما بين الدائن والكفيل إذا كان يقضي التزام الكفيل ، فليس ينقضي على النحو الذي ينقضي به لو أن الكفيل وفى الدين حقه . فإن الكفيل إذا وفى الدين للدائن ، انقضى الدين وبرئت ذمة المدين فانقضت الكفالة بصفة تبعية ، ورجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . أما إذا ورث الكفيل الدائن ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة بصفة أصلية ، لم ينقض الدين الأصلي ، وطالب الكفيل الذي أصبح دائناً للمدين بهذا الدين ذاته [3] .

وإذا مات المدين وورثه الكفيل ، فاتحدت الذمة (في القانون الفرنسي) وانقضت الكفالة ، فإن انقضاء التزام الكفيل على هذا النحو لا يكون إلا من حيث المطالبة . فإذا أدى الكفيل الدين للدائن ، أداه باعتباره مديناً أصلياً بعد أن ورث المدين لا باعتباره كفيلا . أما إذا أداه باعتباره كفيلا ، بعد أن أصبح مديناً أصلياً بالميراث ، فإنه لا يستطيع باعتباره كفيلا الرجوع على نفسه باعتباره مديناً . ولكن التزامه ككفيل يبقى مع ذلك معتداً به في غير هذه المطالبة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان لهذا الكفيل كفيل، فإن التزام كفيل الكفيل يبقى قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضاء هذا الالتزام الأخير باتحاد الذمة . فيجوز للدائن في هذه الحالة ، إذا لم يستطع استيفاء حقه من الكفيل الذي أصبح في الوقت ذاته مديناً أصلياً . أن يرجع على كفيل الكفيل [4] . ولهذا الأخير ، إذا وفى الدين ، أن

---

(١) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : " وإذا اتحدت ذمة المدين الأصلي والدائن ، فإن الدين ينقضي باتحاد الذمة ، وتبرأ بذلك ذمة الكفيل . ذلك أن المدين الأصلي — وقد أصبح باتحاد الذمة دائناً — إذا حاول أن يرجع باعتبار أنه دائن على الكفيل ، فإن الكفيل يرجع عليه باعتباره مديناً ، فيشمل هذا الرجوع الأخير الرجوع الأول . وقد كانت المادة ٢٦٧/٢٠٣ من التقنين المدني السابق تقضي بأن اتحاد ذمة الدائن والمدين الأصلي يبرئ ذمة الكفلاء " (الوسيط ٣ فقرة ٥٧٠) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٩ — سليمان مرقس فقرة ١٣٩ .

(٣) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٧٠ .

(٤) وتنص المادة ١٠٩٣ لبناني على " أن اجتماع صفتي الدائن والمديون الأصلي في شخص واد يبرئ ذمة الكفيل . وإذا حصل هذا الاجتماع في شخص المديون الأصلي بسبب وفاة الدائن ، وكان المديون الأصلي وارثاً له مع آخرين ، برئت ذمة الكفيل بقدر حصة المديون . أما اجتماع صفتي الدائن والكفيـــل في =

يرجع على الكفيل بما وفاه للدائن بالرغم من اتحاد ذمة الكفيل والمدين الأصلي . وقد نصت المادة ٢٠٣٥ مدني فرنسي على هذا الحكم ، إذ تقول : " اتحاد الذمة الذي يتحقق بين شخص المدين الأصلي وكفيله ، عندما يرث أحدهما الآخر ، لا يقضي دعوى الدائن ضد من كفل الكفيل [١] " . وإذا كفل الكفيل مدينين متضامنين متعددين ورث أحدهم ، فصار في القانون الفرنسي كفيلا وما يناً متضامناً في وقت واحد ، فإن وفى الدين باعتباره كفيلا ، رجع على أي من المدينين المتضامنين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة مورثه . أما إذا وفاه باعتباره مديناً متضامناً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على باقي المدينين المتضامنين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين [٢] .

٩٠ – انقضاء الدين المكفول بالإبراء : وإذا انقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين ، انقضى الدين المكفول بالإبـــراء ، وانقضت تبعاً لانقضـــائه الكفالة [٣] .

والإبراء في التقنين المدني الجديد يتم بإرادة واحدة من جانب الدائن ، ويرتد برد المدين إياه . وقد صرحت بذلك المادة ٣٧١ مدني ، فهي تقضي بأن الإبراء يتم " متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده " . فإذا رد المدين الإبراء ، كان بهذا الرد يفقر نفسه. ذلك أن

= شخص واحد ، فلا يبرئ ذمة المدين الأصلي . وأما اجتماع صفتي المدين الأصلي والكفيل عندما يصبح أحدهما وارثاً للآخر ، فهو يسقط الكفالة ولا يبقى إلا المدين الأصلي . وإنما يبقى للدائن حقه في مداعاة من كفل الكفيل ، ويحتفظ بالتأمينات التي اتخذها لكفالة موجب الكفيل " .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا ، هو المادة ١١٦١ من المشروع ، يجرى على الوجه الآتي : " اتحاد الذمة الذي يحصل في شخص المدين وكفيله ، في حالة ما إذا ورث أحدهما الآخر ، لا تنقضي به دعوى الدائن على من كفل الكفيل " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في صدد هذه المادة ، ما يأتي : " يطابق هذا النص المادة ٢٠٣٥ من التقنين الفرنسي والمادة ٧٣٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وحكمه طبيعي إذ هنا لم تجتمع صفة دائن ومدين في شخص واحد ، بل الكفيل الذي كان ملزماً بصفة تبعية عن غيره أصبح ملتزما بصفة أصلية ، أو الدين ورث الكفيل فأصبح كفيلا لنفسه . وعلى ذلك تبقى الضمانات الأخرى ، ويبقى التزام الصدق باقيا لفائدة الدائن ، خاصة وأن المصدق إنما جاء ليقوى مركز الكفيل الذي لم يعتبر ضمانه كافياً " . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة " اكتفاء بتطبيق القواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٠ – ص ٤٧٢ في الهامش) .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٧١ .

(٣) ولا يجوز للدائن الذي يبرئ المدين أن يحتفظ بحقه ضد الكفيل ، فإن رجوع الكفيل على المدين يصبح مستحيلا بإبراء المدين (بون ٢ فقرة ٤٠٧ – ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٢ – بودري وفال فقرة ١١٥٣). على أن الدائن يستطيع إذا أبرأ المدين ، أن يشترط إلا يحتج المدين بهذا الإبراء إذا اضطر الدائن أن يحل الكفيل محله ضد المدين (بودري وفال فقرة ١١٥٣) .

ذمته لا تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه ، فبرده للإبراء يعود الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى . ومن ثم يجوز للكفيل ، وهو دائن للمدين بالرجوع عليه إذا وفى الدين للدائن ، أن يطعن في رد المدين للإبراء بالدعوى البولصية ، لأن هذا الرد زاد في التزامات المدين إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه . ومن ثم إذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، ورد المدين هذا الإبراء ، فعاد الدين بعد انقضائه إلى ذمة المدين ، جاز للكفيل أن يطعن في هذا الرد بالدعوى البولصية فلا يسري في حقه ، وتبرأ ذمة الكفيل نهائياً من الكفالة .

وقد أورد التقنين المدني السابق في شأن الكفالة سلسلة من النصوص لم ينقلها التقنين المدني الجديد ، لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فتسرى أحكامها دون حاجة إلى نص . من ذلك أن نصت المادة ٢٤٤/١٨١ التي سبق إيرادها ، فقالت إن " إبراء ذمة المدين يترتب عليه إبراء ذمة ضامنية أيضاً [١] " . فتبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين، لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ، فإذا زال الأصل زال التبع [٢] . ويستثنى من ذلك الإبراء الذي يتضمنه الصلح مع المفلس، إذ يجب تمييز الإبراء عن صلح الدائنين مع مدينهم المفلس (concordat). فالدائنون عند ما يبرئون ذمة مدينهم المفلس من جزء من الديون لا يتبرعون ، ولكنهم يأملون من وراء هذا الإبراء أن يحصلوا على أكبر حصة ممكنة من حقوقهم ، وهم ييسرون على المدين السبيل التي تؤدي إلى ذلك ومنها إبراؤه من جزء من ديونه ، وعلى ذلك إذا أبرأ الدائنون مدينهم المفلس من جزء من ديونه بالصلح معه (concordat) ، فإنهم لا يبرئون ذمة الكفلاء . بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين ، فقد أراد الدائن أن يستوثق لحقه من ذلك [٣] . أما إبراء ذمة الكفيل فلا يبرئ ذمة المدين الأصلي ، لأن زوال التبع لا يستوجب زوال الأصل . وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٤٧/١٨٤ من التقنين المدني السابق على أنه " لا تبرأ ذمة المدين بإبراء ذمة ضامنه " . وإذا تعدد الكفلاء ، وأبرأ الدائن أحدهم ،

---

(١) كانت المادة ٣٥٩/٣٤٩ تجاري السابق تنص على أن " للمدين مطالبة الشركاء في الدين بتمام دينه ، ولو حصل الصلح مع المفلس . ويدخل الكفيل في عموم عبارة الشركاء في الدين " كما يدخل المدين المتضامن (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٠ — سليمان مرقس فقرة ١٤٤) .

(٢) ولا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي مع استيفائه الكفيل ملتزماً بالدين ، فإن حق التجريد المعطى للكفيل يمنع من ذلك . ولكن يظهر أنه يجوز للدائن الاحتفاظ بالكفيل إذا كان كفيلا متضامناً مع المدين أو كان كفيلا عينياً ، مع إبراء ذمة المدين الأصلي (أنظر نفس الفقرة في الهامش — الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ١٩٣٢) .

(٣) بودري وفال فقرة ١١٥٥ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ هامش ٦ ثالثاً — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥١ — نقض فرنسي ١٥ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٣٢٥ . ولا يرجع الكفيل بما دفعه للدائن على المدين ، لأن هذا الأخير لا يلتزم بما استنزله من دينه نتيجة للصلح إلا التزاماً طبيعياً فلا تصح مطالبته به إجباراً وإن جاز له أن يدفعه اختياراً (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٠) .

فإن ذلك لا يعني أنه أبرأ الباقين ، بل تجوز له مطالبة باقي الكفلاء كل بقدر الحصة التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين ، أو أي منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذي أبرأه إذا كان الكفلاء متضامنين [1] . هذا كله ما لم يكن الكفيل الذي أبرأه الدائن قد كفل الدين بعد أن كفله الكفلاء الآخرون ، فهو إذا كان متأخراً عنهم لا يكونون قد اعتمدوا على كفالته ، فإذا أبرأ الدائن لم يجز للكفلاء المتقدمين أن يستنزلوا حصته . بل يرجع الدائن على كل منهم بعد تقسيم الدين كله بينهم دون الكفيل المتأخر إذا كانوا غير متضامنين ، أو يرجع على أي منهم بكل الدين إذا كانوا متضامنين . فرجوع الكفلاء على الكفيل الذي أبرأه الدائن ، بمقدار حصته ، منوط بأن تكون ضمانة هذا الكفيل سابقة لضمانتهم أو مقارنة لها ، وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٤٨/١٨٥ من التقنين المدني السابق على أنه " إذا تعدد الضامنون في دين واحد . وأبرأ الدائن ذمة أحدهم ، جاز للباقي مطالبته بالضمان إذا كانت ضمانته سابقة على ضمانتهم أو مقارنة لها " [2] .

وإذا تصالح الدائن مع المدين ، وتضمن الصلح نزولا من الدائن عن جزء من الدين ، فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح . فلا يكون مسئولا نحو الدائن إلا عن الباقي من الدين بعد استنزال الجزء الذي نزل عنه الدائن بالصلح ، وتكون مسئولية الكفيل في ذلك مثل مسئولية المدين [3] .

٩١ – انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ : وإذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، انقضت بانقضائه الكفالة . فإذا كان للدين كفيل ، ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه ، فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

وإذا استحال تنفيذ الدين بخطأ المدين ، فإن محل الدين يتحول إلى تعويض ، ولا تبرأ ذمة المدين . كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل ، بل يبقى كفيلا للتعويض [4] . أما إذا هلك الشيء بفعل الكفيل ، فإن ذمة المدين تبرأ من الدين ، إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى

---

(١) وقد نصت المادة ١٠٩١ لبناني على " أن إبراء المديون من الدين يبرئ ذمة الكفيل ، ولكن إبراء ذمة الكفيل لا يبرئ ذمة المديون . وإبراء أحد الكفلاء بدون رضاء الآخرين يبرئ هؤلاء بقدر حصة الكفيل الذي أبرئت ذمته " .

(٢) أنظر في كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣ .

(٣) بودري وفال فقرة ١١٥٦ .

(٤) سليمان مرقس فقرة ١٤٠ .

المدين [1] . وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلا تبعاً لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسئولا عن خطأه كمدين أصلي نحو الدائن [2] .

٩٢ – انقضاء الدين المكفول بالتقادم : وإذا انقضى الدين المكفول بالتقادم ، انقضت بانقضائه الكفالة ، وذلك حتى لو كان التزام الكفيل التابع لم ينقض هو نفسه بالتقادم . والغالب أن يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل ، فينقضي الدينان بالتقادم في وقت واحد . وعندئذ تبرأ ذمة الكفيل إما لأن المدين الأصلي قد برئت ذمته والكفيل تابع للمدين الأصلي ، أو لأن التزام الكفيل التابع قد انقضى هو نفسه بالتقادم مستقلا عن الدين الأصلي .

ولكن يحدث أن الدين الأصلي ينقضي بالتقادم دون أن ينقضي التزام الكفيل ، ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد الدين الأصلي بأن يضمن الكفيل الدين بعد نشوئه ، أو حدد لالتزام الكفيل أجل أبعد من الأجل الذي حدد لالتزام المدين . فعند ذلك يتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، وبتقادم الدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لانقضاء الدين الأصلي ، وذلك دون أن يتقادم التزام الكفيل [3] . وحتى إذا بدأ سريان تقادم التزام الكفيل في الوقت الذي بدأ فيه سريان تقادم الدين الأصلي ، فقد يقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل فلا ينقطع بالنسبة إلى المدين الأصلي . فيتقادم الدين الأصلي في هذه الحالة قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل [4] . وقد يقف التقادم بالنسبة إلى الكفيل لوجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه (م ١/٣٨٢ مدني) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى المدين . فيتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، فتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل .

---

(١) بودري وفال فقرة ١١٦٤ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٩ .

(٣) نقض فرنسي ١٨ مارس سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥ – ١ – ٣٦٧ – ٢ أغسطس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ – ١ – ١٨٥ – جيوار فقرة ١٦١ – بودري وفال فقرة ١١٦٥ .

(٤) وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : " كذلك إذا قطع الدائن التقادم ضد الكفيل ، لم ينقطع التقادم ضد المدين الأصلي . ويترتب على ذلك أن التقادم قد لا يكتمل بالنسبة إلى الكفيل بسبب انقطاعه ، ويكتمل التقادم بالنسبة إلى المدين إذ هو لم ينقطع بانقطاع التقادم ضد الكفيل . فعند ذلك يسقط دين المدين الأصلي بالتقادم ، ويسقط تبعاً له التزام الكفيل بالرغم من عدم تقادمه ، إذ هو التزام تبعي يسقط بسقوط الالتزام الأصلي " (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٩) .

ويحدث كذلك أن التزام الكفيل ينقضي بالتقادم ، دون أن ينقضي بالتقادم الدين الأصلي ، ويكون ذلك بقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى هذا المدين لا يقطعه بالنسبة إلى الكفيل [1] [أ] . وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بأن يوجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب المدين بحقه (م ١/٣٨٢ مدني) ، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى الكفيل . فعند ذلك لا ينقطع التقادم ولا يقف بالنسبة إلى الكفيل ، ويتقادم التزامه قبل أن يتقادم الدين الأصلي . فتبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية كما سيأتي ، دون أن تبرأ ذمة المدين الأصلي .

وإذا تقادم الدين الأصلي ، برئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك كما قدمنا ، حتى لو لم يتمسك المدين الأصلي بالتقادم ، أو حتى لو نزل عنه [2] . فإن كان المدين الأصلي لم يتمسك بالتقادم ، جاز للكفيل أن يتمسك به هو تطبيقاً للمادة ١/٣٨٧ مدني وتنص على أنه " لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم 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 لا شك في أنه له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الأصلي ، إذ تبرأ ذمته من الكفالة . وإن كان المدين الأصلي قد نزل عن التقادم ، جاز للكفيل أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البولصية باعتباره دائناً للمدين الأصلي ، وذلك تطبيقاً للمادة ٢/٣٨٨ مدني

---

(١) وهذا على خلاف التقنين المدني الفرنسي (م ٢٢٥٠) ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل . وتنص المادة ١٠٩٥ لبناني على " أن انقطاع حكم مرور الزمن على المديون الأصلي يجري مفعوله على الكفيل ، ومرور الزمن الذي تم لمصلحة المديون الأصلي يستفيد منه الكفيل " .
وقد سبق أن قررنا في هذا الصدد : " وإذا قطع الدائن التقادم ضد المدين الأصلي ، لم ينقطع التقادم ضد الكفيل . وقد قضت محكمة النقض بأن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا يغير مدة التقادم بالنسبة إلى الكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩ — أنظر عكس ذلك المادة ٢٢٥٠ مدني فرنسي ، وينتقد الفقه الفرنسي ما ورد في هذا النص : بودري وتيسيه فقرة ٥٦٥ " (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٩) .

(1) حق المتبوع في الرجوع على تابعه وإن كان لا ينشأ إلا من تاريخ الوفاء عملا بالمادة ٣٨١ من القانون المدني إلا أنه يشترط لذلك ألا يكون التعويض الذي يوفي به قد سقط بالتقادم بالنسبة للتابع ، ومن ثم فإذا تبين عند الفصل في الدعوى التي رفعها المضرور على المتبوع واختصم هذا فيها تابعه أن حق المضرور قبل التابع قد سقط بالتقادم وتمسك التابع بهذا التقادم فإنه لا يجوز أن يحكم عليه بشيء للمتبوع لأنه لا جدوى من حكم لا يمكن تنفيذه ولو حكم للمضرور على المتبوع بالتعويض بسبب رفع الأول الدعوى على الثاني قبل انقضاء مدة تقادمها ، وهذه النتيجة أدى إليها ما أجازه القانون للمضرور من حق في الرجوع بالتعويض على المتبوع وحده إذا آثر المضرور ذلك دون حاجة إلى اختصامه التابع في الدعوى وما تقتضيه نصوص القانون من أن رفع الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع .
(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق س ٢٠ ص ١٩٩) .

(٢) جيوار فقرة ١٦١ — بودري وفال فقرة ١١٦٥ .

وتنص على ما يأتي : " وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتزل ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا التزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم " [1] .

٩٣ – انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو بإبطاله : وقد يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه ، فيصبح الدين كأن لم يكن ، وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين . مثل ذلك أن يضمن كفيل التزام المشترى بدفع الثمن ، ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن ، وكذلك يزول التزام الكفيل تبعاً لزوال التزام المشترى بدفع الثمن . ولا تعود الكفالة بعد أن زالت ، حتى لو كان المدين الأصلي الذي زال التزامه بالفسخ التزم من جديد ، بل لا بد أن يلتزم الكفيل كذلك من جديد [2] وكالنسخ تحقيق الشرط الناسخ [3] .

وما يقال عن فسخ الدين المكفول وتحقق الشرط الفاسخ يقال كذلك عن إبطال الدين ، فإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابلا للإبطال وأبطل بأثر رجعي ، زال الدين المكفول بأثر رجعي ، وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي كذلك [4] .

المبحث الثاني

انقضاء الكفالة بطريق أصلي

٩٤ – كيف تنقضي الكفالة بطريق أصلي : تنقضي الكفالة بطريق أصلي إما بانقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأوجه خاصة بالكفالة دون غيرها .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤١ – سليمان مرقس فقرة ١٤٢ .
(٢) جيوار فقرة ٢٢٨ – بودري وفال فقرة ١١٦٨ .
(٣) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٢ ص ١٠٠٢ .
(٤) بودري وفال فقرة ١١٦٩ .

المطلب الأول

انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام

٩٥ – أسباب انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول : قد ينقضي التزام الكفيل بسبب من أسباب انقضاء الالتزام فتنقضي الكفالة ، ولكن يغلب أن ينقضي في الوقت ذاته الالتزام المكفول لا التزام الكفيل فحسب . فإذا وفى الكفيل التزامه للدائن أو قضاه عن طريق الوفاء بمقابل ، أو عن طريق التجديد أو عن طريق المقاصة [١] ، فإنه يكون قد قضي التزامه ككفيل وقضى في الوقت ذاته الدين المكفول . وهنا نفرض أن الكفيل نفسه هو الذي قام بقضاء التزامه ، فوفاه أو وفاه بمقابل أو جدده أو قاض به حقاً له في ذمة الدائن [٢] . أما فيما تقدم ، فقد فرضنا أن المدين هو الذي قام بقضاء الدين المكفول ، فوفاه أو وفاه بمقابل أو جدده أو قاض به حقاً له في ذمة الدائن .

ولكن قد يحدث أن الكفيل يقضي التزامه ككفيل ، دون أن ينقضي بذلك الدين المكفول . وإذا صح القول بأن قضاء الكفيل لالتزامه يكون فيه انقضاء للكفالة بطريق أصلي

---

(١) ولا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة الكفيل ودين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن ، إذ الدينان هنا غير متقابلين ، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . ولكن يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين له على الدائن ، إذ هو يفي بالدين المكفول عن طريق المقاصة . ولا يجوز للدائن أن يرجع على المدين بعد ذلك ، فقد استوفى حقه من الكفيل . ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين للمدين في ذمة الدائن ، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين ، فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة تخلص الكفيل تبعاً لذلك . وقد نصت المادة ١٢٩٤ مدني فرنسي على هذه الأحكام صراحة ، إذ تقول : " يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي ، ولكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن الكفيل" أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٩٣ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٤ .

ولا يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين حقه ودين له على الكفيل ، إلا إذا لم يكن للكفيل الحق في التمسك بعدم جواز مطالبته أولا أو بالدفع بالتجريد (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٤ – سليمان مرقس فقرة ١٤٣ ص ١٥٧) .

(٢) وقد قضت المادة ١٠٩٠ لبناني على " أن إيفاء الكفيل للدين يبرئ ذمة الكفيل والمدين الأصلي معاً . وكذلك إحالة الكفيل للدائن على شخص ثالث إذا قبل الدائن والشخص الثالثة هذه الحالة – وإيداع الشيء الواجب إذا تم على وجه صحيح ، والإيفاء بأداء العرض ، وتجديد الدين بين الدائن والكفيل " .

حتى لو انقضى الدين المكفول [1] ، فإن قضاء الكفيل لالتزامه دون أن ينقضي الدين المكفول يصدق عليه بوضوح أكبر أن الكفالة قد انقضت بطريق أصلي [2] . ويقع ذلك في اتحاد الذمة والإبراء والتقادم، فقد ينقضي بسبب من هذه الأسباب التزام الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول . فنقصر القول على كل من هذه الأسباب الثلاثة .

٩٦ – انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة : قد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة ، دون أن ينقضي الدين المكفول . ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثه 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 اصبح دائناً باتحاد الذمة ، أن يرجع على المدين بالدين ذاته كما كان يرجع الدائن قبل موته [3] .

كذلك إذا مات المدين وورثه الكفيل ، أو مات الكفيل وورثه المدين ، فاتحدت الذمة في القانون الفرنسي بين المدين والكفيل ، استطاع من ورث الآخر أن يؤدي الدين للدائن باعتباره مديناً أصلياً لا كفيلا [4] ، ولكن التزامه ككفيل يبقى معتداً به ، فإذا كان للكفيل كفيل بقي التزام كفيل الكفيل قائماً مستنداً إلى التزام الكفيل بالرغم من انقضائه باتحاد الذمة . ويستطيع الدائن أن يرجع على كفيل الكفيل ، فإذا وفى الأخير الدين كان له أن يرجع على المدين أو على الكفيل ، من بقي منهما حياً وورث الآخر ، وقد تقدم بيان ذلك [5] .

٩٧ – انقضاء التزام الكفيل بالإبراء : وإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، برئت ذمة هذا الأخير دون أن ينقضي الدين المكفول ، فيكون الدائن قد نزل عن الكفيل

---

(١) أنظر أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٦ – بودري وفال فقرة ١١٧٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٣ .

(٢) أما موت الكفيل فلا تنقضي به الكفالة ، بل يبقى التزام الكفيل في تركته . وفي التقنينات التي يرث فيها الورثة دين مورثهم ، ينتقل التزام الكفيل إلى ورثته ، وقد قضت المادة ١٠٩٧ لبناني على " أن وفاة الكفيل لا تسقط الكفالة ، بل ينتقل موجب الكفيل إلى ورثته " .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٤) وتطغى صفة المدين الأصلي على صفة الكفيل في العلاقة مع الدائن ، فلا يجوز الدفع بالتقسيم ولا بالتجريد ولا بإضاعة التأمينات (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٤) .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ – وأنظر أوبري ورو فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٦ .

واستبقى المدين الأصلي [1] . أما العكس فغير صحيح ، فلا يجوز للدائن أن يبرئ ذمة المدين الأصلي دون أن يبرئ ذمة الكفيل ، وذلك لأن زوال الأصل يستتبع زوال التبع [2] .

وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء ، فلا تبرأ ذمة باقيهم . وتجوز مطالبتهم كل بقدر الحصة التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين . كما تجوز مطالبة أي منهم بالدين بعد استنزال حصة الكفيل الذي أبرئ إذا كان الكفلاء متضامنين [3] .

٩٨ — انقضاء التزام الكفيل بالتقادم : وقد ينقضي التزام الكفيل بالتقادم، دون أن ينقضي الدين المكفول . وقد قدمنا [4] أن الغالب أن يسري التقادم بالنسبة إلى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة إلى التزام الكفيل ، فينقضي الدينان بالتقادم في وقت واحد . ولكن قد يحدث أن ينقضي التزام الكفيل بالتقادم ، وذلك دون أن ينقضي الدين الأصلي . وعند ذلك تنقضي الكفالة لانقضاء التزام الكفيل ، وإن كان التزام المدين الأصلي لا يزال باقياً . فإن انقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بقي

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٩٠ .

(٢) وتنص المادة ١٢٨٨ مدني فرنسي على أن " ما أخذه الدائن من الكفيل لإبراء ذمته من الكفالة يستنزل من الدين ، وتبرأ بمقداره ذمة المدين الأصلي وذمة الباقين من الكفلاء " . وهذا نص ينتقده الفقه الفرنسي لمخالفته للقواعد العامة ، إذ أن نية الطرفين ، الدائن والكفيل ، قد انصرفت في هذه الحالة إلى أن الكفيل دفع مقابلا لإبراء ذمته من الكفالة . وقد رضي الدائن بذلك معرضاً نفسه لخطر ألا يستوفي الدين كله أو بعضه من المدين الأصلي ، وقد ينتهي به إلى الخسارة فيما إذا لم يستوف حقه أو لم يستوف إلا جزءاً منه . فما أخذه من الكفيل هو المقابل لهذا الغرض الذي عرض نفسه له ، فهو ضرب من التأمين (ديرانتون ١٢ فقرة ٣٧٩ — ديمولومب ٢٨ فقرة ٤٦٩ — فقرة ٤٧١ — لوران ٢٨ فقرة ٣٧٤ — هيك ٨ فقرة ١٤١ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣١٢ ص ٧٢٤ — صة ٧٢٥) . ولم ينقل التقنين المصري هذا النص ، فيجب تطبيق القواعد العامة . ومقتضى تطبيقها أن تكون العبرة بنية الطرفين ، الدائن والكفيل . فإن قصد أن يفتدي الكفيل ذمته بما دفعه للدائن من المقابل ويكون للدائن بعد ذلك أن يرجع على المدين بكل الدين ، برئت ذمة الكفيل ، ولا يرجع عليه الدائن إذا لم يستوف كل حقه من الدين . ولا يرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن ، وكذلك لا يرجع على الدائن حتى استوفى هذا كل حقه من المدين . وإن قصد أن يستنزل المقابل من الدين ، لم تبرأ ذمة الكفيل من باقي الدين ، ويرجع عليه الدائن إذا لم يستوف من المدين ما بقي من حقه ، ويرجع هو على المدين بما أعطاه للدائن . وعند الشك يكون المفروض أن الدائن يأخذ المقابل من الكفيل أراد إبراء ذمته من الكفالة ، ويكون الدائن قد احتفظ بحقه في الرجوع بكل الدين على المدين . إذ لو أراد استنزال المقابل من الدين، لاستبقى الكفيل يرجع عليه فيما إذا لم يستوف من المدين الباقي من حقه (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٨٣) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٩٠ — وأنظر أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .

التزامه قائماً ، أما التزام الكفيل الذي لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فأنه ينقضي بالتقادم [1] وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ولا يقف بالنسبة إلى الكفيل ، فيتقادم التزام الكفيل قبل أن يتقادم التزام المدين الأصلي . وفي مثل هذه الأحوال تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية ، مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالدين [2] .

وقد قدمنا [3] أن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، في التقنين المدني الفرنسي (م ٢٢٥٠) ، يقطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل [4] . ولذلك لا يتحقق في التقنين المدني الفرنسي أن يتقادم التزام الكفيل دون أن يتقادم الدين الأصلي عن طريق قطع سريان التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي ، فإن قطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي يقطعه بالنسبة إلى التزام الكفيل كما سبق القول . ولذلك يتقادم التزام الكفيل ويتقادم الدين الأصلي في وقت واحد ، إذا بدأ سريان التقادم في وقت واحد بالنسبة إلى كليهما [5] .

المطلب الثاني

أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها

٩٩ – أوجه ثلاثة خاصة بالكفالة : وهناك أوجه ثلاثة قد تنقضي بها الكفالة بطريق أصلي ، دون أن ينقضي الدين المكفول . وهذه الأوجه ليست مجرد تطبيق

---

(١) نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٧ ص ٢٣٩ – سليمان مرقس فقرة ١٤٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ – وإذا تقادم الدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل ، فإن التزام الكفيل لا ينقضي بصفة أصلية ، ولكنه ينقضي بصفة تبعية لانقضاء الدين الأصلي بالتقادم (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٤ – سليمان مرقس فقرة ١٤٣ ص ١٥٨) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٤) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ .

(٥) وقد تنقضي الكفالة دون أن ينقضي الدين الأصلي لأسباب أخرى . من ذلك إذا علق الكفيل كفالته على شرط استخدام المدين المبلغ الذي اقترضه ، والذي ضمنه الكفيل ، لغرض معين ، فلم يستعمله المدين لهذا الغرض ، فإن الكفالة تزول ويبقى الدين الأصلي (أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٢٩٧ – ص ٢٩٨) .

وقد يحل التزام الكفيل قبل أن يحل الدين الأصلي ، بأن يشهر إفلاس الكفيل قبل حلول الدين الأصلي . وعندئذ يصبح التزام الكفيل مستحق الأداء حتى قبل موعد استحقاق الدين الأصلي . وللدائن أن يتقدم ضمن سائر الدائنين في تفليسة الكفيل . وفي ذلك تنص ٢/١٠٧١ لبناني على " أن إعلان عدم ملاءة الكفيل يجعل الدين مستحق الأداء عليه حتى قبل موعد استحقاق الدين الأصلي ، وللدائن في هذه الحالة أن يطلب إدخال دينه في ديون جماعة الدائنين " .

للقواعد العامة في انقضاء التزام الكفيل كما هي الحال فيما تقدم في المطلب الأول ، بل هي أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها .

وقد نص التقنين المدني على هذه الأوجه الثلاثة ، وهي :

(١) براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات . وذلك دون أن ينقضي الدين الأصلي (م ٧٨٤ مدني) .

(٢) براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين ، وذلك أيضاً دون أن ينقضي الدين الأصلي (م ٧٨٥ مدني) .

(٣) عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن ، وذلك مع بقاء الدين الأصلي قائماً (م ٧٨٦ مدني) .

وسنرى أن التقنين المدني السابق ، وقد اقتفى في ذلك أثر التقنين المدني الفرنسي، كان يعالج الوجهين الأخيرين — براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين وعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين — لا ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر ، بل برجوع الكفيل على المدين قبل أن يدفع المدين بدعوى يطلب فيها أن يؤمنه المدين بما يكفل رجوعه عليه إذا اضطر لدفع الدين .

ونبحث فيما يلي هذه الأوجه الثلاثة الخاصة بالكفالة .

١ — براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات

١٠٠ — نص قانوني : تنص المادة ٧٨٤ مدني على ما يأتي :

" ١ — تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه 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] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٦/١ و ٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٣ في المشروع النهائي ، مع فقرتين أخريين . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٨٥١ ، بعد فصل الفقرتين الأخريين وجعلهما مادة مستقلة هي المادة التالية . ووافق مجلس الشيوخ على النص بعد التعديل المتقدم الذكر ، تحت رقم ٧٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٣ — ص ٤٧٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥١٠/٦٢٣ [١] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٧٥٠ – التقنين المدني الليبي م ٧٩٣ – التقنين المدني العراقي م ١٠٢٧ – قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٨٩ [٢] .

ولما كان النص يبرئ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات فإن الأمر يقتضي بحث المسائل الخمس الآتية : (١) الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم . (٢) الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل . (٣) الخطأ الذي يرتكبه الدائن. (٤) الضمانات التي يضيعها الدائن بخطئه . (٥) الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل .

١٠١ – الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم : يحق له التمسك ببراءة ذمته كل كفيل شخصي ، متضامن أو غير متضامن .

فالكفيل غير المتضامن يجوز له التمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطأ يضيع التأمينات على الكفيل . ولا يستطيع الدائن أن يعتبر الكفيل غير المتضامن مسئولا ، فإن مسئوليته قد ارتفعت بالخطأ الذي ارتكبه الدائن .

وحتى لو كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فإنه يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ارتكب الدائن خطأ أضاع عليه التأمينات ، فالقانون لا يميز بين الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن في هذا الصدد [٣] . فيستطيع إذن الكفيل الاحتياطي (aval) والكفيل في

---

(١) التقنين المدني السابق م ٥١٠/٦٢٣ : يبرأ الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بتقصيره من التأمينات التي كانت له .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٠ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٢٧ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٨٩ : تبرأ ذمة الكفيل إذا أصبح حلوله محل الدائن في الحقوق غير ممكن بسبب فعل من الدائن .

(٣) بون ٢ فقرة ٣٦٨ – لوران ٢٨ فقرة ٣٠٤ – جيوار فقرة ٢٤٣ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ – بودري وفال فقرة ١١٨٨ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ – وانظر استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٧٦ ص ١٠٧ – محكمة استئناف مصر ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٦ – ٢٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٥ ص ١٧٦ – عكس ذلك استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٠ – ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

شؤون الجمارك أن يتمسكا ببراءة ذمتهما ، وكذلك يستطيع التمسك ببراءة الذمة الكفيل الذي نزل عن الدفع بالتجريد [1] . وكذلك يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الكفيل العيني ، فهو كفيل ركز كفالته في عين معينة بالذات [2] .

ولكن لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمة الحائز للعقار ، وهو المشترى للعقار الذي رهنه المدين في الدين ، إذ أن هذا المشترى ليس بكفيل [3] . ولا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته المدين المتضامن مع غيره من المدينين [4] لأن المدين المتضامن إنما يلتزم لمصلحته هو ، أما الكفيل فيلتزم لمصلحة غيره وهو المدين فيجب أن تكون حمايته أوسع من حماية المدين المتضامن . ولا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الوسيط (commissionaire ducroire) ، إذ هو ليس بكفيل [5] .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قصر الدائن المؤجر في توقيع الحجز الامتيازي على زراعة المستأجر، كان هذا تقصيراً منه في إضاعة التأمينات الخاصة يبرئ ذمة الكفيل ، ولكن لا تقصير فيما إذا جاء الدائن وعمل من الطريق الودي على الاستفادة من هذا الامتياز ببيع المحصول بالاتفاق مع المدين (استئناف مصر ٢٩ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٥ ص ٥٣٤) — وأنظر استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٧٤ — ١٥ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٣ — ٢ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٦٨ — أول مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٨ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٠٤ — ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٦ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٤٩ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٤ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٨١ — ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٤ — ١٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٧٩ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٤٨ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ — ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٦ — ١١ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩ — ٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٣٨ — ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٤ .

(١) بون ٢ فقرة ٣٦٧ — جيوار فقرة ٢٤٣ — بودري وفال فقرة ١١٨٨ ص ٦٢٤ .

(٢) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ — بودري وفال فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٨ ص ٢٢٠ — محمد على إمام فقرة ١١٦ ص ١٨٤ — جمال الدين زكي فقرة ٤٦ ص ٩٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٧٢ . وأنظر عكس ذلك بون ٢ فقرة ٣٧١ — لوران ٢٨ فقرة ١٥١ — جيوار فقرة ٢٤٦ .

(٣) بون فقرة ٣٧٢ — جيوار فقرة ٢٤٧ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٢ — بودري وفال فقرة ١١٨٧ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٨ ص ٢١٩ .

(٤) بون ٢ فقرة ٢٦٩ — جيوار فقرة ٢٤٥ — أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ٢١ — بودري وفال فقرة ١١٨٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٨ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٨ ص ٢١٨ — ص ٢١٩ .

(٥) بودري وفال فقرة ١١٩٠ ص ٦٢٦ .

١٠٢ – الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل : تبرأ ذمة الكفيل لأن الدائن قد تسبب بخطئه في جعل الكفيل محله في ضماناته مستحيلا ، وقد كان من حق الكفيل أن يحل محل الدائن في هذه الضمانات . فإذا أضاع الدائن هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل في كفالته للدين ، كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضيع من ضمان [١] . ويمكن أن يضاف أيضاً إلى السبب المتقدم سبب آخر ، هو أن الكفيل من حقه أن يحل محل الدائن في الضمانات التي كانت لهذا الأخير ، بسبب الخدمة التي يؤديها الكفيل للدائن [٢] .

وقد أريد جعل الدفع بالتجريد أساساً تقوم عليه براءة ذمة الكفيل ، ولكن ذلك لا يستقيم مع جعل الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل يرجع إلى القانون الروماني. فقد كان هذا القانون هو الذي يبرئ ذمة الكفيل ، والدليل على ذلك أن الكفيل القضائي ، و لم يكن حق التجريد في هذا القانون ، كان من الكفلاء الذين تبرأ ذمتهم [٣] .

١٠٣ – الخطأ الذي يرتكبه الدائن : يجب أن يرتكب الدائن خطأ يترتب عليه إضعاف التأمينات التي له [٤] ، كأن يبرئ ذمة أحد الكفلاء [٥] ، أو أن يتزل عن رهن ترتب لمصلحته [٦] . كذلك يعتبر خطأ من الدائن أن يهمل في اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على رهن ترتب لضمان حقه [٧] ، كأن يهمل في تجديد قيد الرهن الرسمي ، أو

---

(١) بودري وفال فقرة ١١٧٤ ص ٦١١ .

(٢) أنظر Labbé في تعليقه على سيريه ٨٧ – ١ – ٥ Fournier في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٧ : ١٦ فقرة ٤١ ص ٥٥ – بودري وفال فقرة ١١٧٤ .

(٣) بودري وفال فقرة ١١٧٤ ص ٦١٢ .

(٤) نقض فرنسي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ – ١ – ٤٠ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ D. A. ١٩٤٢ – J. ٤٩ – ٥ يونية سنة ١٩٤٥ – ٤ . وأنظر بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٠٦ .

(٥) جيوار فقرة ٢٨٨ .

(٦) جيوار فقرة ٢٣٤ وفقرة ٢٣٨ – نقض فرنسي ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ – ١ – ٥٦٩ .

(٧) نقض فرنسي ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦ – ١ – ٢٥٥ – ١٨ مارس سنة ١٩٠١ داللوز ٣ – ١ – ٣٤٥ – ديرانتون ١٨ فقرة ٣٨٢ – بون ٢٠ فقرة ٣٨٠ – فقرة ٣٨١ – لوران ٢٨ فقرة ٣١٠ – فقرة ٣٤٣ – بودري وفال فقرة ١١٧٦ ص ٦١٣ – أوبري ورو ٦ فقرة ٧٢٢ هامش ١٢ .

كأن يبيع بثمن بخس القيم التي ارتهنها ضماناً لحقه [1] ، أو أن يتأخر في استيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم [2] [1] .

ويكون الدائن مسئولا إذا هو جعل المدين يضعف من أثر الرهن المترتب على عقار مملوك له ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف المدين من أثر هذا الرهن . كذلك يكون الدائن مسئولا إذا هو أنقص من قيمة العقار ، بأن استأجره لمدة طويلة [3] .

ولا يكون الدائن مسئولا عن الخطأ الذي يرتكبه الغير [4] ، ولا عن الخطأ الذي يرتكبه الكفيل نفسه [5] . ولا يكون مسئولا عن الخطأ الذي يرتكبه هو إذا اشترك الكفيل في هذا الخطأ [6] ، كما لا يكون مسئولا عن الخطأ الذي يرتكبه في إهماله الحصول على ضمان جديد [1] .

---

(١) باريس ١٤ فبراير سنة ١٨٩١ جازيت د. تريبينو ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٤ .

(٢) جيوار فقرة ٢٣٨ — ديجون ١١ مارس سنة ١٨٨٦ منسور تحت حكم محكمة النقض الفرنسية في ٣ يناير سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٣٦ .

(1) إذا تمسك المطعون ضده (الكفيل) بحكم المادة ٧٨٤ من القانون المدني وطلب براءة ذمته من دين الضريبة لأن الطاعن وهو الدائن قد أضاع بتقصيره التأمين الخاص المقرر لهذه الضريبة وهو حق الامتياز المنصوص عليه بالمادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية والمقرر على المباني قبل إزالتها وعلى الأنقاض بعد هدمها ، وكان مفاد المادة ٢٧ سالفة الذكر أن للحكومة حق امتياز خاص بدين الضريبة على المباني فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب على أن الطاعن " الدائن " هو الذي تسبب بخطئه في ضياع هذا الضمان الخاص المقرر بحكم القانون لدين الضريبة ، إن ذمة الكفيل — المطعون ضده — تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات ، فإنه لا يكون قد خالف حكم المادة ٧٨٤ من القانوني المدني ، ولا محل لما يثيره الطاعن من أن تأخره في المطالبة بالضريبة لا يترتب عليه إلا مجرد إضعاف الضمان العام المقرر له على أموال مدينه وهو ما نصت عليه المادة ٧٨٥ من القانون المدني لأنها لا تنطبق على واقعة الدعوى .

ويعتبر الضرر متوافرا في حالة المادة ٧٨٤ من القانون المدني — بمجرد إضاعة تأمين خاص دون أن يستبدل به تأمين آخر لا يقل عنه في قيمته فلا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يستعرض هذا الضرر أو الدليل عليه = = بعد أن أوضح أن البلدية " الدائن " هو الذي أضاع الامتياز الخاص المقررة بالمادة ٢٧ من قانون الضريبة العقارية وذلك بإهمال عمالها في تحصيل الضريبة عن هذه المباني وفي المحافظة على حق الامتياز الخاص المقرر عليها لدين الضريبة .

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٤ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٠٥٠) .

(٣) جيوار فقرة ٢٣٨ — بودري وفال فقرة ١١٧٨ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦٠ .

(٤) جيوار فقرة ٢٣٧ .

(٥) هيك ١٢ فقرة ٢٥١ — جيوار فقرة ٢٣٧ — بودري وفال فقرة ١١٧٧ .

(٦) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٣ — بودري وفال فقرة ١١٧٧ ص ٦١٧ — محمد كامل مرسي فقرة ٧١ ص ٩٥ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥١ — استئناف مختلط ٢٧ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٢ — وأنظر عكس ذلك سليمان مرقس فقرة ٧٠ ص ٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٧٧ —

١٠٤ — الضمانات التي يضيعها الدائن بخطئه : أما الضمانات التي يضيعها الدائن بخطئه ، فقد كان هناك رأي يقصرها على التأمينات الاتفاقية ، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي . ولكن الرأي الذي تغلب في هذا الصدد هو أن يدخل أي تأمين حتى لو كان تأميناً قانونياً كحقوق الامتياز وقد ورد النص صريحاً في هذا المعنى [٢] ، وحتى لو كان تأميناً قضائياً كحق الاختصاص [٣] .

كذلك قام خلاف فيما إذا كان يدخل في هذه الضمانات التأمينات التي توجد بعد قيام الكفالة . فذهب رأي إلى أن هذه التأمينات لا تدخل ، ولا تدخل إلا التأمينات التي كانت موجودة عند قيام الكفالة [٤] . ولكن الرأي الذي تغلب ، والذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد صراحة [٥] ، هو أن جميع التأمينات تدخل ، سواء ما وجد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة [٦] .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ولما كان قد ثار نزاع في العمل بشأن تحديد الضمانات التي يترتب على ضياعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل ، فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الاتفاقي كالرهن التأميني أو الحيازي (أنظر على الأخص استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٨ — ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٦ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٧ — ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٨ — ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩٠) . ورأت غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص لوفاء الدائن ، حتى لو كان تأميناً قانونياً (راجع استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٥) . كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التي توجد بعد قيام الكفالة ، وهل يشملها النص . وقد

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لما كان الخطأ مشتركا بين الكفيل والدائن ، فإن الكفيل يتخفف من بعض التزامه (لوران ٢٨ فقرة ٣١٢ وفقرة ٣١٤ — جيوار فقرة ٢٣٧ — وهذا ما كان يذهب إليه بودري وفال في الطبعات السابقة) .

(١) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١ — بودري وفال فقرة ١١٧٩ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٩٨٠ — جوسران ٢ فقرة ١٤٩١ .

(٢) أنظر المادة ٢/٧٨٤ مدني آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٣) بل يدخل أيضاً الحق في الحبس (نقض فرنسي ٨ يوليو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٤١ — بودري وفال فقرة ١٧٧٦) ، وحق الدائن في الفسخ (بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٩) .

(٤) أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٥ — بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٠٥ — نقض فرنسي ٨ يوليو سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٤١ .

(٥) أنظر المادة ٢/٧٨٤ مدني آنفاً فقرة ١٠٠ .

(٦) بودري وفال فقرة ١١٧٩ — نقض مدني ٢٣ يوليو سنة ١٨٨٣ داللوز ٨٤ — ١ — ١٨٠ .

جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع ، فلا يترتب على ضياعها بخطأ الدائن إبراء الكفيل (استئناف أهلي ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٥١ — استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٥٦ — ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٦ — ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٦). ولكن يعاب على هذا الرأي أن مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية ، وأن الكفيل يحل محل الدائن في التأمينات التي تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول . "وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف ، بأن قرر في الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة في هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تقرير مقرر بحكم القانون " (١) .

١٠٥ — الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل : وحتى تبرأ ذمة الكفيل ، يجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن ، وأن يتمسك ببراءة ذمته ، وألا يكون هناك اتفاق على عدم حلول الكفيل محل الدائن .

فيجب ، أولا ، أن يثبت الكفيل أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن (٢) . فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا نزل الدائن عن رهن متأخر في المرتبة بحيث لا يسعفه أصلا في تقاضي حقه (٣) ، أو نزل عن كفيل في نظير أن يحل محله كفيل آخر يماثله في اليسار (٤) . كذلك لا يجوز للكفيل أن يطلب براءة ذمته ، إذا رضي الدائن ببيع أشياء مرهونة له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية ، ولو بيعت هذه الأشياء دون اتباع الإجراءات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٤ — ص ٤٧٥ — فإذا كان الدين المكفول ليس مضمونا بغير الكفالة، لم يثبت التمسك بإضاعة التأمينات للكفيل ، حتى لو تهاون الدائن فأعسر المدين ، أو تصد الدائن في الطعن في تصرفات المدين بعدم نفاذها في حقه . أما إذا كان الدين المكفول مضموناً أيضاً بتأمين خاص، شخصي أو عيني ، اتفاقي أو قضائي أو قانوني ، مقرر على مال المدين أو على مال غيره كالكفيل العيني والحائز للعقار ، ثابت وقت نشوء الدين المكفول أو وقت الكفالة أو بعد ذلك ، فأضاع الدائن بخطئه هذا التأمين ، فإن الكفيل تبرأ ذمته بمقداره (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٣٧ ص ٤٧٤ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٥ ص ١٧٦ : قصر المؤجر في توقيع الحجز التحفظي على المحصولات — ٢٤ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٥ ص ١٢٦) .

(٢) بون ٢ فقرة ٣٧٤ وفقرة ٣٧٦ — لوران ٢٨ فقرة ٣٠٦ وما بعدها — جيوار فقرة ٢٠٤ — بودري وفال فقرة ١٨٨١ — بلانيول وريبير رسافاتييه فقرة ١٥٦١ — نقض فرنسي ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٩ — ٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ — ١ — ١٧١ .

(٣) جيوار فقرة ٢٤٠ — ليون كان في تعليقه في سيريه ٩٦ — ١ — ٦٥ .

(٤) شامبري ١٥ يوليو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٣٤١ .

التي رسمها القانون [١] . ويجب أن يثبت الكفيل أن الضرر الذي أصابه من عمل الدائن ضرر محقق ، وليس مجرد ضرر محتمل [٢] . ويطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر ، فلو كان للدائن رهنان رسميان على منزلين قيمة كل منهما ١٠٠٠ جنيه ، وكان حقه يبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، ونزل الدائن عن رهنه على أحد هذين المنزلين ، فالكفيل لم يصبه من الضرر إلا مقدار النصف، فيطلب براءة ذمته بهذا المقدار فحسب [٣]. والكفيل هو الذي يثبت مقدار ما أصابه من ضرر بعمل الدائن ، لأنه هو الذي يطلب براءة ذمته فعليه أن يثبت ما يبرر ذلك [٤] .

ويجب ، ثانياً ، أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته ، فلا يعطى الحق في براءة الذمة إلا إذا طلب ذلك [٥] . ومن ثم لا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته ، إلا إذا رفع الدائن عليه الدعوى وتمسك هو ببراءة الذمة [٦] ، أو بدعوى يرفعها هو على الدائن [٧] . ولكن يجوز ، إذا رفع الدائن عليه الدعوى ، أن يتمسك ببراءة ذمته في أي وقت حتى تحجز القضية للحكم. وله أن يتمسك ببراءة ذمته أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ولكن لا يجوز له أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك ببراءة الذمة هنا لا يعتبر من النظام العام بل هو من حق الكفيل [٨] .

---

(١) نقض فرنسي ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ – داللوز ١٩٠٥ – ١ –٩ – جيوار فقرة ٢٤٨ – بودري وفال فقرة ١٨٨٥ .

(٢) ليون كان في تعليقه في سيري ٩٦ – ١ – ٦٥

(٣) ترولون فقرة ٥٧٢ – بون ٢ فقرة ٣٧٤ – فقرة ٣٧٥ – لوران ٢٨ فقرة ٣٠٦ – أوبري ورو ٦ فقرة ٤٢٩ هامش ١٧ – بودري وفال فقرة ١١٨٢ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦١ ص ١٠٠٩ – نقض فرنسي ١٣ يونية سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعي ١٩٣٩ – ٤٢٧ – ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ D. S. ١٩٤٢ – ٤٩ .

(٤) نانسي أول أبريل سنة ١٩٠٥ – ١٦٧ – بودري وفال فقرة ١١٨٤ – عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٣ .

(٥) جيوار فقرة ٢٤٢ – بوردي وفال فقرة ١١٨٠ .

(٦) بودري وفال فقرة ١١٨٠ – بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦٢ ص ١٠١٠ .

(٧) Labbé في سيريه ٧٣ – ٢ – ١٩٤ – جيوار فقرة ٢٤٢ – محمد كامل مرسي فقرة ٧٦ – عبدالفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٣ .

(٨) بلانيول وريبير وسافاتييه فقرة ١٥٦٢ – نقض فرنسي ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ٥٢.

ويجب ، ثالثاً ، ألا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على ألا يتمسك الكفيل ببراءة الذمة أي على عدم حلول الكفيل محل الدائن . فإذا وجد هذا الاتفاق ، امتنع على الكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة لأنه لا يحل محل الدائن فيما أضاعه هذا من التأمينات [1] .

§ ٢ – براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين

١٠٦ – نص قانوني : تنص المادة ٧٨٥ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها " .

" ٢ – على أن ذمة الكفيل لا تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً " [2] .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٦/٥٠٣ [3] .

---

(١) Labbé في تعليقه في سيريه ٨٧ – ١ – ٥ – بودري وفال فقرة ١١٨٦ وأنظر أيضاً فقرة ١١١٨ مكررة.

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣/١١٥٦ و ٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ٣ – ولا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها ، إلا اذا ترتب على خطئه ضرر الكفيل وبقدر هذا الضرر . ٤ – على أن تبرأ ذمة الكفيل إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين ، في خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له " . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة " ما لم يقدم = = المدين للكفيل ضماناً كافياً " في آخر الفقرة الرابعة وذلك استيفاء لحكم هذه الفقرة ، لأن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا في الحالة التي يترتب على تأخير الدائن في اتخاذ الإجراءات فيها ضياع حق الكفيل في الرجوع على المدين أو انتقاصه ، وتقديم المدين ضماناً للكفيل ينتفي معه الضرر الذي يلحق الكفيل من إهمال الدائن في هذا الحالة ، وأصبح رقم المادة ٨٥٣ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب جعلت الفقرتان ١ و ٢ مادة مستقلة تحت رقم ٨٥١ (وهي المادة السابقة) ، وجعلت الفقرتان ٣ و ٤ مادة مستقلة أخرى تحت رقم ٨٥٢ (وهي هذه المادة) . وفي لجنة مجلس الشيوخ أخذ بالتعديل الذي أقره مجلس النواب ، إلا أنه حذف من نهاية الفقرة الأولى عبارة " إلا إذا ترتب على خطئه ضرر وبقدر هذا الضرر " لأن في القواعد العامة في المسئولية التقصيرية ما يغني عن المعنى الذي قصدت هذه العبارة إلى استظهاره ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ٧٨٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٨ – ص ٤٨١) .

(٣) التقنين المدني السابق : م ٦١٣/٥٠٣ : للكفيل الحق في مطالبة المدين عند حلول الأجل ، ولو منح رب الدين المدين أجلا جديدا و لم يبرئ الكفيل من الكفالة .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٥١ — وفي التقنين المدني الليبي م ٧٩٤ — وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٣٦ — وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٩٧ [١] .

ويفترض التقنين هنا أن الدين المكفول قد حل ، وأن الدائن لم يتخذ الإجراءات للمطالبة بالدين أو أنه تأخر في اتخاذها . فنص على حق الكفيل في هذه الحالة في أن ينذر الدائن لاتخاذ الإجراءات ، فإذا لم يتخذها في خلال سنة أشهر من وقت الإنذار ، ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة — وكان التقنين المدني السابق يجعل للكفيل الحق في مطالبة المدين عند حلول الأجل ، إذا منح الدائن للمدين أجلا جديداً ولم يبرئ الكفيل من الكفالة . ويبدو أن التقنين المدني الجديد لم ينتظر حتى يمنح الدائن للمدين أجلا جديداً ، بل أعطى للكفيل الحق في إنذار الدائن في أن يطالب المدين بدينه ، فإذا لم يفعل ذلك في خلال ستة أشهر من وقت إنذار الكفيل إياه برئت ذمة الكفيل ، وذلك ما لم يعطه المدين ضماناً كافياً . فنبحث ما يتضمنه هذا الموضوع من مسائل .

١٠٧ — لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ : إذا حل الدين المكفول ، كان للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ ، فإذا لم يتخذها ، أو تأخر في اتخاذها ، لم تبرأ ذمة الكفيل لذلك ، بل يبقى ملتزماً بالكفالة . ذلك لأن الكفيل ، إذا هو وفى الدين للدائن عند حلول الأجل ، الرجوع على المدين ، حتى لو مد الدائن الأجل للمدين دون رضاء الكفيل .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٩٤ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٣٦ : ١ — يجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم وفاء المدين به أن يطالب المدين بتخليص ذمته من الكفالة ، أو بأن يقدم له ضمانا . ويبقى له هذا الحق حتى لو منح الدائن للمدين مهلة دون رضاء الكفيل . ويكون للكفيل أيضاً هذا الحق قبل حلول الدين إذا أفلس المدين أو أعسر . ٢ — ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به أن ينذر الدائن بلزوم اتخاذ الإجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر ، فإذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٩ : يحق للكفيل ، لكي يبرأ من الدين ، أن يداعي الدائن إذا تأخر عن المطالبة بتنفيذ الموجب الذي اصبح مستحق الأداء .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٧٨٥ مدني سالفة الذكر تتضمن في آخرها العبارة الآتية : " إلا إذا ترتب على خطئه (خطأ الدائن) ضرر للكفيل ، وبقدر هذا الضرر " . وقد طلب أحد الأعضاء حذف الفقرة الأولى ، لأنه سيترتب عليها إشكاليات كثيرة في العمل ، " ويجب ترك تقديره للقضاء لا لنص تشريعي " . فأجابت الحكومة " بأن هذا النص تقنين لما استقر عليه القضاء في مصر في هذا الموضوع ، بعد أن تردد كثيراً في أول الأمر في تقريره، بسبب وجود خفاء فيما إذا كان التأخر في اتخاذ إجراءات تحفظية أو تنفيذية ، يمكن أن يعتبر خطأ تطبيقاً لقواعد المسئولية التقصيرية " . ثم اتجه الرأي أخيراً في لجنة مجلس الشيوخ إلى استبقاء الفقرة ، مع حذف العبارة الأخيرة الواردة فيها وهي " إلا إذا ترتب على خطئه ضرر للكفيل ، ويقدر هذا الضرر " . وقد قررت أغلبية اللجنة حذف العبارة المذكورة ، لأن القواعد العامة في المسئولية التقصيرية ما يغني عن المعنى الذي قصدت هذه العبارة إلى استظهاره .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذه الفقرة الأولى ما يأتي : " الفقرة الأولى اقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصري ، وهي تقرر في جزئها الأول حكماً مجمعاً عليه ، وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات، أو لمجرد أنه لم يتخذها . لأن للكفيل الحق في الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل ، حتى لو مد الدائن الأجل له . على أنه قد تصدر من الدائن أعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذي أو تحفظي أو حجز ما لمدينه لدى الغير أو إجراءات التنفيذ العقاري أو وضع أموال المدين تحت الحراسة أو إيداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات في خزينة المحكمة ، أو أعمال سلبية كعدم قيامه باتخاذ إجراء تنفيذي أو تحفظي لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله إياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه وكذلك التقدم في التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الإهمال في القيام بإجراء معين أو إبراز مستند ما ، لا يترتب عليها ضياع التأمينات ، ولكنها مع ذلك تؤثر في حق الكفيل فتضيعه أو تنتقص منه . كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقاً لقواعد المسئولية ، مادام قد ترتب عليها ضرر للكفيل . والتقنين الحالي (السابق) لم يتعرض لذلك ، ولكن بعض التقنينات الحديثة أوردت نصوصاً في هذا الصدد (أنظر مثلا التقنين الألماني م ٧٦٦) . والمشروع ، قياساً على هذه التقنينات ، أورد هذه الفقرة مقتبساً حكمها من القضاء المصري : راجع استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٦ " [١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧٩ — وأنظر في عهد التقنين المدني السابق نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً الجزء الثاني ص ٩٣٧ رقم ٦ .

١٠٨ – وجوب إنذار الكفيل للدائن : ولكن الكفيل ، إذا أراد اتخاذ الاحتياطات اللازمة ، وجب عليه أن ينذر الدائن ليتخذ هذه الإجراءات الواجبة قانوناً عند حلول الدين ضد المدين ، وذلك طبقاً لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدني سالفة الذكر . وهذه الفقرة استمدها المشرع من المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، ومن المادة ٥٠٢ من تقنين الالتزامات السويسري ، ومن المادة ٦٣٧ من تقنين الالتزامات البولوني [١] .

ولا يتخذ الكفيل هذا الاحتياط إلا عند حلول أجل الدين المكفول ، أو في أي وقت بعد حلول هذا الأجل . ذلك لأن الإنذار يتضمن تنبيه الدائن إلى وجوب اتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً ، ولا يمكن اتخاذ هذه الإجراءات إلا عند حلول أجل الدين .

والعبرة بحلول الأجل الأصلي للدين المكفول ، فإذا حل هذا الأجل ، جاز للكفيل إنذار الدائن ، حتى لو أن الدائن مد للمدين في الأجل المحدد أصلا . فالكفيل لا يلتزم باحترام هذا المد إلا إذا كان قد ارتضاه ، فإذا لم يرتضه جاز له أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأصلي بأن يتخذ الإجراءات الواجبة قانوناً نحو مطالبة المدين بالدين [٢] .

والمدة التي تسبق هذا الإنذار لا يعتد بها ، فمادام الكفيل لم ينذر الكفيل باتخاذ الإجراءات الواجبة قانوناً فليس على الدائن اتخاذ هذه الإجراءات ، مع مراعاة ألا يسقط حق الدائن .

١٠٩ – ما الذي يترتب على إنذار الكفيل للدائن : تقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدني على ما يأتي : " على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً . فيجب إذن ، إذا أنذر الكفيل الدائن ، أن يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة

---

(١) المشروع الفرنسي الإيطالي م ٧٣٩ : يبقى الكفيل ملتزماً حتى بعد حلول أجل الالتزام الأصلي ، بشرط أن يكون الدائن قد اتخذ الإجراءات ضد المدين في خلال شهرين من وقت هذا الحلول واستمر فيها بعناية . ويطبق هذا النص حتى في حالة ما إذا حدد الكفيل صراحة أجل كفالته بنفس أجل الالتزام الأصلي .

تقنين الالتزامات السويسري م ٥٠٢ : يبرأ الكفيل الذي لم يلتزم إلا لأجل محدد إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات التنفيذية التي يخولها له القانون في خلال الأربعة الأسابيع لانقضاء هذا الأجل ، وإذا لم يستمر في هذه الإجراءات بدون انقطاع جسيم .

تقنين الالتزامات البولوني م ٦٣٧ : يتقادم التزام الكفيل بمضي سنة من تاريخ استحقاق الدين المضمون، ولا تسرى هذه القاعدة على الكفيل الذي التزم بصفة كفيل متضامن أو الذي التزم بالكفالة في مقابل جعل .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٨٠ .

ضد المدين ، أو أن يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً في حالة ما إذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة ضد المدين .

فإذا اتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين ، وسار في اتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافياً ، ويكون ذلك بأن يرفع الدائن الدعوى على المدين يطالبه فيها بالدين ، إذا كان سند الدين عرفياً . أما إذا كان السند تنفيذياً ، حكماً كان أو ورقة رسمية ، فإنه يجب على الدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين [1] .

فإذا لم يتخذ الدائن الإجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين في خلال الستة الأشهر من وقت وصول إنذار الكفيل للدائن ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة . وبذلك ينقضي عقد الكفالة بطريق أصلي . دون أن ينقضي الدين المكفول .

على أنه يجوز للمدين ، قبل انقضاء الستة الأشهر سالفة الذكر ، أن يقدم للكفيل ضماناً كافياً لما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن . ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ، عند المنازعة ، ما إذا كان الضمان الذي يقدمه المدين للكفيل ضماناً كافياً . فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافي ، وصل الكفيل إلى ما يبتغيه ، وصار عليه أن ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين. فإذا دفع المدين الدين للدائن ، وقف الأمر عند هذا الحد ، وبرئت ذمة المدين ، وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك . أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن ، ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين ، كان لدى الكفيل الضمان الكافي الذي قدمه المدين ، فيدفع الدين للدائن ، ويستوفيه من هذا الضمان .

§ ٣ – عدم تقديم الدائن في تفليسة المدين

١١٠ – نص قانوني : تنص المادة ٧٨٦ مدني على ما يأتي :

" 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 " [2] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٨٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٥٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس =

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٦١٤/٥٠٣ [١] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٥٢ — وفي التقنين المدني الليبي م ٧٩٥ — وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٢٨ — وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م ١٠٧٣ [٢] .

وظاهر أن للكفيل ، في التقنين المدني السابق ، حق مطالبة المدين بالدين أفلس المدين قبل حلول أجل الدين المكفول (م ٦١٤/٥٠٣) . أما في التقنين المدني الحالي ، فليس للكفيل أن يرجع على المدين ، فننظر الآن ماذا يكون الحكم لو أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول ، ثم ننظر بعد ذلك ماذا يكون الحكم لو أعسر المدين .

١١١ — إفلاس المدين أو إعساره قبل حلول الدين المكفول : تعرض المادة ٧٨٦ مدني [٣] . لحالة ما إذا أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول . فتنص على أنه يجب على الدائن في هذه الحالة أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين ، ويتقاضى من هذه التفليسة المقدار الذي يصيبه بحسب قيمة هذا الحق . فإذا لم يفعل ، فلم يصبه من تفليسة المدين شيء، وأراد الرجوع على الكفيل ، سقط من حقه في الرجوع على الكفيل ما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه في تفليسة المدين [١] . وقد اقتبست المادة ٧٨٦ مدني ، وهي التي تقرر هذا

= النواب تحت رقم ٨٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٧٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٨٢ — ص ٤٩٠) .

(١) التقنين المدني السابق : م ٦١٤/٥٠٣ : ... وله (الكفيل) أيضاً مطالبة المدين بالدين إذا أفلس قبل حلول الدين المكفول به .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ٧٥٢ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي : م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٠٢٨ (مطابق) .

قانون الموجبات والعقود اللبناني : م ١٠٧٣ : لا يجوز للكفيل أن يتشبث بتقدم مراعاة المدين الأصلي: (١) ... (٢) إذا أصبح المدين الأصلي في حالة إعسار مشهور أو أعلن عجزه (٣) ...

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١١٠ .

(1) إن مفاد نص المادة ٧٨٦ من القانون المدني أنه إذا أفلس المدين قبل حلول أجل المدين المكفول ، فإنه يتعين على الدائن أ، يتقدم بحقه في تفليسة المدين ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ، ثم يرجع بالباقي عند حلول الأجل على الكفيل ، فإذا قصر الدائن و لم يتقدم في تفليسة المدين ، فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة ، أما إذا كان الدائن قد حصل على حكم بإلزام المدين والكفيل بالدين فلا محل لتطبيق هذا النص .
(جلسة ١٩٧٧/١/١١ س ٢٨ ص ١٩٤) .

الحكم ، من كل من المادة ٥١١ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٦٤٣ من تقنين الالتزامات البولوني [١] . و لم يكن الكفيل يستطيع أن يتقدم ، في التقنين المدني الجديد ، في تفليسة المدين إلا إذا دفع للدائن حقه . فلم يبق إذن إلا أن يتقدم الدائن نفسه بحقه في تفليسة المدين ، ليحصل على ما يمكنه الحصول عليه من حقه ، ثم يرجع بالباقي على الكفيل. فإذا لم يفعل الدائن ذلك كان مقصراً ، وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره . فلا يرجع على الكفيل إلا بالباقي من حقه ، بعد خصم ما كان يحصل عليه لو أنه تقدم في تفليسة المدين . ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يطلب استنزال ما كان يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين ، سواء كان ذلك في صورة الدعوى أو في صورة الدفع ، فلا يبرأ الكفيل بقوة القانون من هذا المقدار ، بل لا بد له من الطلب [٢] .

ويبدو أن هذا هو الحكم أيضاً ، فيما إذا أعسر المدين . فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين ، ثم يرجع بالباقي له على الكفيل . وإذا كانت المادة ٧٨٦ مدني لم تعرض إلا لحالة إفلاس المدين ، فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين في الوقت المناسب. وإلا كان الدائن مسئولاً عن ذلك نحو الكفيل [٣] .

---

(١) تقنين الالتزامات السويسري م ٥١١ : إذا أفلس المدين ، وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، ووجب عليه كذلك إخطار الكفيل بالإفلاس بمجرد علمه . وإذا لم يفعل الدائن ذلك ، فقد حقه قبل الكفيل بقدر ما نال هذا من ضرر من جراء هذا الإهمال .

تقنين الالتزامات البولوني م ٦٤٣ : يضمن الدائن الذي لم يتقدم في تفليسة المدين الضرر الحاصل من جراء ذلك للكفيل .

(٢) أنظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ ص ٢٣٧ هامش ١ — سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٥٥ .

وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً هو نص المادة ١١٤٣ ، وقد كان يقضي بما يأتي : " للكفيل، حتى قبل أن يقوم بالوفاء ، أن يطالب المدين بتأمينه في الحالات الآتية : أولا — إذا طولب قضائياً بالوفاء. ثانياً — إذا أفلس المدين أو صفيت أمواله أو كان في حالة إعسار . ثالثاً — إذا كان المدين قد تعهد بإبراء الكفيل في وقت معين . رابعاً — إذا أصبح الدين مستحقاً بحلول الأجل المتفق عليه ، ولو قبل الدائن صراحة مد الأجل . خامساً — بانتهاء خمس سنين إذا لم يكن للالتزام الأصلي أجل محدد ؛ ما ليم يكن هذا الالتزام بحسب طبيعته مما لا يسقط قبل وقت معين كالتزام الوصي " . وأنظر المادة ٦١٣/٥٠٣ -٦١٤ من التقنين المدني السابق .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " تطابق المادة ١١٤٣ المادة ٧٣٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، مع إضافة بسيرة وردت بآخر الفقرة الرابعة . ويقابلها في التقنين الحالي (السابق) المادة ٦١٣/٥٠٣ — ٦١٤ . على أن نص المشروع أفضل من نص التقنين الحالي (السابق) ، فهو لم يقصر حق الكفيل الذي لم يوف للدين بعد ، في الرجوع على المدين ، على حالتي =

= الإفلاس وامتداد الأجل ، بل أعطاه هذا الحق أيضاً في حالة مطالبته بالوفاء أمام القضاء ، وكذلك في حالة وجود اتفاق بينه وبين المدين على إبرائه من الكفالة في وقت معين ، وأيضاً بعد مضي خمس سنين إذا لم يكن الالتزام الأصلي ذا أجل محدد كما هو الحال بالنسبة لحق الانتفاع والإبراء لمدى الحياة لأن الالتزام فيهما لا ينقضي قبل وفاة المنتفع أو صاحب الإيراد . وسبب النص في هذه الحالة الأخيرة هو أن الكفيل يقدم خدمة للمدين ، فيجب ألا يبقى ملتزماً بدون تحديد مدة معينة ، بل يجب عدالة تحديد ميعاد لالتزامه . ومن المتفق عليه أن عبارة " التأمينية " الواردة بصدر المادة يقصد بها أن المدين إما أن يعمل على إبراء الكفيل من الكفالة ، أو أن يقدم له تأمينات كرهن أو كفالة جديدة تضمن له رجوعه عليه إذا اضطر لدفع الدين ، أو أن يودع في خزينة المحكمة مبلغاً كافياً لضمان الدين (أنظر استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٩٨ رقم ٨٠ — أسيوط ٩ مارس سنة ١٩١٨ مج و ١٩ ص ١١٣ رقم ٨٠) — وقد تليت المادة ١١٤٣ في لجنة المراجعة ، فرأت اللجنة حذفها لعدم الموافقة على حكمها . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٨٢ — ص ٤٩١ في الهامش .

القسم الثاني

التأمينات العينية

تمهيـــد (*)

١١٢ – كيف يتقدم الدائن ذو التأمين العيني على الدائن العادي :

رأينا [١] أن الدائن قد يكون له تأمينات خاصة ، وهي نوعان شخصية وعينية. والذي يعنينا هنا هو التأمينات العينية ، لا التأمينات الشخصية . فالتأمينات العينية تجعل الدائن الذي يتمتع بها يتقدم على الدائن العادي ، بأن يتقاضى حقه من هذه التأمينات متقدماً في ذلك على الدائن العادي . والدائن ذو التأمينات العينية ليس له فحسب حق التقدم (droit de prétérence)، بل له أيضاً حق التتبع (droit de suite) فإذا باع مالك التأمين العيني مثلا هذا التأمين كان للدائن أن يتتبعه في يد من يشتريه ، وينفذ عليه بحقه .

وقد ظهرت التأمينات العينية متأخرة عن التأمينات الشخصية كما سبق القول [٢] . فلما ظهرت ، كان لا بد من تنظيمها قانوناً . وكان هناك نوعان من التأمينات العينية ،

(*) مراجع : ترولون (Troplong) في حقوق الامتياز والرهن الرسمي ٤ أجزاء الطبعة الخامسة سنة ١٨٥٤ – بون في حقوق الامتياز والرهن الرسمي سنة ١٨٥٩ – Thézard في الرهن الحيازي والامتياز والرهن الرسمي سنة ١٨٨٠ – جيوار في حقوق الامتياز والرهن الرسمي ٤ أجزاء سنة ١٨٩٦ – ١٨٩٩ – بيدان في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٠٢ – بودري ولوان في الرهن الحيازي والامتياز والرهن الرسمي ونزع الملكية الجبري الطبعة الثالثة ٣ أجزاء سنة ١٩٠٧ والتكلم بقلم بنكاز – André في نظام الرهن الرسمي الطبعة الثالثة سنة ١٩١٠ – أوبري ورو وبارتان الجزء الثالث الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ – بيدان وليريبورج بيجونيير وڤواران في التأمينات الشخصية والعينية الجزءان الثالث عشر والرابع عشر سنة ١٩٤٨ – پلانيول وريپير وبيكيه الطبعة الثانية الجزء الثاني عشر والثالث عشر سنة ١٩٥٣ – پلانيول وريپير وبولانجيه الجزء الثاني الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندير الجزء الثاني الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ – چوسران الجزء الثاني الطبعة الثانية سنة ١٩٣٣ – مازو الجزء الثالث – دي باج في القانون المدني البلجيكي الجزء السابع – أنسكيلوبيدي داللوز .

عبد السلام ذهني في التأمينات العينية سنة ١٩٢٦ – عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٠ – محمد كامل مرسي في الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية سنة ١٩٥١ – شفيق شحاته في النظرية العامة للتأمين العيني سنة ١٩٥٢ – محمود جمال الدين زكي في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٧ – محمد على إمام في التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٨ – شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات سنة ١٩٥٩ – سليمان مرقس في التأمينات العينية سنة ١٩٥٩ – منصور مصطفى منصور في التأمينات العينية سنة ١٩٦٣ – أحمد سلامة في الرهن الرسمي سنة ١٩٦٣ – سمير تناغو في التأمينات العينية سنة ١٩٦٧ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦ .

نوع يقوم على الحيازة ونوع لا يقوم عليها . فالنوع الذي يقوم على الحيازة كان ينقل حيازة التأمين العيني إلى يد الدائن ، ويبقى هذا الدائن الحائز مرتهناً للعين إلى أن يحل الدين ، فإما أن يستوفيه من المدين أو أن يبيع التأمين العيني طبقاً للإجراءات التي سنها القانون ليستوفي الدين من ثمنه . أما النوع الآخر فكان لا يقوم على الحيازة ، ويبقى التأمين العيني في يد المدين إلى أن يحل الدين ، فيستوفي الدائن دينه من المدين أو يبيع التأمين العيني طبقاً للإجراءات القانونية ليستوفي الدين من ثمنه . وكان كل من النوعين يتناول العقار والمنقول ، ثم أخذ النوع الثاني وهو يتمثل في الرهن الرسمي يقتصر على العقار وحده ، في حين أن النوع الأول بقي يتناول العقار والمنقول .

وكان القانون الروماني يجعل كلا من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتناول العقار والمنقول ، وسار القانون الفرنسي القديم على هذا النحو إلى القرن السادس عشر . ومنذ ذلك الوقت ، ثم في التقنين المدني الفرنسي نفسه ، أخذ الرهن الرسمي يقتصر على العقار وحده كما سبق القول ، وأخذ رهن المنقول حيازة (gage) يقتصر على المنقول . ولكن الرهن الحيازي ظل يشمل كلا من العقار والمنقول تحت اسم nantissement في التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ ، فإذا كان الشيء المرهون منقولا سمي الرهن gage وإذا كان عقاراً سمي الرهن antichrése .

وإلى جانب الرهن ، رهناً رسمياً كان أو رهناً حيازياً ، وجد أيضاً في التأمينات حقوق الامتياز (privilege) . وهذه الحقوق يوليها القانون للدائن على مجموع أموال المدين من منقولات وعقارات ، أو على منقول معين بالذات ، أو على عقار معين بالذات .

وحيث يوجد للدائن تأمين عيني ، رهن أو امتياز ، فإنه يتقدم في هذا التأمين على سائر الدائنين العاديين ، بل ويتقدم على الدائنين الذين لهم حق متأخر على هذا التأمين .

١١٣ – الفروق ما بين الرهون وحقوق الامتياز : وهناك فروق جوهرية ما بين الرهون وحقوق الامتياز . فحقوق الامتياز لا يمنحها إلا القانون ، ولا يستطيع الاتفاق أو القضاء أن يمنح حق امتياز للدائن على مال مدينه . وتوجد حقوق امتياز عامة يمنحها القانون على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، كما توجد حقوق امتياز خاصة على منقول أو على عقار بالذات مملوك للمدين . أما الرهون ، فالأصل فيها أن يمنحها الاتفاق ما بين الدائن والمدين . ويشمل ذلك الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، فالرهنان يترتبان عادة على اتفاق ما بين الدائن والمدين ، ويكون الرهن الرسمي مقصوراً على العقار ، أما الرهن الحيازي فيشمل العقار والمنقول . ولكن هناك رهناً رسميا يترتب على

حكم من القضاء في التقنين المدني المصري وهذا هو حق الاختصاص ، كما أن هناك رهناً رسمياً يترتب على القانون ورهناً رسمياً يترتب على القضاء في التقنين المدني الفرنسي .

والفروق الجوهرية ما بين الرهون وحقوق الأمتياز ثلاثة :

(الفرق الأول) حقوق الامتياز يوليها القانون للديون في ذاتها بقطع النظر عن دائنيها، فالقانون يولي الدين حق امتياز فيجعله متقدماً على سائر الديون لخاصية يتمتع بها هذا الدين. أما الرهون ، سواء أنشأها الاتفاق كما هو الغالب أو القانون في فرنسا أو القضاء في مصر ، فتُعطي للدائن لا للمدين . فيكون الدائن هو الذي أرادها أياً كانت، وقد يحل محل الدائن القانون أو القضاء لأسباب خاصة ، ولكنها على كل حال ميزة تُعطى للدائن لا للمدين [1] .

(الفرق الثاني) إذا تقدم دائنون بحقوق امتياز مختلفة ، فضل منهم من أعطى له القانون حق التقدم على غيره من الدائنين ذوي حقوق الامتياز الأخرى ، فالعبرة إذن بما يقدمه القانون وما يؤخره من حقوق الامتياز المختلفة . فإن كان الدائنون ذوي حقوق امتياز من نوع واحد ، بحيث لا يتقدم منهم دائن على آخر ، اشتركوا جميعاً في تقاضي حقوقهم من هذا التأمين العيني . فإن اتسع لهم جميعاً أخذ كل منهم حقه ، وإلا تقاسموا التأمين العيني بنسبة ما لهم من حقوق . أما الدائنون المرتهنون ، فيتقدم أحدهم على الآخرين تبعاً للتاريخ الذي قيد فيه حقه [2] .

(الفرق الثالث) إذا تقدم دائنون ذوو امتياز ودائنون مرتهنون ، فإن الدائنين ذوي الامتياز يتقدمون على الدائنين المرتهنين [3] . ويشترط أن يكون الدائنون جميعاً دائنين لمدين واحد ، لا أن يكونوا دائنين لمدينين مختلفين [4] ، وأن يكون الشيء المرهون منقولا لأن التقدم في العقار يكون بحسب تاريخ القيد كما سنرى .

---

(١) نقض فرنسي ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ — ١ — ٦٥ — ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٨٦ — ١٣ مايو سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعي ١٩٣١ — ١٣٩ — ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ داللوز ١٩٣٧ — ١ — ٣٩ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٨ وهامش ٢ وهامش ٥ — بودري ودي لوان ١ فقرة ٣٠٠ — ٣٠١ وفقرة ٣٠٦ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٤٨٥ — ١٤٨٦ — پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٤٤ وفقرة ٣٣٠١ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ ص ٦ — ص ٧ .

(٢) بلانيور وريپير وبيكيه ١٢ ص ٨ .

(٣) پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ ص ٧ — ص ٨ .

(٤) بودري ودي لوان ١ فقرة ٧٨٧ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٦٤٣ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١٠٢٦ .

١١٤ – ظهور الرهون الرسمية على المنقولات : وقد ظهرت أخيراً رهون رسمية على المنقولات ، ترتبت عليها دون أن تنقل حيازة المنقولات إل الدائن المرتهن، فصارت رهوناً رسمية لا رهون حيازة . وهذه الرهون ثلاثة : (١) رهن رسمي بحري (hypothéque maritime) ، وهو رهن يترتب على السفينة البحرية ، بحيث تبقى هذه السفينة في حيازة مالكها ويكون للدائن المرتهن حق رهن عليها يماثل الرهن الرسمي . (٢) رهن رسمي نهري (hypothèque fluviale) ، وهو رهن يترتب علي السفينة النهرية ، فتبقى هذه السفينة في حيازة مالكها ، ولا يكون للدائن إلا حق رهن رسمي عليها . (٣) رهن رسمي على الطائرات (hypothéque des aéronefs) ، وهو رهن يترتب على الطائرة، فتبقى الطائرة في حيازة مالكها ، ويكون للدائن حق رهن عليها هو حق رهن رسمي .

فلم يعد صحيحاً إذن أن الرهن الرسمي لا يترتب إلا على العقارات ، مادام يترتب كما رأينا على السفن البحرية والسفن النهرية والطائرات . كذلك أصبح غير مفهوم لماذا يترتب على هذه المنقولات رهن حيازة ، ثم يترتب عليها رهن رسمي ، فتبقى في الرهن الرسمي في حيازة مالكها في حين أن حيازتها تنتقل إلى الدائن المرتهن في رهن الحيازة [١] .

١١٥ – التأمينات العينية في التقنين المدني المصري : ويعرف التقنين المدني المصري أربعة تأمينات عينية ، جمعها معاً في الكتاب الرابع ، تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية .

وهذه التأمينات العينية الأربعة هي : (١) الرهن الرسمي ، وهو أوسع الرهون انتشاراً وأكبرها خطراً . (٢) حق الاختصاص ، وهو رهن رسمي يترتب على عقار مملوك للمدين ، لا بموجب اتفاق بينه وبين الدائن كما في الرهن الرسمي ، بل بموجب طلب يتقدم به الدائن إلى القضاء ، فيحصل منه على أمر بالاختصاص . (٣) الرهن الحيازي ، وهو رهن واسع الانتشار في البيئات الزراعية ، وقد قدر له البقاء إلى جانب الرهن الرسمي . وهو يشمل المنقول كما يمتد إلى العقار ، في حين أن الرهن الرسمي وحق الاختصاص لا يتناولان إلا العقار . ويقوم على الحيازة ، فلابد من انتقال حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى الدائن . (٤) حقوق الامتياز ، وهذه يمنحها القانون لديون معينة نظراً لصفات خاصة تميز هذه الديون . وحقوق الامتياز إما أن تكون عامة فتشمل كل أموال المدين من منقول وعقار ، أو أن تكون خاصة فتقتصر على منقول معين بالذات أو على عقار معين بالذات .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ ص ١٢ – ص ١٤ .

وننقل هنا ما ورد في هذا الشأن في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، فقد ورد في هذه المذكرة ما يأتي : " جمع المشروع التأمينات العينية في كتاب واحد ، وبذلك وضع رهن الحيازة في مكانه بين الرهون الأخرى ، فأصلح عيباً وقع فيه التقنين الحالي (السابق) . وتنتظم التأمينات العينية جميعاً فكرة واحدة ، هي فكرة الرهن ضمانا لوفاء الدين. فيكون الرهن بمقتضى اتفاق في الرهن الرسمي ورهن الحيازة ، وبمقتضى أمر من القاضي في حق الاختصاص ، وبمقتضى نص في القانون في حقوق الامتياز . أما الحق في الحبس ، فقد تقدم أن المشروع لا يعتبره حقاً عينياً ، بل هو دفع يجديه من له حق التمسك به . وقد قدم المشروع الرهن الرسمي على غيره من الرهون ، لأنه أو سعها انتشاراً وأكبرها خطراً . ثم أعقب الرهن الرسمي بحق الاختصاص ، لأنه حق مصوغ على غرار الرهن الرسمي والأحكام بينهما مشتركة . وتلي ذلك رهن الحيازة ، وهو رهن واسع الانتشار في البيئات الزراعية . فلم يبق إلا حقوق الامتياز تختم بها التأمينـات العينية " (١) .

الباب الأول
الرهن الرسمي

١١٦ – تعريف الرهن الرسمي – نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٠ مدني على ما يأتي :

" الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون " (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار الضامن لوفاء الدين ، ويكون للدائن بمقتضى هذا الحق أن يتقدم على الدائنين العادين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، ولو انتقل هذا العقار إلى شخص آخر " . وفي لجنة المراجعة أجري تعديل لفظي في النص ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ١١٢٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧ – ص ٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٧٨/٥٥٤ : الدائنون المرتهنون للعقار الذين لهم بواسطة الإجراءات الرسمية حق على عقار مدينهم أو عقاراته صالح لاحتجاجهم به على الغير ، في كونهم يستوفون ديونهم بالأولوية والتقدم على الدائنين من ثمن ذلك العقار أو العقارات ولو انتقلت لأي يد كانت .

ويخلص من هذا النص أن الرهن الرسمي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه ، ويطلق أيضاً على هذا الحق العيني الذي ترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " يطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد ، فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن " [1] .

أما العقد الرسمي فأمره ظاهر ، وهو عقد يتم بين الدائن المرتهن ومالك العقار المرهون، سواء كان هذا المالك هو نفس المدين أو كان كفيلا عينياً .

وأما الحق العيني الذي يترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه فهو حق عيني عقاري يترتب على العقار المخصص لوفاء الدين ، ويكون للدين بموجبه حق تقدم في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون . ويتقدم الدائن بموجب هذا الحق العيني ليس فحسب على الدائنين العاديين لمالك العقار المرهون ، بل أيضاً على الدائنين الذين لهم حق عيني آخر على هذا العقار ، من دائنين مرتهنين وأصحاب حقوق اختصاص وأصحاب حقوق امتياز ، إذا كان هؤلاء الدائنون متأخرين في المرتبة أي مقيدين بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن .

فإذا استوفى الدائن المرتهن حقه في مواجهة دائن آخر مع بقاء العقار في يد مالكه سمي هذا تقدماً ، أما إذا استوفاه وقد انتقلت ملكية العقار المرهون إلى غير المالك فإن ذلك يسمى تقدماً على الدائنين الآخرين وتتبعاً في يد من انتقلت إليه ملكية هذا العقار [2] .

ويلجأ الدائن المرتهن عادة ، في استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون ، إلى التنفيذ على هذا العقار وبيعه بالمزاد العلني . ولكن العقار المرهون قد يهلك قبل بيعه بالمزاد العلني، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى قيمة هذا العقار كمبلغ تعويض في حالة تعدي الغير على العقار

= ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٧١ : التأمين هو حق عيني على العقارات المخصصة لضمان وفاء التزام . وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ، ويبقى بكامله على العقارات المخصصة له وعلى كل عقار منها وعلى كل قسم من هذه العقارات ، ويتبعها في أية يد تنتقل إليها العقارات .

التقنين المدني الليبي : لا مقابل .

التقنين المدني العراقي : م ١٢٨٥ (مطابق ويسميه الرهن التأميني) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ١٢٠ : التأمين هو حق عيني على العقارات المخصصة لضمان القيام بموجب — وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ، ويبقى بكامله على العقارات ، فيبيعها في أية يد تنتقل إليها العقارات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠ .

(٢) قارن سمير تناغو في التأمينات العينية فقرة ٥ ص ١٨ .

المرهون ، أو مبلغ تأمين في حالة التأمين على العقار عند إحدى شركات التأمين ، أو مبلغ مقابل لنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . وتقول المادة ١٠٥٦ مدني في هذا الخصوص : " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد " .

فالرهن الرسمي إذن هو 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 ، مقدما في ذلك على الدائنين العاديين لمالك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في المرتبة ، ومتتبعاً هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته [١] .

١١٧ – خصائص حق الرهن الرسمي : ومن خصائص حق الرهن الرسمي أنه : (١) حق عيني عقاري . (٢) حق تبعي . (٣) حق غير قابل للتجزئة .

١١٨ – الرهن الرسمي حق عيني عقاري : يعطى حق الرهن الرسمي للدائن المرتهن حقاً عينياً عقارياً ، بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا وضمانات عينية [٢] . فيعطى هذا الحق العيني للدائن حق التقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين المتأخرين في المرتبة [أ] ، كما يعطي حق التتبع في يد من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون. فحق الرهن الرسمي ليس إذن جزءاً من حق الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع، بل هو حق الملكية ذاته (أو حق عقاري آخر) وضع ضماناً لدين معين .

---

(١) أنظر سمير تناغو في التأمينات العينية فقرة ٥ ص ١٩ – ويلاحظ أن الدائن المرتهن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار المرهون أو مما يحل محل هذا العقار من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل نزع الملكية أو غير ذلك . فلفظ " الثمن " هنا مستعمل بهذا المعنى الواسع ، بعد أن تقرن المادة ١٠٥٦ مدني إلى المادة ١٠٣٠ مدني التي تعرف الرهن الرسمي (أنظر منصور مصطفى منصور فقرة ٥)

(٢) لوران ٣٠ فقرة ١٧٣ – جيوار ٢ فقرة ٦٣١ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ٨٩٣ – بيدان وڤواران فقرة ٢٩١ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٢٨ ص ٣٧٥ .

(أ) النص في المادة ١٠٣٠ من القانون المدني يدل على أن الرهن الرسمي يرتب للدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار المرهون لوفاء الدين ويكون له بموجب هذا الحق أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون في أي يد تكون ، والراهن قد يكون هو المدين نفسه أو كفيلا عينياً آخر يتكفل بضمان الوفاء بدين على الغير ، وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه وقام به غيره نيابة عنه وجب أن يكون صادراً منه وله وكالة خاصة .
(جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨ الطعن رقما ٣٤٨ ، ٣٩٥ لسنة ٦١ ق) .

وإذا كان الرهن الرسمي حقاً عقارياً تابعاً لدين كما سنرى ، فإن هذه التبعية تظهر في أمور معينة ، منها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمي للموصى له من الدائن المرتهن ، ومنها أن ينتقل الدين ومعه الرهن الرسمي كذلك إلى المحال له [١] . ولكن الرهن الرسمي يبقى مع ذلك حقاً عقارياً ، فإذا أراد الدائن المرتهن أن يتخلى عنه أو أن يحيله لشخص آخر ، وجب أن يكون لهذا الدائن الأهلية اللازمة لنقل العقار [٢] .

١١٩ – الرهن الرسمي حق تبعي : وحق الرهن الرسمي حق تبعي للدين الذي يضمنه هذا الرهن . فلا يقوم هذا الحق إلا بقيام الدين المضمون به ، ويسير مع الدين وجوداً وعدماً [٣] . فكل رهن رسمي يفترض إذن وجود التزام صحيح يضمنه هذا الرهن ، فإذا اعتور الالتزام عيب يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه ، اختفى الرهن مع الالتزام [٤] . وينتقل الرهن مع الالتزام للموصى له بالمنقول [٥] ، كما ينتقل مع الالتزام للخلف العام أو الخاص للدائن المرتهن [٦] ، وينتهي انتهاء الالتزام بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء [٧] . ويقوم الرهن الرسمي لضمان أي التزام مهما كانت طبيعته وأوصافه ، فيجوز أن يضمن الرهن التزاماً مؤجلا أو التزاماً شرطياً فيصبح مؤجلا أو شرطياً كالالتزام المضمون [٨] .

---

(١) وقد يحكم بصحة الرهن ، فيستتبع ذلك ضمناً صحة الدين المضمون بالرهن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا طلب الدائن الحكم ببطلان الرهن الصادر من مدينه إلى دائن آخر ، وكان الطلب مقصوداً به القضاء ضمناً ببطلان القرض أيضاً ، وقضي برفض الدعوى لانعدام الدليل ، كان هذا قضاء ضمنياً بصحة القرض المضمون بالرهن (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً ١ ص ٦٧) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٢٩ ص ٣٧٧ .

(٣) لوران ٣٠ فقرة ١٧٣ – جيوار ٢ فقرة ٦٣٣ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٣ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ٦٦٠ – بيدان وفواران فقرة ٣٠٣ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠ ص ٣٧٧.

(٤) نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ – ١ – ١٠٧ .

(٥) بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٣ .

(٦) بودري ودي لوان ٣ فقرة ١٩٣٣ – أوبري ورور ٣ فقرة ٢٨٣ ص ٦٦٦ .

(٧) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠ ص ٣٧٨ .

(٨) جيوار ٢ فقرة ١٠٣٠ – أوبري ورور ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٩١ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٠ (١) – ولكن لا يجوز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً طبيعياً ، لأن الالتزام الطبيعي لا يجبر المدين على أدائه في حين أن الرهن الرسمي يجبر مالك العقار المرهون على الوفاء به (أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣١ – وأنظر عكس ذلك وجواز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً طبيعياً بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٠ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ – لوران ١٧ فقرة ٢٨) . ولكن يجوز أن يضمن الرهن الرسمي التزاماً عقده قاصر ، لأن مثل هذا الالتزام تجوز كفالته ، ويصبح من قرر الرهن على عقاره ضمانا لهذا الالتزام كفيلا عينيا (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣١) .

على أنه يجوز من جهة ، في القانون الفرنسي ، فصل الرهن الرسمي عن الالتزام المضمون فيحتفظ صاحب العقار المرهون بالحق في منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن ، كما يجوز من جهة أخرى إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل .

أما عن احتفاظ صاحب العقار المرهون بالحق في منح مرتبة الرهن الرسمي لدائن مرتهن غير الدائن المرتهن الأول في القانون الفرنسي ، فيتحقق ذلك بأن يفي صاحب العقار المرهون الدائن المرتهن الأول ويستبقي مرتبة الرهن يعطيها لمن يشاء من الدائنين ، فيصبح لهذا الدائن مرتبة الدائن المرتهن الأول الذي سبق أن استوفى حقه . وعلى الدائن المرتهن الجديد أن يذكر في القيد الذي يجريه مرتبته في الرهن ، أي مرتبة الدائن المرتهن الأول [1] .

وأما عن إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل ، فيتحقق ذلك إذا فتح مصرف اعتماداً لأحد عملائه مضموناً برهن يأخذه المصرف على عقار لهذا المدين . فيوجد الرهن أولا قبل أن يوجد الدين ، ثم يوجد الدين بعد ذلك ، ويجوز قيد الرهن قبل أن يوجد الدين، ويعتبر الرهن موجوداً حتى قبل أن يقبض العمل الاعتماد المضمون بالرهن [2] .

١٢٠ – الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة : والرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة ، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون .

أما بالنسبة إلى العقار المرهون ، فإنه إذا فرض أن هذا العقار انتقل إلى ورثة مالكه وأصبح كل وارث مسئولا عن جزء من الدين ، فإن الجزء من العقار الذي يملكه هذا الوارث يبقى مرهوناً في كل الدين . فإذا أدى الوارث الجزء من الدين الذي هو مسئول عنه، بقي الجزء من العقار الذي دخل في ملكه مسئولا عن باقي الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء من العقار إلا بعد سداد الدين كله . وإذا فرض أن عقارات متعددة مرهونة في الدين ، فإن كل عقار منها يبقى مرهوناً إلى أن يسدد الدين كله ، ولا يكفي وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن [3] .

---

(١) نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ – ١ – ٤٨٦ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٤ ص ٣٨١ .

(٢) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٧ – ١ – ٢١٣ – جيوار فقرة ١٠٣٢ – ١٠٣٣ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٦ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٠٠ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندييز ٢ فقرة ١٦٦٠ – چوسران ٢ فقرة ١٦٣٧ وفقرة ١٨٣٢ – بيدان وڤواران فقرة ٣٠٣ – ولكن الرهن المنشأ ضماناً لحق مستقبل لا ينتج أثراً إلا عند وجود هذا الحق ، فهو إذن يتبع هذا الحق في وجوده (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٦ ص ٣٨٣) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٢٤٠ ص ٣٨٦ .

وأما بالنسبة إلى الدين المضمون ، فدعوى الرهن لا تتجزأ ، ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) إذا انقضي جزء من الدين المضمون ، فإن العقار الضامن للدين يبقى ضامناً لما بقي من الدين ، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضي من الدين المضمون . فإذا كان ما انقضي هو ربع الدين مثلا ، بقي العقار كله ضامناً لثلاثة أرباع الدين الباقية دون وفاء ، ولا يخلص ربع العقار من الرهن . (٢) وإذا مات الدائن المرتهن وورثة ثلاثة أشخاص مثلا ، فإن كل وارث من هؤلاء الثلاثة ، إذا كانت أنصبتهم في الميراث متساوية ، يكون له ثلث الدين المضمون بالرهن ، ولكنه لا يستطيع أن ينفذ بحقه على كل العقار المرهون . (٣) وإذا مات المدين الراهن ، وترك ورثة ثلاثة أنصبتهم متساوية ، ورث كل منهم ثلث الثلث فأصبح مديناً به كما هو الأمر في القانون المدني الفرنسي . ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون ، فإنه يمكن للدائن أن ينفذ على هذا العقار بكل الدين ، ويكون للوارث في هذه الحالة الرجوع على الوارثين الآخرين كل بقدر نصيبه في الدين [1] .

١٢١ — خطة البحث : ونبحث الرهن الرسمي في فصول ثلاثة : (١) إنشاء الرهن الرسمي . (٢) آثار الرهن الرسمي . (٣) انقضاء الرهن الرسمي [2] .

---

(١) ويجوز مع ذلك النزول عن عدم تجزئة الرهن ، فيصبح الرهن متجزئاً على عدد ورثة الدائن أو على عدد ورثة المدين . والذي يترل عن عدم تجزئة الرهن هو الدائن المرتهن ، صراحة أو ضمناً ، فينقسم الرهن على ورثة المدين (بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٤٢) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص أحكام الرهن الرسمي واستحداث ما حقق كثيراً من الإصلاح ، ما يأتي :

" رتب المشروع أحكام الرهن الرسمي ترتيباً لا نجده في التقنين الحالي (السابق) ، واستحدث من النصوص ما حقق كثيراً من الإصلاح وعالج كثيراً من العيوب . (أ) أما الترتيب الذي اتبعه المشروع ، فمنطقه واضح . فقد بسط أحكام الرهن في فصول ثلاثة : تناول الفصل الأول منها إنشاء الرهن ، فعرف العقد وقرر رسميته، وذكر من عناصره الراهن والعقار المرهون والدين المضمون . وتناول الفصل الثاني آثار الرهن ، فقرر أثر الرهن فيما بين العاقدين ، ثم أثره بالنسبة للغير . ويستخلص من مجموع هذه الأحكام أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد . ويمكن تعريف حق الرهن بأنه سلطة يرتبها القانون للدائن المرتهن على العقار المرهون ، يستطيع بها أن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار . فإذا استعمل هذه السلطة في مواجهة الغير كان هذا أيضاً استعمالا لحق الرهن ، إلا أن هذا الاستعمال يتخذ صورة خاصة يسمونها تقدماً إذا كان الغير دائناً آخر ، وتتبعاً إذا كان الغير شخصاً انتقلت إليه ملكية العقار المرهون . وتناول الفصل الثالث الأسباب التي ينقضي بها الرهن الرسمي بصفة تبعية مع الدين المضمون ، أو بصفة أصلية مستقلا عن انقضاء هذا الدين . (ب) أما النصوص التي استحدثها المشروع، فيمكن إجمال أهمها فيما يأتي : أولا — من حيث إنشاء الرهن : (١) ميز المشروع في الرهن الذي يصدر من غير المالك بين رهن ملك الغير ورهن الأموال المستقبلة ، فجعل رهن ملك الغير باطلا بطلانا نسبياً كبيع ملك الغير حتى يتسق التشريع في عقدين من عقود التصرف — البيـــع =

الفصل الأول
إنشاء الرهن الرسمي

١٢٢ – الشكل والموضوع : عقد الرهن الرسمي عقد شكلي ، لا يتم إلا بورقة رسمية على النحو الذي سنحدده . ثم هو بعد ذلك ، من ناحية الموضوع ، عقد يجب فيه رضاء المتعاقدين على إنشاء حق الرهن الرسمي على العقار المخصص لذلك .

فنبحث إنشاء الرهن الرسمي : (١) من ناحية الشكل . (٢) ثم ناحية الموضوع .

= والرهن – لا مبرر للتفرقة بينهما في هذه المسألة ، أما رهن الأموال المستقبلة وهي الأموال التي تؤول إلى الراهن في المستقبل دون أن تتحدد في عقار بالذات فباطل بطلاناً مطلقاً . (٢) ذكر المشروع حكم رهن الأموال الشائعة بتفصيل يتفق مع أهمية هذا الحكم من الناحية العملية . (٣) بين المشروع حكم رهن المباني القائمة على أرض الغير . (٤) وضع المشروع مبدأ عدم تجزئة الرهن في ألفاظ واضحة ، وبين الشقين اللذين يتضمنهما هذا المبدأ ، فكل جزء من العقار ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل العقار . ثانياً – من حيث آثار الرهن : (١) بين المشروع القيود التي ترد على حقوق الراهن في الإيجار وفي قبض الأجرة . (٢) عرض المشروع لشروط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات ، وجعل حكمها البطلان ، التقنين الحالي (السابق) لا يذكر هذا الحكم إلا في رهن الحيازة ويقصره على شرط التملك عند عدم الوفاء . (٣) خص المشروع للكفيل العيني ببعض الأحكام من ذلك تمسك هذا الكفيل بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، وعدم جواز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال دون أن يكون له حق الدفع بالتجريد ، وجواز تخليه عن العقار المرهون ليتفادى توجيه أي إجراء ضده . (٤) وضع قواعد تمنع الدائن المرتهن من التلاعب بمرتبة رهنه والاحتيال في ذلك سعياً وراء محاباة بعض الدائنين على حساب الآخرين ، كما أجاز للدائن المرتهن أن يتنازل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . (٥) أدخل المشروع في إجراءات التطهير تعديلاً جوهرياً من شأنه أن يسقط عن الدائن ، إذا هو لم يقبل القيمة التي عرضها الحائز للعقار ، الالتزام بزيادة العشر . (٦) أتى المشروع بنصوص واضحة في تصفية مركز الحائز للعقار بعد نزع الملكية . ثالثاً – من حيث انقضاء الرهن : (١) ذكر المشروع أسباب انقضاء الرهن مرتبة ، وأورد في هذا الصدد بعض أحكام هامة كانقضاء الرهن بالتطهير حتى لو فسخت ملكية الحائز الذي طهر الرهن وكانقضائه بالبيع الجبري . (٢) أورد المشروع الحكم في تقادم الرهن الرسمي ، فنصت المادة ... على أنه لا ينقضي الرهن الرسمي بالتقادم مستقلا عن الدين ، ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه في خلال خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمكن الدائن من رفع هذه الدعوى، وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية . وقد اضطرب القضاء المصري في هذه المسألة ، فحسم المشروع الخلاف بهذا الحكم " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤ – ص ٦) .

المبحث الأول

إنشاء الرهن الرسمي من ناحية الشكل

١٢٣ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٣١ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية " .

" ٢ – ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك [١] " .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٨١/٥٥٧ [٢] .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١٠٩١ – وفي التقنين المدني الليبـــي م ١٠٣٤ – وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٨٦ – وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢٦ – ١٢٧ و م ١٤١ – ١٤٢ [٣] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يتم الرهن إلا إذا كان بعقد رسمي يبرم بين الدائن والمالك للعقار الضامن لوفاء الدين . ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك " . وفي لجنة المراجعة جعل النص فقرتين ، وأدخل عليه تعديل لفظي ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١١٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٢ ؛ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣١ – وقد اقترح بعض مستشاري محكمة النقض أن يضاف إلى الفقرة الأولى من النص العبارة الآتية : "وصادراً من المالك " . فذكرت لجنة مجلس الشيوخ في تقريرها أنها لا ترى الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن حكم التقنين السابق منتقد في خصوص التفريق بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير . فمنطق القانون لا يبيح مثل هذا التفريق ، وليس في الاعتبارات العملية ما يبرره أيضاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩ – ص ١١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٨١/٥٥٧ " لا يعتبر العقار رهن إلا إذا كان بموجب عقد رسمي محرر في قلم كتاب إحدى المحاكم بين الدائن ومالك العقار المرهون ، تأميناً لوفاء الدين .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٩١ : ١ – يحرر سند التأمين بالشكل المعتاد ، وتسلم صورته الأصلية أو نسخة عنه مع سند الملكية إلى الدائن المؤمن له . ٢ – يعمد الدائن إلى إيداعهما المكتب العقاري ، ويحظر على رئيس المكتب العقاري خطأ إجابة أي طلب تسجيل يضر بحقه في أثناء مدة لا تتجاوز تسعين يوما . ٣ – إن هذا الإيداع ، الذي يعتبر في أثناء المدة المذكورة بمثابة اعتراض ، يجرى قيده في السجل اليومي ، كما يشار إليه بقيد مؤقت في الصحيفة العقارية . وبصورة استثنائية لا يدون هذا القيد في سند الملكية المحفوظ بالمكتب العقاري .

التقنين المدني الليبـــي : م ١٠٣٤ : ١ – لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة أصلية وفقاً لأحكام النظام العقاري . ٢ – ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك .

التقنين المدني العراقي : م ١٢٨٦ : ١ – لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة الطابو ، وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل إقامته في البلد الذي تم فيه التسجيل . ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد =

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " يطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد . فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن . ويكون الراهن عادة هو المدين ، وقد يكون غير المدين فيسمى كفيلا عينياً. والرسمية ركن في العقد لا يقوم بدونها ، ونفقات العقد من كتابة ورسوم وقيد وغير ذلك تكون على الراهن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على شيء آخر . أما حق الرهن فهو سلطة للدائن على العقار المرهون ، يستوفي بمقتضاها الدين من ثمن العقار . فإن استوفاه في مواجهة دائن آخر سمي هذا تقدماً ، وإن استوفاه في مواجهة من انتقلت ملكية العقار المرهون إليه سمي هذا تتبعاً " (١) .

وظاهر أن المذكرة الإيضاحية تشير إلى أن كلمة " الرهن " يفهم منها معنيان مختلفان أحدهما عن الآخر : (١) عقد الرهن الرسمي ذاته ، ولا بد أن يكون في ورقة رسمية ، فهو عقد شكلي يقتضي الرسمية لوجوده . (٢) حق الرهن الرسمي الذي ينشأ عن عقد الرهن الرسمي ، وهو سلطة للدائن على العقار المرهون يستوفي بمقتضاه الدين من ثمن هذا العقار . فإن استوفاه في مواجهة دائن آخر سمي هذا تقدماً (droit de préférence) أما إذا استوفاه في مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون فإن هذا يسمى تتبعاً (droit de suite) .

وسواء كان المراد عقد الرهن الرسمي أو حق الرهن الرسمي ، فإن المعنيين يتسايران معاً في نظام الرهن الرسمي باعتباره عقداً وباعتباره حقاً ينشأ عن هذا العقد، والرهن الرسمي،

= الرهن موقع عليا منهما ، بعد أخذ تقريرهما في مواجهة الشهور . ٢ — ونفقات العقد على الراهن، إلا إذا اتفق على غير ذلك .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ١٢٦ : يكون التأمين جبرياً أو قضائياً . وفي كلا الحالتين لا يكون له مفعول قانوني إلا بعد تسجيله .

م ١٢٧ : يجوز وضع عدة تأمينات على عقار واحد . وسواء أكانت جبرية أو رضائية ، فإن رتبها تعين بحسب تاريخ قيدها في السجل العقاري .

م ١٤١ : يحرر سند التأمين بالشكل العادي ، وتسلم صورته الأصلية أو نسخة عنه مع سند الملكية إلى الدائن المؤمن له . فيعمد الدائن إلى إيداعها المكتب العقاري ، ويحظر على رئيس المكتب العقاري خطا إجابة على أي طلب تسجيل يضر بحقه في أثناء مدة لا يمكن أن تتجاوز تسعين يوماً . وهذا الإيداع الذي يعتبر في أثناء المدة المذكورة بمثابة اعتراض ، يجرى قيده في السجل اليومي ، كما يشار إليه بقيد مؤقت في الصحيفة العينية . وبصورة استثنائية لا يتوجب تدوين هذا القيد في سند الملكية المحفوظ بالمكتب العقاري .

م ١٤٢ : إذا تقدم طلب قيد جديد في أثناء المدة العينية لصحة الاعتراض ، يعمد رئيس المكتب العقاري أولا إلى قيد التأمين المؤجل قيداً قانونياً ، ويعطي هذا التأمين رتبته من تاريخ إيداع المعاملة للاعتراض . وبالعكس يتوجب على الدائن ، عند انقضاء مدة التسعين يوما ، أن يسحب أوراق المعاملة أو أن يطلب التسجيل القانوني لحقه ، وقد انقطعت عنه الضمانة التي كانت له من إيداع المعاملة للاعتراض .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠ .

باعتباره حقاً ، يكون حقاً تابعاً نشأ لتأمين دين . ففي الأصل إذن يوجد دين، ثم ينشئ عقد الرهن الرسمي حقاً عينياً تابعاً لتأمين هذا الدين . والدين قد يكون مصدره عقداً رسمياً أو غير رسمي ، وقد يكون مصدره إرادة منفردة ، أو عملا غير مشروع ، أو إثراء بلا سبب ، وقد يكون مصدره القانون . وأياً كان مصدره ، فهو يقوم مع حق الرهن ذاته أو قبل هذا الحق . ولكنه لا يقوم بعد قيام هذا الحق ، فرهن المال المستقبل يقع باطلا كما سنرى (م ٣٣ء ١/٢ مدني) .

لذلك نبحث فيما يلي : (١) أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمي ولإنشاء هذا العقد لحق رهن رسمي . (٢) المقصود بالرسمية في هذا الصدد . (٣) الجزاء على تخلف الرسمية . (٤) إبرام عقد الرهن الرسمي خارج مصر . (٥) نفقـــات عقد الرهن الرسمي. (٦) التوكيل في الرهن الرسمي . (٧) الوعد بالرهن الرسمي[1].

١٢٤ – أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمي ولإنشاء هذا العقد لحق رهن رسمي

: لا ينعقد عقد الرهن الرسمي إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، طبقاً لأوضاع ورسوم معينة . فإذا وضع في ورقة رسمية فقد انعقد ، وانبنى على ذلك أنه ينشئ حق رهن رسمي له آثار معينة فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير [1] . ورسمية عقد الرهن الرسمي تقررت لمصلحة الراهن ، ولمصلحة الدائن المرتهن ، ولمصلحة الائتمان في ذاته [2] .

أما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الراهن ، فذلك لأن الراهن يحتفظ بملكية العقار المرهون وبحيازته ، وهذا يغريه على أن يعتقد أنه سيتخلص من الرهن . ولكن قد يطول الأمر به دون أن يتخلص من الرهن ، وفي بعض الأحيان يقع فريسة وتنزع منه ملكية العقار المرهون ليستوفي الدائن دينه . لذلك كان من الواجب أن يكون عقد الرهن عقداً رسمياً ، حتى يتمكن الراهن من إدراك خطورة ما يقدم عليه من الأمر ، فلا يقدم إلا بعد احتياط وتدبر [3] .

---

(١) ويلاحظ أن عقد بيع العقر عقد غير شكلي ، فلا يشترط إفراغه في ورقة رسمية . وأما عقد الرهن الرسمي فعقد شكلي كما رأينا ، تجب فيه الرسمية وإلا كان باطلا . وقد يقال إن البيع أخطر من الرهن، ولكن يمكن الرد على ذلك بأن البيع ينقل ملكية العقار إلى المشترى ، أما الرهن فيستبقي الملكية للراهن. فتجب الحيطة في أمر الراهن ، لا سيما أنه لا يستبقي الملكية فحسب ، بل يستبقي أيضاً الحيازة . ولذلك اشترطت الرسمية في عقد الرهن الرسمي ، ولم تشترط في عقد الرهن الحيازي (أنظر ما يلي نفس الفقرة في الهامش – وقارن بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٤ – ص ٤٨٥) .

(٢) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٤٠٦ – بيدان وفواران فقرة ٧٨٩ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٣ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٥ هامش ٣ .

(٣) ويقول الأستاذ سمير تناغو : " وليس صحيحاً أن تعقد المقارنة بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، فيقال أن المشرع لا يشترط الرسمية في الرهن الحيازي مع أنه له نفس خطورة الرهن الرسمي . ذلك أنه في الرهـــن =

وأما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الدائن المرتهن ، فذلك يظهر من أن الدائن المرتهن يجد نفسه في حاجة إلى التثبت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد . فالتجاؤه إلى الرسمية يجعله في أمن من ذلك ، إذ يكون إلى جانبه موظف رسمي يجمع له شتات الأمور ويعينه على تدبر أمره . هذا إلى أن الرسمية من شأنها أن تضع في يد الدائن المرتهن سنداً قابلا للتنفيذ ، فلا يحتاج إلى حكم إذا حل أجل الدين .

وأما أن الرسمية قد تقررت لمصلحة الائتمان في ذاته ، فذلك يظهر من ضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة، ولا يتوافر ذلك إلى درجة كبيرة إلا إذا كان العقد رسمياً [1].

١٢٥ – المقصود بالرسمية في هذا الصدد : والمقصود بالرسمية هنا أن تكون هناك ورقة رسمية يفرغ فيها عقد الرهن الرسمي ، حتى يكون هذا العقد صحيحاً ، والرسمية بهذا المعنى تهدف إلى ضمان التعبير عن الإرادة على وجه صحيح ، في حين أن الشكلية في القوانين القديمة كالقانون الروماني كانت تطغى على الإرادة فلا يعتد بالإرادة إذا وجد الشكل .

وهناك اتجاه غالب في الفقه الفرنسي [2] ، يؤيده جانب كبير من الفقه المصري [3] ، يذهب إلى أن الرسمية لا تشترط إلا في رضاء الراهن ، أما الدائن المرتهن فلا تشترط الرسمية في رضائه ويجوز أن يكون هذا الرضاء ضمنياً . والظاهر من نصوص القانون أن الرسمية ضرورية في كل من رضاء الراهن ورضاء الدائن المرتهن ، فلا يكفي أن يكون رضاء الراهن وحده رسمياً إذا لم يكن رضاء الدائن المرتهن رسمياً أيضاً ، وقد قدمنا [4] أن الرسمية قد تقرر

= الحيازي ينقل الراهن حيازة العقار إلى المرتهن وفي هذا تنبيه كاف إلى خطورة تصرفه ، أما في الرهن الرسمي فيظل الراهن محتفظا بالسيطرة على العقار المرهون بما قد يوحي له أنه لم يفقد شيئاً بالرهن. وليس صحيحاً ما يقال ، في مقارنة الرهن الرسمي بالبيع ، من أن المشرع لم يشترط الرسمية في البيع رغم أنه يعد أشد خطورة من الرهن إذ بمقتضاه تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى ، لأن في انتقال الملكية وحده ما ينبه البائع إلى خطورة تصرفه ، أما الراهن فإنه يحتفظ بالملكية وهو غالباً يعتقد أنه يستوفي الدين في أجله فلا شيء يهدد ملكيته ثم يخيب تقديره بعد ذلك " (سمير تناغو فقرة ٦ ص ٢٢ – ص ٢٣ – وأنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٦ ص ٤٨٥ – ص ٤٨٦ .

(٢) بيدان وقواران ١٤ ص ٢٠٠ – مازو ٣ ص ٢٢٨ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٦٢ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩١ – محمد على إمام فقرة ١٨٠ – سليمان مرقس فقرة ٦٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٢٤ .

لا لمصلحة الراهن وحده ، بل أيضاً لمصلحة الدائن المرتهن ، فوجب القول إن رضاء الدائن المرتهن يجب أيضاً أن يكون رسمياً كرضاء الراهن [1] .

١٢٦ — الجزاء على تخلف الرسمية : وإذا لم يفرغ عقد الرهن الرسمي في ورقة رسمية ، فإنه يكون عقداً باطلا ، لأنه عقد شكلي ولا يقوم صحيحاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية. وعقد الرهن الرسمي الباطل لخلل في الشكل لا يصلح أن يكون وعداً صحيحاً بالرهن ، لأن عقد الوعد بالرهن يجب أن يكون هو أيضاً في ورقة رسمية ، شأنه في ذلك شأن عقد الرهن الرسمي كما سنرى [2] . ولكن إذا كتب وعد بالرهن في ورقة عرفية ، فإن هذا الوعد يكون عقداً ملزماً ، غير أنه لا يكون عقد وعد بالرهن . وإنما يجب على الواعد أن يحرر عقداً رسمياً بوعد بالرهن ، فإن لم يفعل وجب عليه دفع التعويض لأن هذا هو الجزاء على تخلف الرسمية . كذلك يجوز ، تطبيقاً للمادة ٣/٢٧٣ مدني ، أن يعتبر الموعود له أن الواعد لم يقم بوعده ، ولم يقدم ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ، ومن ثم يكون للموعود له وهو الدائن أن يطلب سقوط أجل الدين ، فيصبح الدين حالا تجوز المطالبة به فوراً .

وإذا كان هناك عقد غير رسمي تضمن الاتفاق على أن يعطى شخص لآخر قرضاً وعلى أن المقترض ينشئ رهناً لضمان هذا القرض ، وجب على المقترض أن يقوم بإنشاء الرهن الرسمي . فإن لم يفعل ، لم يجبر على ذلك لأن العقد غير رسمي [3] . ولكن يبطل العقد في شق منه ، وهو الشق الذي يوجب على المقترض أن ينشئ رهناً رسمياً . أما الشق الآخر ، وهو القرض فيبقى صحيحاً لأن القرض ليس بعقد شكلي ، إلا إذا تبين أن القرض ما كان لينشأ بغير الرهن فيبطل القرض أيضاً (م ١٤٣ مدني) .

١٢٧ — إبرام عقد الرهن الرسمي خارج مصر : في التقنين المدني الفرنسي تنص المادة ٢١٢٨ على أن " العقود المبرمة في الخارج (خارج فرنسا) لا تعطي حق رهن رسمي على الأموال الموجودة في فرنسا ، إذا لم يوجد نص مخالف لهذا المبدأ في التشريعات السياسية أو في المعاهدات " . فالأصل إذن في فرنسا أن العقود المبرمة في الخارج لا تعطي حق رهن رسمي على العقارات الموجودة في فرنسا ، ولا بد من إبرام عقد الرهن

---

(١) أنظر في هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٥١ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٤ — سمير تناغو فقرة ٧ — وأنظر منصور مصطفى منصور حيث يعرض الرأيين دون ترجيح فقرة ٢٤ ص ٦٧ — ص ٦٨ .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ١٣٠ .

(٣) ولكنه يبقى عقداً ملزماً ، فيجب على الواعد أ، يقوم بدفع التعويض ، ويجوز للموعود له أن يعتبر أن أجل القرض قد سقط كما قدمنا فيطالب بالدين في الحال .

الرسمي في فرنسا ذاتها حتى ينشئ هذا العقد حق رهن رسمي على العقارات الموجودة في فرنسا . ولا شك في أن المادة ٢١٢٨ مدني فرنسي تعتبر استثناء من القاعدة التي تقضي بأن قانون المحل هو الذي يحكم شكل العقـــد (lous negit actum) ولكنه اســـتثناء غير مفهوم [١] .

أما في التقنين المدني المصري ، فقد كان التقنين المدني السابق يماثل التقنين المدني الفرنسي في أنه لا يجوز إبرام عقد رهن رسمي في الخارج . فنص المادة ٥٧ ، ٦٨١/ على أنه " لا يعتبر رهن العقار إلا إذا كان بموجب عقد رسمي محرر في قلم كتاب إحدى المحاكم (المختلطة) بين الدائن ومالك العقار المرهون ، تأميناً لوفاء الدين " . ويفهم من هذا النص أن رهن العقار الموجود في مصر لا يكون إلا بموجب عقد رسمي ، وهذا العقد يجب أن يحرر في قلم كتاب إحدى المحاكم المصرية (المختلطة) . فالرهن الذي يعقد في الخارج عن عقارات موجودة في مصر لا يعتد به . ويكون باطلا . ولما صدر مرسوم بقانون القنصليات في ١٣ أغسطس سنة ١٩٢٥ (وقد استبدل به القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤) ، تضمن هذا المرسوم بقانون نصاً يجيز لقناصل مصر في الخارج تحرير العقود ويجعل لها قوة العقود الرسمية. لذلك كان واجباً أن يتم الرهن بعقد رسمي في أحد مكاتب التوثيق الرسمية ، أو في إحدى القنصليات المصرية في الخارج . وقد وجه التقنين المدني السابق نفس الانتقاد الذي وجه إلى التقنين المدني الفرنسي ، باعتبار أنه يعوق التعامل بين أشخاص مقيمين في دول مختلفة .

لذلك عدل التقنين المدني الجديد عما كان يتمسك به التقنين المدني السابق ، فنص في المادة ١/١٠٣١ على أنه " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية " . فالورقة الرسمية ركن في انعقاد عقد الرهن ، ولكن المشرع المصري لم يشترط إلا وجود هذه الورقة الرسمية ، ولم يبين من أية جهة تصدر هذه الورقة . وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدني الجديد على " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه (locus regit actum) ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك " . فيجوز إذن أن يخضع عقد الرهن

---

(١) على أن عقد الرهن الرسمي ، إذا كان طرفاه فرنسي الجنسية ، يمكن تحريره في القنصليات الفرنسية خارج فرنسا ، لأن هذه القنصليات لها هذا الحق بموجب القانون (بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٤١٩ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٧ — جوسران ٢ فقرة ١٦٧٩) . ويجوز لكل شخص، ولو كان غير فرنسي الجنسية ، أن يبرم توكيلا رسمياً ، بحسب رسوم البلد الذي أبرم فيه التوكيل ، لشخص في فرنسا يفوض له أن يبرم عقد رهن رسمي على عقار موجود في فرنسا . ويجوز أخيراً ، بموجب معاهدات معينة ، إبرام عقد رهن رسمي خارج فرنسا على عقار موجود في فرنسا ، ومن ذلك المعاهدات المبرمة بين فرنسا وإيطاليا وفرنسا وسويسرا (أنظر پلانيول وريپير وبيكيه ٢ فقرة ٤٥٦ ص ٤٥٩) .

الرسمي من حيث شكله ، لقانون البلد الذي تم فيه [1] . فإذا عقد رهن رسمي في بلد أجنبي يرتب حق رهن رسمي على عقار موجود في مصر ، جاز أن يتولى العقد في هذا البلد الأجنبي موثق أجنبي يتولى إخضاع العقد من حيث الشكل للقاعدة التي تقضي بأن الشكل يخضع لقانون المحل (locus regit actum) ، كما يجوز أن يوثق الورقة الرسمية التي يفرغ فيها عقد الرهن الرسمي قنصل من قناصل الجمهورية في الخارج [2] .

١٢٨ – نفقات عقد الرهن الرسمي : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣١ مدني : " ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك " [3] . ويتبين من هذا النص أن الأصل أن تكون نفقات العقد على الراهن ، فهو الطرف الملزم في هذا العقد فيتحمل ، عند ترتيب حق الرهن الرسمي على عقاره وما يترتب على هذا الحق من الآثار ، جميع نفقات العقد .

ومن نفقات العقد نفقات كتابية ، وكذلك رسوم الورقة الرسمية التي لا بد منها لانعقاد الرهن أي رسوم التوثيق ، والنفقات اللازمة لاستخراج الشهادات العقارية ، وأتعاب المحامي ، وغير ذلك من النفقات التي يستلزمها العقد . وسنرى فيما يلي أن الراهن هو الذي يتحمل أيضاً نفقات قيد الرهن ، وتجديد هذا القيد ، ومحوه (م ١٠٥٥ مدني) .

ومع ذلك يجوز الاتفاق على غير ما تقدم ، فيتفق الدائن المرتهن مع مالك العقار المرهون على أن تكون نفقات العقد مناصفة بينهما أو بنسبة معينة ، أو أن يتحمل الدائن المرتهن وحده جميع نفقات العقد .

وإذا كان مالك العقار المرهون هو غير المدين أي كفيل عيني ، وهذا نادر ، فإن نفقات العقد تكون على هذا الكفيل العيني لأنه مالك العقار المرهون ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ولكن ذلك كله إنما يكون في العلاقة فيما بين مالك العقار المرهون والدائن المرتهن ،

---

(١) في هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ٦٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٥ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ ص ٩٤ – سمير تناغو فقرة ١٠ – وأنظر عكس ذلك محمد كامل مرسي فقرة ٦٥ – شفيق شحاته فقرة ٥٤ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩٣ – محمد علي إمام فقرة ١٨١ .

(٢) وإذا عقد الرهن الرسمي في بلد أجنبي طبقاً لقانون الشكل في هذا البلد ، فإن العقد يترتب عليه نشوء حق الرهن الرسمي على العقار الموجود في مصر . ولكن لا تثبت للعقد القوة التنفيذية في مصر من تلقاء نفسه ، فيتعين على الدائن أن يحل على أمر تنفيذه ، ما لم يكن دينه ثابتاً قبل الرهن المعقود في الخارج بحكم واجب التنفيذ أو بعقد رسمي محرر من جهة اختصاص مصرية (سليمان مرقس فقرة ٦٤ ص ١١٢) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٣ .

ولا يمنع من رجوع مالك العقار المرهون بمصروفات العقد التي دفعها على المدين لأنه هو الذي استفاد من العقد فيلتزم بنفقته [1] .

١٢٩ – التوكيل في الرهن الرسمي : تنص المادة ٧٠٠ مدني على أنه " يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " . فالتوكيل في عقد الرهن الرسمي إذن يجب أن يكون شكلياً كعقد الرهن الرسمي نفسه ، أي أن يكون في ورقة رسمية . ذلك أن الأصل إنما يعبر عن إرادته في عقد الوكالة نفسه ، فيجب أن يكون هذا التعبير في الشكل الذي قرره القانون لعقد الرهن الرسمي [2] .

ولما كان الاتجاه المتغلب في فرنسا ، يؤيده جانب كبير من الفقه المصري [3] ، يذهب إلى أن الرسمية في الرهن الرسمي لا تكون إلا من جانب الراهن وحده ، أما الدائن المرتهن فيصح أن يكون رضاؤه عرفياً بل ضمنياً ، فإن هذا الاتجاه نراه أيضاً في التوكيل بالرهن الرسمي . لذلك يرجع الاتجاه إلى أن التوكيل بالرهن الرسمي إنما تجب فيه الرسمية إذا كان الموكل هو مالك العقار المرهون ، أما إذا كان الموكل هو الدائن المرتهن فلا تشترط الرسمية في التوكيل . ولكن هنا رأياً نؤيده يقضي بأن الرسمية ضرورية في عقد الرهن الرسمي سواء من جانب الراهن أو من جانب الدائن المرتهن ، ولذلك يجب أن يكون التوكيل بالرهن الرسمي رسمياً حتى لو كان الموكل هو الدائن المرتهن [4] .

ولما كان الرهن الرسمي من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، لذلك لا تكفي الوكالة العامة فيه ، ويجب أن تكون الوكالة خاصة [1] . وقد نصت المادة ١/٧٠٢ و ٢

---

(١) وقد يتضح من الظروف أن مالك العقار المرهون إنما أراد أن يدفع نفقات العقد ، دون أن يرجع بها على المدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩) .

(٢) بيدان وقواران ١٤ فقرة ٧٩٩ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٥٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٥ .

(٤) سمير تناغو فقرة ٨ ص ٢٧ .

(1) الراهن في الرهن الرسمي قد يكون هو المدين نفسه أو كفيلا عينياً آخر يتكفل بضمان الوفاء بدين على الغير وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه وقام به غيره نيابة عنه ، وجب أن يكون صادراً منه له وكالة خاصة صدور توكيل من الطاعن للمطعون ضده الأول يخوله التوقيع نيابة عنه على العقود في بيع وشراء ورهن الأراضي وإدارة شركة التضامن القائمة بينهما ، مؤداه ، إبرام الوكيل عقد القرض المضمون بالرهن العقاري مع البنك المطعون ضده الثاني باسم الشركة ورهن قطعة أرض مملوكة للطاعن ضماناً لهذا القرض . أثره . صيرورة الطاعن مسئولا في أمواله الخاصة عن ذلك القرض بالتضامن مع باقي الشركاء وانصراف الرهن إليه ، اعتباره كفيلا متضامناً وراهناً .
(جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨ الطعنان رقما ٣٤٨ ، ٣٩٥ لسنة ٦١ ق) .

مدني على أنه " ١ — لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضـــاء . ٢ — والوكالة الخاصة في نوع معين من نوع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين كل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات " . ولما كان الرهن الرسمي ليس من أعمال التبرعات بل هو من أعمال التصرف ، لذلك ليس من الضروري في التوكيل به أن يعين العقار الذي يكون محلا للرهن ، بل يكفي التوكيل في الرهن . وعند ذلك يجوز للوكيل أن يرهن أي عقار مملوك للموكل رهنا رسمياً ، ويدخل ذلك في دائرة توكيله . وهذا كله على فرض أن الموكل هو نفس المدين ، أما إذا كان الموكل ليس المدين بل هو كفيل عيني ، فالغالب أن يكون متبرعاً ، ومن ثم إذا ثبت عنده نية التبرع فإنه يجب عليه أن يحدد في توكيله بالرهن العقار بالذات الذي يخول الوكيل أن يرهنه .

١٣٠ — الوُعد بالرهن الرسمي : نصت المادة ٢/١٠١ مدني على أنه " إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتض من الوعد بإبرام هذا العقد " . ويخلص من هذا النص أنه لما كان عقد الرهن الرسمي لا بد من كتابته في ورقة رسمية ، فكذلك الوعد بالرهن الرسمي تجب أيضاً كتابته في ورقة رسمية وإلا كان باطلا . يوجه هذا النظر أن إغفال الشكل في الوعد يعين على الإفلات من هذا القيد ، " مادام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفي لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغبان في الإفلات من القيود الخا ة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإبرام هذا العقد لا يستوفي فيه الشكل المطلوب ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها " [1] .

فالوعد بإنشاء رهن رسمي لا ينعقد إذن إلا إذا أفرغ هو نفسه في الشكل الرسمي، شأنه في ذلك كشأن عقد الرهن ذاته . فإذا تم الوعد في الشكل الرسمي ، وتوافرت فيه جميع الشروط الواجب توافرها من تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها (م ١٠١ مدني) ، نشأ في ذمة الواعد التزام بإتمام عقد الرهن الرسمي . فإذا لم يفعل ، أمكن الموعود له الحصول على حكم ، ويقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد (م ١٠٢ مدني) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٤ .

أما إذا لم يستوف الشكل في الوعد بإنشاء رهن رسمي ، وتم هذا الوعد في ورقة عرفية مثلا ، فإنه يكون باطلا كما قدمنا . ولكنه يكون باطلا كوعد بإنشاء رهن رسمي، دون أن يكون باطلا كاتفاق ملزم يمكن بموجبه الحكم بتعويض على الواعد . وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد إلى أن " الوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يترتب التزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن ، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به " [1] ، وقد سبق أن قدمنا في الجزء الأول من الوسيط أنه " يجوز أن يؤدي الوعد بالرهن الرسمي غير المفرغ في ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عيناً ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد . ويجوز أن يُؤخذ به حق اختصاص يؤدي عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمي ، كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد ضمانه بالرهن وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض " [2] .

وهذا الرأي قريب من الرأي المعمول به في فرنسا ، فالمقرر هناك أن القضاء الفرنسي لا يعتبر الوعد بالرهن الرسمي عديم الأثر إذا لم يقم به موثق العقود (notaire). فالموعود له يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ، والمحكمة لا تصدر حكماً بصحة الوعد ، ولكنها تحكم على الواعد بالتعويض وتزود هذا الحكم برهن قضائي [3] .

وهناك رأي مرجوح في مصر يذهب إلى أن الوعد بإنشاء رهن رسمي يكون باطلا إذا لم يفرغ في ورقة رسمية ، ولا يترتب عليه أي أثر . ومن ثم لا يحكم على الواعد بأي تعويض، ولا يجوز أن يؤخذ عليه حق اختصاص من أجل تعويض لم يحكم به . وإذا جاز للدائن المرتهن أن يسعى للحصول على حق اختصاص ، فإنما يكون ذلك بناء على حكم بالدين الذي أريد ضامنه بالرهن [4] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٣٥ — وأنظر محمد كامل مرسي فقرة ٦٤ وفقرة ٦٧ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٩٦ — أنور سلطان في مصادر الالتزام ص ١١٩ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٥ — سليمان مرقس فقرة ٦٩ — سمير تناغو فقرة ٩ ص ٢٩ .

(٣) أوبر ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٨٤ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٥ — مازو ٣ ص ٢٣١ .

(٤) شفيق شحاته فقرة ٥٩ ص ٦٠ — جمال الدين زكي ص ٢٥٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ ص ٧٣ .

المبحث الثاني

إنشاء الرهن الرسمي من ناحية الموضوع

١٣١ – تطبيق القواعد العامة : عقد الرهن الرسمي كسائر العقود يجب في إنشائه ، من ناحية الموضوع ، توافر الرضاء والمحل والسبب .

أما الرضاء فيصدر من المتعاقدين ، وهما الراهن والدائن المرتهن . ومتى صدرت منهما إرادتان متطابقتان ، فقد انعقد الرهن الرسمي . ويرجع في ذلك إلى القواعد العامة في نظرية العقد ، كما يرجع إلى هذه القواعد في خلو الإراديتين من عيوب الرضاء . ويشترط أن يكون كل من الدائن المرتهن والراهن أهلا لمباشرة عقد الرهن الرسمي . ولم يعرض المشرع لأهلية الدائن المرتهن ، فوجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضي بأن الرهن الرسمي بالنسبة إلى الدائن المرتهن من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فيعتبر الرهن صحيحاً غير قابل للإبطال إذا كان الدائن المرتهن صبياً مميزاً أو كان في حكمه كالمحجور عليه للسفه أو للغفلة [١] . أما بالنسبة إلى الراهن ، فقد قضت المادة ٢/١٠٣٢ مدني بأنه يجب أن يكون أهلا للتصرف في العقار المرهون ، إذ الرهن الرسمي يعتبر من أعمال التصرف بالنسبة إلى الراهن وهو تصرف جزئي في العقار [٢] . وعلى ذلك لا يصح الرهن الرسمي الصادر من الصبي المميز ، حتى لو

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٧ ص ٢٩٥ – محمد علي إمام فقرة ١٤٣ ص ٢٣٤ – جمال الدين زكي ص ١٦٧ – سليمان مرقس فقرة ٢٣ ص ٣٢ – أحمد سلامة فقرة ٢٣ ص ٧٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ ص ٢٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٠ .

وهناك رأي يذهب إلى أن الرهن الرسمي كالرهن الحيازي يعتبر بالنسبة إلى الدائن المرتهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، على أساس أن الارتهان استيفاء للدين من وجه ولا يستوفي الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة . فيجب أن يكون الدائن المرتهن أهلا أهلية كاملة ، ويكون العقد قابلا للإبطال إذا كان صبياً مميزاً أو كان في حكمه (شفيق شحاته فقرة ٧٨ ص ٧٥ – ويقول أن الرهن الرسمي كالرهن الحيازي مؤداه استيفاء الدائن لدينه من المدين ولا يؤثر انتقال الحيازة أو عدم انتقالها في هذا المعنى : ص ٧٥ هامش ٣) . ويقال في نقد هذا الرأي إن الشريعة الإسلامية لا تعرف الرهن الرسمي، فلا يصدق اعتبار الارتهان استيفاء للدين بما يترتب عليه من اعتباره تصرفا دائراً بين النفع والضرر إلا على الرهن الحيازي وما يستتبعه من انتقال الحيازة إلى الدائن . أما الرهن الرسمي فليس استيفاء ، وإنما هو استيثاق فحسب(عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٢ – سليمان مرقس فقرة ٢٣ ص ٣٢ هامش ٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ هامش ١) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٠١ ص ٤٣٥ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٢ – سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ .

بلغ الثامنة عشرة وأذن له في إدارة أمواله بما في ذلك العقار [1] . وعقد الرهن الرسمي يعتبر من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر إذا كان صادراً من المدين الراهن ، لأنه يرهن عقاره وفاء لالتزام عليه . وعلى ذلك يعتبر الرهن الصادر من الصبي المميز أو من في حكمه، إذا كان هو المدين ، قابلا للإبطال . أما إذا كان الرهن الرسمي صادراً من كفيل عيني ، فهو بحسب الأصل متبرع، فيكون رهن الصبي المميز ومن حكمه باطلا . وذلك ما لم يتبين أن الصبي المميز ومن في حكمه قدم الرهن بمقابل إما للمدين أو للدائن المرتهن ، فيكون الرهن في هذه الحالة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، ويكون قابلا للإبطال وليس بباطل [2] .

ومحل عقد الرهن الرسمي هو إنشاء حق عيني على عقار مملوك للراهن ، لضمان الوفاء بالتزام يترتب في ذمة الراهن نفسه أو في ذمة غيره . فدراسة محل الرهن الرسمي سيأتي الكلام فيها مفصلا فيما يلي ، عند الكلام في تخصيص الرهن .

بقي السبب في عقد الرهن الرسمي . ويبدو أن السبب في هذا العقد هو ضمان الدين، ولهذا قد رضي صاحب العقار المرهون ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، بإقامة رهن رسمي على عقاره . فيجب إذن أن يكون هناك دين مضمون قد نشأ صحيحاً ، ثم يقي قائماً إلى حين انعقاد الرهن [3] . ولا يشترط في الدين المضمون أن يكون منجزاً ، فيجوز أن يكون معلقاً على شرط أو مستقبلا أو احتمالياً . وعلى ذلك يجوز تقرير الرهن ضماناً لقرض لم يتم تنفيذه . أو لاعتماد مفتوح ، أو لحساب جار ، ويجب على كل حال

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٢٧ ص ٤٥ وفقرة ٢٩٣ ص ٣٨١ — محمد علي إمام ص ٢٣٥ — أحمد سلامة فقرة ٢١ ص ٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ — ص ٢٢ — وهناك رأي يذهب إلى أن الصبي المميز المأذون له بالإدارة له أن يرهن عقاره رهناً رسمياً ضماناً للوفاء بالتزاماته الناتجة عن إدارة أمواله (شفيق شحاته فقرة ٧٧ ص ٧٤ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٣). ولكن المقصود في هذا القول هو مباشرة التصرفات الملحقة بأعمال الإدارة ، كشراء الأسمدة وبيع المحصول أو رهنه (منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ ص ٢٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢ — ص ٢٣ .

(٣) ويعتبر الرهن تابعاً للدين المضمون ، فيسير معه (جيوار ٢ فقرة ٦٣٣ — لوران ٣٠ فقرة ١٧٣ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٢ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٦٦٠ — بيدان وڤواران فقرة ٣٠٣) . وعلى ذلك يفترض الرهن الرسمي قيام التزام صحيح وجد الرهن لضمان الوفاء به ، فإذا كان هذا الالتزام باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض كان الرهن مثله (نقض فرنسي ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ — ١ — ١٠٧) . وينتقل الرهن مع الالتزام المضمون إلى الخلف العام أو الخلف الخاص — بودري ودي لوان ٣ فقرة ١٩٣٣) . وكذلك ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام المضمون (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠) .

أن يكون الدين المضمون بالرهن معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره وتاريخه ومحله ومقداره، فلا يجوز الرهن ضماناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة الراهن من ديون للمرتهن [1] . ويجب على الأقل أن يعين الحد الأقصى للدين في الاعتماد المفتوح وفي الحساب الجاري ، وإذا عين ميعاد يقفل فيه الاعتماد المفتوح أو الحساب الجاري لم يضمن الرهن إلا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد ولو لم تصل إلى الحد الأقصى المتفق عليه ، وتكون مرتبة هذا الرهن من يوم قيده لا من يوم تحقيق الدين (م ١٠٤٠ مدني) [2] .

١٣٢ – خطة البحث : ولا نقف فيما تقدم إلا على المسائل التي هي في صميم عقد الرهن الرسمي ، تاركين ماعدا ذلك من البحوث التي يشترك فيها الرهن مع سائر العقود . فنبحث أمرين : (١) الراهن وملكيته للعقار المرهون ، وأهليته للتصرف فيه . (٢) تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ، ومن حيث الدين المضمون .

المطلب الأول

الراهن وملكيته للعقار المرهون وأهليته للتصرف فيه

١٣٣ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٢ مدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ، كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين " .

" ٢ – وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، وأهلا للتصرف فيه " [3] .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٨٢/٥٥٨ [4] .

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يوليو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٢ – سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٢٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٣ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢ – ص ١٣) .

(٤) التقنين المدني السابق : م ٦٨٢/٥٥٨ : لا يصح رهن العقار ممن لم يكن أهلا للتصرف . (وفي التقنين المدني السابق رهن عقار ملك الغير كرهن العقار المستقبل ، كلاهما باطل . أما في التقنين المدني الجديد، فإن الرهن الأول قابل للإبطال ، والرهن الثاني باطل) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ١٠٧٩ — وفي التقنين المدني الليبـــي م ١٠٣٥ — وفي التقنين المدني العراقي م ١٢٨٧ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢٨ [١] .

والأصل يكون الراهن هو نفس المدين . يرتب رهناً رسمياً على عقار مملوك له تأميناً للوفاء بدين في ذمته . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكون المدين والراهن شخصين مختلفين، فيترتب الدين في ذمة المدين ، ويرتب شخص آخر على عقار مملوك له رهناً رسمياً تأميناً للدين . وفي هذه الحالة ، كما سبق القول ، يسمى الراهن كفيلا عينياً ، لأنه يكفل الدين ولكن في حدود العقار الذي رتب عليه الرهن الرسمي .

وسواء كان الراهن هو المدين نفسه كما هو الغالب أو كان كفيلا عينياً ، فالأمر بالنسبة إليه لا يتغير إلا في قليل من المسائل سيأتي ذكرها . ويجب أن يكون الراهن في الحالتين مالكاً للعقار المرهون ، وأهلا للتصرف فيه .

§ ١ — ملكية الراهن للعقار المرهون

١٣٤ — وجوب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون : يجب أن يكون الراهن كما قدمنا مالكاً للعقار المرهون ، لأنه برهنه لهذا العقار يتصرف فيه ولو تصرفاً جزئياً ، ويجب أن يكون من يتصرف في عقار مالكاً له ، إلا إذا كان مفوضـــاً في رهنه .

ومتى كان الراهن هو المالك للعقار المرهون ، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه [٢] إذا كان كامل الأهلية كما سيأتي . فإذا لم يكن كامل الأهلية ، جاز لوليه أو لوصية أو للقيم أن يرهنه بالشروط التي رسمها القانون لذلك وسيأتي ذكرها .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٧٩ : يشترط فيمن يعقد التأمين الرضائي أن يكون حائزاً على أهلية التصرف بالعقار ، أو بالحق المعقود عليه التأمين .

التقنين المدني الليبـــي : م ١٠٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي : م ١٢٨٧ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ١٢٨ : لا يعقد بالتأمين الرضائي إلا من كان له الأهلية بأن يتصرف بالعقار أو بالحق الذي يخضعه للتأمين .

(٢) يعتبر الراهن مالكاً للعقار المرهون إذا كان وقت رهنه يملكه تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف ، فيكون رهنه في هذه الحالة صحيحاً ولكن مصير الرهن يتوقف على نتيجة الشرط . فإن كان الشـــرط فاسـخاً =

ويجوز لكامل الأهلية أن يوكل عنه من يرهن عقاره ، وقد سبق الكلام في التوكيل في الرهن الرسمي وبينا أن التوكيل يجب أن يكون في عقـــد رسمي وإلا كان باطلا [1] .

وقد يكون الراهن غير مالك العقار المرهون الموجود حالا ، فإذا رهنه كان الرهن قابلا للإبطال . أما إذا كان العقار مالا مستقبلا ، فالراهن لا يستطيع أن يرهنه ويكون رهنه في هذه الحالة باطلا . وإذا كان المالك الظاهر للعقار هو الذي يتصرف فيه بالرهن الرسمي ، كان رهنه صحيحاً . ورهن المشترى للعقار قبل التسجيل يكون قابلا للإبطال، فإذا ما سجل انقلب الرهن صحيحاً . ويجوز للوارث أن يرهن العقار الموروث ، بشروط معينة . وإذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ورهنه بحسن نية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن ، كان الرهن صحيحاً حتى لو تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكية الراهن أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التي يترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل .

فيجب إذن أ نبحث في المسائل الآتية : (١) رهن ملك الغير . (٢) رهن الملك المستقبل . (٣) رهن المالك الظاهر . (٤) رهن المشترى للعقار قبل أن يسجل عقد شرائه . (٥) رهن الوارث قبل سداد ديون التركة . (٦) رهن من تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . (٧) رهن الملك الشائع .

١٣٥ – رهن ملك الغير – نص قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على ما يأتي :

= وتحقق ، فإن الراهن يزول ملكه بأثر رجعي ويعتبر غير مالك للعقار من أول الأمر فيعتبر رهنه كأن لم يكن . وإذا = = لم يتحقق الشرط الفاسخ ، فإن الراهن يصير مالكا على وجه بات ، وكذلك يكون رهنه باتاً ، وإذا لم يتحقق الشرط الواقف ، فإن الراهن يعتبر غير مالك للعقار المرهون من أول الأمر ، ويعتبر رهنه كأن لم يكن – بعدم تحقق الشرط الواقف .

ولما كان عقد بيع الوفاء جائزاً ، فقد كان البائع للعقار مالكا تحت شرط واقف ، وكان المشترى مالكاً تحت شرط فاسخ . وكان لكل منهما أن يرهن العقار رهناً رسمياً ، ويكون حكم الرهن هو ما قدمناه .

أنظر في ذلك بيدان وقواران فقرة ٣٧٩ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٧٠ – دي هلتس في الرهن الرسمي فقرة ٣٣ – جرانمولان فقرة ٣١١ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٧ – سليمان مرقس فقرة ٤٤ – استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٥ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٩ .

" إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن " [1] .

ورهن ملك الغير هو غير رهن المال المستقبل . إذ أن رهن ملك الغير هو رهن لعقار لا يملكه الراهن ، وإنما يرهنه عادة لاعتقاده أن المالك شهر الرهن بورقة رسمية ، أو أنه سيسعى حتى يصبح العقار مملوكاً وعند ذلك يستقر رهنه من ذلك الوقت . أما رهن المال المستقبل فهو رهن لا يملكه الراهن أيضاً ، ولكن يرهنه مع ذلك لاعتقاده أنه سيملكه بطريق ما كطريق الميراث أو طريق الوصية . وهو لا يرهن عقاراً معيناً بالذات كما يفعل في رهن ملك الغير ، وإنما يرهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فيكون الرهن باطلا لا قابلا للإبطال لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " الراهن ، سواء أكان المدين أم كان كفيلا عينياً ، يجب أن يكون مالكاً للعقار المرهون ، وأن تتوافر فيه أهلية التصرف، لأن الرهن من عقود التصرفات. فإن كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً نسبياً ، وقد انحرف المشروع في هذا الحكم عن التقنين الحالي (السابق) (م ٦٨٧/٥٦٣) الذي يجعل رهن الأموال المستقبلة باطلا بطلاناً مطلقاً دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدي لم يكن يتضمن عبارة " بورقة رسمية " . ورأت لجنة المراجعة جعل المادة فقرتين تبدأ الثانية منهما بعبارة " وإذا لم يصدر " ، مع حذف كلمة " أما " السابقة لهذه العبارة ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١١٢٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، بعد إدماج الفقرتين في فقرة واحدة للارتباط الوثيق بينهما ، تحت رقم ١١١٤ . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة " بورقة رسمية " لأن الرهن لا يتم إلا باستيفاء الرسمية ، فمن الواجب أن ينسحب هذا الحكم على إقرار المالك للرهن فيما لو كان الرهن قد صدر من شخص آخر . وكان بعض مستشاري محكمة النقض قد اقترح حذف النص ، حتى يكون بطلان الرهن الرسمي الصادر من غير المالك بطلاناً مطلقاً . ولكن الحكومة أجابت بأن التقنين السابق يجعل بيع ملك الغير باطلا بطلاناً نسبياً ورهن ملك الغير باطلا بطلاناً مطلقاً والواجب توحيد الحكم ، وقد اقتبس نص مشروع التقنين الإيطالي الذي يجعل رهن ملك الغير باطلا بطلاناً نسبياً . فرأت اللجنة رفض اقتراح مستشاري محكمة النقض ، لأن إلغاء النص يوجد الشذوذ الذي كان قائماً في التقنين السابق ، ويجعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال في حين أنه يجعل رهن ملك الغير باطلا بطلاناً مطلقاً . فأزال المشروع هذا الشذوذ بجعل الحكم واحداً في الحالتين ، وفي هذا تيسير للمعاملات إذ يحصل في العمل أن شخصاً يرهن ملك غيره ثم يقر المالك هذا العمل . وأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٠٣٣ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣ — ص ١٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

وقد أراد المشروع بجعل الرهن في العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلاناً نسبياً أن يوحد في الحكم ما بين بيع ملك الغـــير (م ٦٣٢ من المشروع) ورهن ملك الغير رهناً رسمياً (م ١٤٤٠ من المشروع) ورهن ملك الغير حيازة (م ٢/١٥٣١ من المشروع) ، لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع . وفي هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن) ، كما يجيزه إقرار المالك الحقيقي أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن . فإذا كان العقار المرهون مستقبلا معيناً بالذات وغير مملوك للراهن ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً نسبياً . أما إذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات ، واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً ، لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن ، ولم ير المشروع إدخال أي استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد في التقنين الفرنسي (أنـــظر م ٢١٣ — ٢١٣١ من هـــذا التقنين) "[1] .

ونتكلم هنا في رهن ملك الغير رهناً رسمياً ، لا في رهن المال المستقبل . ويلاحظ أن التقنين المدني الفرنسي لم يرد فيه نص في هذا الموضوع ، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يذهبان إلى أن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً . ولم يكن هناك نص صريح في هذا المعنى في التقنين المدني المصري السابق ، فكان الفقه والقضاء في مصر يتبعان الفقه والقضاء في فرنسا ويذهبان إلى أن الرهن الرسمي في هذه الحالة يكون باطلا بطلاناً مطلقاً. ولكن التقنين المصري الجديد ميز ما بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ، فجعل الأول قابلا للإبطال والثاني باطلا . فنستعرض هذه التقنينات الثلاثة ، وبوجه خاص التقنين المصري الجديد .

١٣٦ — رهن ملك الغير في التقنين المدني الفرنسي : يجب ، حتى يكون الرهن الرسمي صحيحاً في التقنين المدني الفرنسي أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، أو صاحباً للحق العقاري الذي يرهنه . وقد نصت المادة ١/٢١٢٩ من هذا التقنين على أنه لا يوجد رهن رسمي اتفاقي صحيح إلا ما ينشئه المدين على عقاراته ، ثم تضيف المادة ٢/٢١٢٩ أن الأموال المستقبلة لا يجوز رهنها رهناً رسمياً ، وهذا النص الأخير يمنع رهن الأموال المستقبلة رهناً رسمياً سواء كان العقـــار غير معـــين أو كان معيناً[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤ — ص ١٥ .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٩٣٧ — فقرة ٩٣٨ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٢٦٤ وهامش ٤ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٤ — فقرة ١٣٠٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٧٤ — كولا وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٧٤٦ — چوسران ٢ فقرة ١٦٨٠ — بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٩ .

ويذهب القضاء والفقه في فرنسا إلى أن بطلان رهن ملك الغير رهناً رسمياً هو بطلان مطلق لا بطلان نسبي ، ويبقى البطلان مطلقاً حتى لو كسب الراهن غير المالك ملكية العقار فيما بعد ، وفي هذه الحالة لا يستطيع الراهن أن يرهن العقار إلا بعد أن يتملكه ومن وقت أن يتملكه [1] .

ولما كان بطلان الرهن الرسمي الصادر من غير مالك العقار المرهون بطلاناً مطلقاً، جاز أن يتمسك به مالك العقار المرهون نفسه وخلفه [2] . كما يجوز أن يتمسك به كل شخص له مصلحة في ذلك ، فيتمسك به الدائنون الشخصيون للراهن [3] ، وكذلك الغير الذي باع له الراهن أو وهب أو رهن العقار الموهوب بعد أن أصبح هذا العقار ملكاً له [4] .

ويميز الفقه والقضاء في فرنسا بين رهن ملك الغير رهناً رسمياً وهو باطل وبين بيع ملك الغير وهو قابل للإبطال (م ١٥٩٩ مدني فرنسي) ، فلا يجوز أن يتمسك بقابلية بيع ملك الغير للإبطال إلا المشترى ، ونزول هذه القابلية للإبطال إذا أقر المالك البيع أو أصبح البائع مالكا للعقار المبيع [5] .

١٣٧ – رهن ملك الغير في التقنين المدني المصري السابق : سار الفقه والقضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، في الطريق الذي سار فيه الفقه والقضاء في فرنسا فيما يتعلق ببطلان رهن ملك الغير رهناً رسمياً . فكانا يقضيان بأن هذا الرهن الرسمي يكون باطلا ، وكانا يستندان في ذلك إلى نصين في التقنين المدني السابق لا يعرضان بالذات إلى رهن ملك الغير ، فكانت المادة ٦٨١/٥٥٧ تنص على أنه " لا يعتبر رهن العقار إلا بموجب عقد رسمي ... بين الدائن ومالك العقار تأميناً لوفاء الدين " . وكانت المادة ٦٨٧/٥٦٣ تنص على أن " رهن العقارات التي تؤول إلى الراهن في المستقبل باطل " .

---

(١) نقض فرنسي ٢٤ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ – ١ – ٣٢٧ – ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٤٣٣ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٤ وهامش ٣ مكرر – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٦ وفقرة ١٣٠٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٧٥ – كولا وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٧٤٦ – چوسران ٢ فقرة ١٦٨٦ – بيدان وڤواران فقرة ٧٨١ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٤ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ هامش ٧ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١١ .

(٣) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١٢ .

(٤) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ وهامش ٨ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٧٤ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٧٤٦ – چوسران ٢ فقرة ١٦٨٦ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٦ .

(٥) نقض فرنسي ٢٦ يوليو سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٢٦ – ٤٣٤ – ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعي ١٩٣٤ – ٩٧ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٦ .

فالنص الأول يقضي بأن من يرتب الرهن على عقار يجب أن يكون مالكاً لهذا العقار ، ويقضي النص الثاني ببطلان الرهن الذي يصدر من شخص لا يملك العقار المرهون ولو اعتقد الراهن أن هذا العقار ستؤول ملكيته إليه في المستقبل . فكان الفقه والقضاء يجعلان الرهن الرسمي الصادر من غير مالك العقار المرهون باطلا بطلاناً مطلقاً ، لا فرق في ذلك بين عقار معين بالذات مملوك للغير وعقار معين بالذات سيؤول إلى الراهن في المستقبل [١] . والذي حمل الفقه والقضاء في مصر على هذا النهج تقليدهما للفقه والقضاء في فرنسا ، كما سبق القول .

وقد أغفلت محكمة الاستئناف المختلطة . أنه لا يوجد فرق بين رهن ملك الغير رهناً رسمياً وبيع ملك الغير ، إذ كانت تقضي بأن بيع ملك الغير [٢] قابل للإبطال لا باطل . وإذا كانت قد قضت في أول عهدها بأن رهن ملك الغير رهناً رسمياً يجب اعتباره قابلا للإبطال لا باطلا ، قياساً على بيع ملك الغير [٣] ، إلا أنها هجرت هذا الحكم وجنحت إلى اعتبار رهن ملك الغير رهناً رسمياً باطلا بطلاناً مطلقاً على النحو الذي رأيناه [٤] .

١٣٨ – بطلان بيع ملك الغير في التقنين المدني المصري الجديد :

رأينا فيما تقدم [٥] أن التقنين المدني المصري الجديد أراد أن يسوي بين حكم بيع ملك الغير ورهن ملك الغير ، فجعل كلا منهما قابلا للإبطال لا باطلاً . وقد أورد من النصوص ما هو صريح في هذا المعنى .

---

(١) دي هلتس في الرهن الرسمي فقرة ٣٠ – جرانمولان فقرة ٣٠٩ – استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ – ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥ – ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩.
بل ذهبت محكمة الاستئناف المختلط في حكم لها إلى أن رهن ملك للغير رهناً رسمياً غير موجود (inexistent) ، لأن النص الفرنسي للمادة ٦٨١ من التقنين المدني المختلط يقول : "Le droit d'hypothéque n'existe que quand il a été stipule .. contre le créancier et le propiétaire" (استئناف مختلط أول يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٤١) .

(٢) وإلى هذه الحجة يضيف الأستاذ سليمان مرقس حجتين أخريين : (أ) إن المادة ٦٨١/٥٥٧ من التقنين المدني السابق إنما قررت بطلان الرهن الرسمي بطلاناً مطلقاً جزاء لعدم تحريره في عقد رسمي ، ولا يوجد ما يدل على أن المشرع قصد أن يجعل هذا البطلان جزاء لعدم ملكية الراهن للعقار المرهون أيضاً . (ب) إن المادة ٦٨٧/٥٦٣ ، عندما جعلت الرهن الرسمي باطلا ، قررت ذلك جزاء لمخالفته مبدأ تخصيص الرهن ، أما إذا رهن شخص عقاراً معينا قبل أن يملكه فإن علة البطلان هنا تكون منعدمة لأن مبدأ تخصيص الرهن في هذه الحالة لا يختل (سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦١) .

(٣) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللي على المادة ٣٣٣ نبذة ١ .

(٤) سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

ففي البيع ، نص في المادة ٤٦٦ على أنه " إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك لو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل . وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشترى العقد " . ونص في المادة ٤٦٧ على أنه " ١ — إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشترى . ٢ — وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشترى ، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد" .

وفي الرهن ، رأينا [1] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ تنص على أنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن " .

وهذه النصوص صريحة في أن رهن ملك الغير رهناً رسمياً حكمه هو نفس حكم بيع ملك الغير ، كلاهما قابل للإبطال لا باطل . فإذا رهن شخص عقار غيره رهناً رسمياً ، فإن الرهن يكون قابلا للإبطال ، سواء كان الراهن لا يعلم بعدم ملكيته للعقار أو كان يعلم . وسواء كان الدائن المرتهن لا يعلم كذلك أو يعلم . ففي جميع هذه الأحوال يكون رهن ملك الغير رهناً رسمياً قابلاً للإبطال لا باطلا ، وهو قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن لا لمصلحة الراهن . ومن ثم يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال الرهن ، فيبطل . وكذلك يجوز للمرتهن أن يجيز عقد الرهن الرسمي ، فيصبح هذا العقد صحيحاً بإجازة الدائن له . ولكن ليس معنى ذلك أنه يسري في حق مالك العقار الحقيقي ، فإن هذا يبقى أجنبياً عن العقد لا صلة له به . وعلى ذلك حتى لو أجاز الدائن المرتهن العقد ، فليس معنى ذلك أن حق الرهن الرسمي ينشأ لمصلحته ، بل إن هذا الحق لا ينشأ إلا إذا أقر المالك الحقيقي عقد الرهن بورقة رسمية [2] ، أو إذا أصبح الراهن مالكاً للعقار المرهون ومن وقت ملكيته له لا قبل ذلك .

فرهن ملك الغير رهناً رسمياً ، كبيع ملك الغير ، ينشأ أولا قابلا للإبطال . وفي هذه الفترة يبقى عقد الرهن قائماً فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، ولكنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي . فإذا أبطله الدائن المرتهن ، زال واعتبر كأن لم يكن . أما إذا أجازه ، فإنه ينقلب صحيحاً فلا يعود للدائن المرتهن حق إبطاله ، ولكنه لا ينشئ حق رهن رسمي لمصلحة الدائن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ في الهامش) أن لجنة مجلس الشيوخ أضافت عبارة " بورقة رسمية " لأن الرهن لا يتم إلا باستيفاء الرسمية ، فمن الواجب أن ينسحب هذا الحكم على إقرار المالك للرهن فيما لو كان الرهن قد صدر من شخص آخر .

المرتهن . ويجوز في هذا الحالة للدائن المرتهن أن يطلب فسخ العقد ضد الراهن ، فإذا فسخ العقد زال بأثر رجعي . ويجوز كذلك أن يقر المالك الحقيقي العقد ، وعند ذلك لا يصبح العقد صحيحاً فحسب . بل أيضاً ينشئ حق رهن رسمي من وقت وجوده لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الراهن ، وعند ذلك ينشئ العقد ، وقد أصبح صحيحاً كما قدمنا ، حق رهن رسمي لمصلحة الدائن المرتهن ، ولكن من وقت انتقال ملكية العقار المرهون إلى الراهن .

ونحن فيما قدمناه إنما نقيس رهن ملك الغير رهناً رسمياً على بيع ملك الغير ، وننقل أحكام الثاني إلى الأول في غير عناء [1] . وبقي بعد ذلك أن نوصل قابلية رهن ملك الغير رهناً رسمياً للإبطال ، بعد أن سبق أن أصلنا ذلك في بيع ملك الغير [2] . وتأصيل القابلية للإبطال واحد في بيع ملك الغير وفي رهن ملك الغير رهناً رسمياً ، فالبيع والرهن من أعمال التصرف ، فالتأصيل يكون واحدا في الحالتين .

وهناك نظريتان لتأصيل القابلية للإبطال في كل من الحالتين ، قال بإحداهما الأستاذ سليمان مرقس ، وقال بالنظرية الثانية الأستاذ شفيق شحاته .

قال الأول بأن بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة ، ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل . فيتحول بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً أو من رهن ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً أو من رهن منشئ لحق الرهن فوراً إلى بيع أو رهن منشئ لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب انعدام الملكية . وانصراف نية البائع أو الراهن المحتملة إلى تحول العقد على هذا النحو مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أما انصراف نية المشترى أو الدائن المرتهن إلى ذلك فمفروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك المشترى أو الدائن المرتهن بإبطال البيع أو الرهن فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول [3] . ونأخذ على هذا الرأي أمرين : (أولا) القول بأن بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض مع نص صريح من نصوص التقنين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير ورهن ملك الغير كلاهما

---

(١) أنظر مع ذلك فيما يوجهه بعض الفقهاء من انتقاء حكم القابلية للإبطال لرهن ملك الغير وعصيان هذا الحكم عن الاستجابة إلى أحكام رهن ملك الغير : شمس الدين الوكيل فقرة ٤٠ ص ٨٨ — ص ٩٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١٥٥ — فقرة ١٥٨ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٤٣ ص ٦٦ — ص ٦٧ .

قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً . (ثانياً) والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة ، فهذه تقضي أن نية المتعاقدين كانت تنصرف وقت العقد إلى العقد الجديد لا إلى العقد الباطل ، ونية المشترى أو الدائن المرتهن تستعصي على هذا التأويل . فإما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلى العقد الجديد منذ البداية فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألاَّ يجوز تبعاً لذلك للمشترى أو للدائن المرتهن أن يطلب إبطال البيع أو الرهن . أو ألاَّ تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع أو الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً وهذا ما يتعارض مع النص الصريح [1] .

وقال الأستاذ شفيق شحاته في كتابه " النظرية العامة للتأمين العيني " ما يأتي : "وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق بيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً ... والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان . وقد أخضع القانون المدني الجديد عقد الرهن الصادر من غير مالك لحكم بيع ملك الغير ... وينبني على ذلك أن الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقداً موقوفاً ، لا صحيحاً ولا باطلا . ولو تم قيد الرهن بناء على العقد ، فإن أثر القيد يظل متوقفاً هو الآخر على الإقرار . ولا ينشأ الرهن إلا إذا أقره المالك الحقيقي، أما إذا لم يقره فإن الرهن لن يتحقق له وجود " [2] . ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي : (أولا) لو كان بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير موقوفاً ، لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي . ولكن كلا من العقدين ينتج أثره في الحال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشترى أو الدائن المرتهن إبطاله . ثم إن المشترى والدائن المرتهن يملك كل منهما الإجازة ، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه إلا المالك الحقيقي . (ثانياً) نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصري نقلا عن الفقه الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ١/٢ مدني) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بالفقه الإسلامي في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فيكون تعاقده موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٦ .

(٢) شفيق شحاته في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ٩٢ – فقرة ٩٣ .

نص يمنع من ذلك . أما هنا فيوجد نص تشريعي صريح يجعل كلا من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير عقداً قابلا للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح [1] .

وكما قلنا في بيع ملك الغير ، نقول هنا أيضاً إنه لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء في تأصيل رهن ملك الغير ، إلا أن نلتمس العلة في هذا البطلان ، فهي منافاة العقد لطبيعة الرهن . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . إذ أن سبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ جواز إبطال رهن ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للإبطال لا كاشف عنه ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن رهن ملك الغير قابل للإبطال . بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ ، كما قيل ذلك في إيجار ملك الغير حيث لا يوجد نص يقرر الإبطال . فلا بد إذن من القول بأن جواز إبطال رهن ملك الغير ، كجواز إبطال بيع ملك الغير ، هو إبطال خاص لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة [2] .

١٣٩ – رهن الملك المستقبل – نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ مدني على ما يأتي :

" ويقع باطلا رهن المال المستقبل " [3] .

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٧ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يكون الرهن باطلا إذا وقع على أموال مستقبلة ، ما لم يكن العقار المرهون معينا بالذات ، ففي هذه الحالة تسرى أحكام المادة ١٤٤٠ " . وقررت لجنة المراجعة حذف هذه المادة . ولكن مجلس النواب أضاف فقرة جديدة (إلى المادة ١٠٣٣ مدني) ضمنها حكم رهن المال المستقبل ، على الوجه الذي استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، حتى يظهر الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل فالأول قابل للإبطال والثاني باطل ، وذلك تحت رقم المادة ٢/١١١٤ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٢/١٠٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣ – ص ١٧) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق م ٦٨٧/٥٦٣ : "رهن العقارات التي تؤول إلى الراهن في المستقبل باطل .

وقد سبق أ، بينا الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ، فإذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن [1] .

وعلة بطلان رهن المال المستقبل بطلاناً مطلقاً ليست هي عدم ملكية الراهن للعقار المرهون ، فقد رأينا أن رهن ملك الغير يكون قابلا للإبطال لا باطلا . ولكن العلة هي عدم تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً ، فيكون بطلان رهن المال المستقبل هو جزاء لمخالفته مبدأ التخصيص . وقد أراد المشرع حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبل [2] . وعلى ذلك يجب قصر رهن المال المستقبل على الأحوال التي يكون فيها العقار المرهون غير معين تعييناً كافياً ، أما إذا كان العقار معيناً تعييناً كافياً فإن الرهن يكون قابلا للإبطال لأنه يكون رهنا لملك الغير [3] .

فرهن ما لا يملكه الراهن إنما يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأن العقار المرهون غير معين، لا لأنه غير مملوك للراهن [4] . فلا يكون باطلا بطلاناً مطلقاً رهن العقار المعين بالذات ، ولو لم يكن مملوكاً للراهن . وعلى ذلك إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه حسب تقديره من عقار ، كان هذا رهناً لمال مستقبل وباطلا بطلاناً مطلقاً . أما إذا رهن مالا معيناً بالذات ، وقصد أن يكون الرهن فوراً ، وكان لا يملك العقار المرهون ، كان هذا رهناً لملك الغير ، ومن ثم يكون قابلا للإبطال .

١٤٠ — رهن المالك الظاهر : المالك الظاهر للعقار المرهون ليس بمالك حقيقي له ، ومن ثم يكون الرهن الصادر منه صادراً من غير مالك . ولو أننا طبقنا في هذا الصدد قاعدة إبطال رهن ملك الغير ، لوجب اعتبار الرهن الصادر من المالك الظاهر قابلا للإبطال وغير سار في حق المالك الحقيقي، ولجاز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن. ولو أنه لم يطلب ذلك بل لو أجاز عقد الرهن الرسمي ، لما أنتج هذا العقد حق رهن للدائن المرتهن ، ما لم يقر المالك الحقيقي عقد الرهن أو ما لم تنتقل ملكية العقار المرهون إلى المالك الظاهر . ولكن الرهن الرسمي الصادر من المالك الظاهر لا تنطبق عليه هذه القواعد ، لأن المالك الظاهر وإن كان غير مالك حقيقي يظهر أمام الناس أنه هو المالك . فإذا ما تعامل معه الغير ، معتقداً بحسن نية أنه هو المالك الحقيقي ، أجاز القانون هذه المعاملة ، وسمح للغير

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٢) بيدان وثواران ٢ فقرة ٨٠٨ .

(٣) سليمان مرقص فقرة ٣١ ص ٤٥ .

(٤) عقد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٥ — سليمان مرقس فقرة ٣١ ص ٤٦ .

حسن النية الذي ارتهن العقار من المالك الظاهر بالتمسك بهذا الرهن . ويستعرض فقات ثلاثاً لهذا المالك الظاهر ، وهم الوارث الظاهر ، والمالك الظاهر بسند صوري ، والمالك الظاهر كاسم مستعار .

فالرهن الرسمي الذي يرتبه الوارث الظاهر (أو الموصَى له الظاهر) على العقار الذي ورثه ظاهراً يكون رهناً صحيحاً ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ما دام أنه حسن النية ، أي يعتقد وقت أن تعاقد على الرهن أن الوارث الظاهر هو الوارث الحقيقي للعقار . وله في هذه الحالة أن يتمسك بالرهن ضد الوارث الحقيقي، وأن يحتمي بالقاعدة التي تقضي بأن الغلط الشائع يولد الحق (error communis facit jus) [1] .

ويختلف المالك الظاهر بسند صوري عن الوارث الظاهر في أن سند ملكية الأول هو عقد صوري يحرر به عادة سند صوري كبيع أو هبة ، في حين أن سند ملكية الآخر هو الميراث وليس حقيقياً . ولكن المالك الظاهر بسند صوري كالوارث الظاهر معروف بين الناس أنه هو المالك للعقار المرهون ، ولذلك يصح تعامله مع الغير إذا كان هذا الغير وقت التعامل يعتقد بحسن نية أنه تعامل مع المالك الحقيقي للعقار . فإذا باع شخص لآخر عقاراً بعقد صوري ، واحتفظ بورقة ضد (contre-lettre) هي العقد الحقيقي الذي يثبت أن عقد الشراء الذي يوجد عند المشترى ليس إلا عقداً صورياً ، فإن المشترى يعتبر مع ذلك في نظر الناس أنه قد اشترى العقار ، وأنه قد ملكه إذا كان قد سجل عقد الشراء . فمن يتقدم إلى هذا المشترى ليتعامل بحسن نية معه في العقار . كأن يرتهنه منه ، يجب أن يحمي وإن كان قد ارتهن العقار من غير مالك . ولا يجوز تطبيق قواعد رهن ملك الغير في هذه الحالة ، بل يجب اعتبار الرهن صحيحاً كأنه صادر من المالك . وقد نصت المادة ٢٤٤ مدني في هذا الصدد على أنه " ١ — إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري . ٢ — وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ،

---

(١) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٣٣ — ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ — ٢ — ١٥٠ — ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ الأسبوع القضائي ١٩٤٦ — ٢ — ٣١٢٥ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ — كولان وكاپيتان ودي لاموراندييز ٢ فقرة ١٧٥٠ — چوسران ٢ فقرة ١٦٩٠ — بيدان وثواران فقرة ٧٨٠ — پلانيول وريپير ربيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

وأنظر في هذا المعنى أيضاً شمس الدين الوكيل فقرة ٤٦ ص ١٢٦ — ص ١٣١ — وأنظر مع ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ ص ٧٣ — ص ٧٤ (ويذهب إلى عدم جواز الاحتجاج بتصرف الوارث الظاهر على الوارث الحقيقي لصدوره من غير مالك) — عز الدين عبد الله في حماية خاصة بالدائن المرتهن في القانون المصري ص ٣٠٨ (ويستبعد الأخذ بنظرية الوارث الظاهر لأنها نظرية مجهولة في القضاء المصري) .

فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين ".
ونرى من ذلك أن المالك الظاهر بسند صوري من حق الناس حسني النية أن يعتبروا أنه هو المالك الحقيقي، وأن يتعاملوا معه على هذا الأساس ، فإذا تقدم شخص حسن النية وارتهن العقار من المالك الظاهر بسند صوري ، كان الرهن صحيحاً كما قدمنا ، وجاز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ، لا قبل المالك الظاهر وحده ، بل أيضاً قبل المالك الحقيقي ومن تعامل معه . فإذا رهن المالك الحقيقي العقار ، ولو لشخص حسن النية ، فإن الدائن المرتهن من المالك الصوري هو الذي يصح رهنه [1] (1) .

بقي الاسم المستعار ، وهذا أيضاً مالك ظاهر وليس بمالك حقيقي . فإذا أعطى شخص لآخر توكيلا لشراء منزل له، فاشتراه الوكيل باسمه هو لا باسم موكله متفقاً معه على ذلك ، فإن الوكيل يصبح مالكاً للمنزل أمام الناس ، وهو اسم مستعار (prête-nom) لا مالك حقيقي . فإذا تعامل معه شخص حسن النية يعتقد أنه هو المالك، وارتهن منه المنـــزل ، فإن الرهن يكون صحيحاً ، ويستطيع أن يتمسك به الدائن المرتهن قبل الاسم المستعار وقبل المالك الحقيقي ومن يخلفه لنفس الاعتبارات التي ذكرناها [2] .

---

(١) نقض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ – ٤ – ٣٤٢ – ٢٠ يوليو سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٣٩٢ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ – ١ – ١٢ – أول مايو سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعي ١٩٣٩ – ١٧٥٠ – بردي دي لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ – ١ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٧٣ – كولان وكاپيتان ودي لاموراندير ٢ فقرة ١٧٥٠ – سمير تناغو فقرة ٢٢ ص ٧٠ – وأنظر عكس ذلك أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ وهامش ٢٥ مكرر .

(1) أخذت محكمة النقض بنظرية حماية الوضع الظاهر ولكن بعض أحكامها قصرت تطبيقها على الحالات التي وردت في شأنها نصوص خاصة تطبقها ، ولكن أحكاماً أخرى اتجهت إلى تطبيق النظرية خارج نطاق هذه الحالات . وظل هذا الأمر محل خلاف بين أحكام النقض إلى أن عرض على الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في الطعن رقم ٨٢٦ سنة ٥٤ ق فحسمته بتاريخ ١٩٨٦/٢/٢٦ في صالح إقرار القاعدة العامة القاضية بحماية الأوضاع الظاهرة والمتعاملين مع هذه الأوضاع بحسن النية في جميع الأحوال حتى ما لم يرد بشأنه نص خاص .

ويرى الدكتور سليمان مرقس بأن الأمر وقد حسم على هذا النحو فلا مناص من التسليم على غرار ما استقر عليه القضاء الفرنسي مؤيداً من الفقه – بصحة الرهن الذي يصدر من الوارث الظاهر – كمالك ظاهر – ومن في حكمه كالموصى له الظاهر ، والمالك الذي يبطل سند ملكيته في وقت لاحق والمالك الذي لا يعدو وأن يكون اسماً مستعاراً ، فضلا عن المالك بسند صوري والذي يكون رهنه صحيحاً من باب أولى لأنه ورد في شأنه نص خاص .

(أنظر الوافي في شرح القانون المدني ٤ في الحقوق العينية التبعية طبعة ١٩٩٥ بند ٤٦ مكررة ص ١٠١).

(٢) نقض فرنسي ١٧ يوليو سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ١١ ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ – ١ – ٣٩٦ – ٢٣ مارس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ – ١ – ١١٤ – ١٢ يوليو ســنة ١٩٠٩ داللوز =

ولكن مالك العقار يستطيع ، إذا باعه و لم يسجل البيع ، أن يرهن العقار لأنه لا يزال مالكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً إذا قيد قبل أن يسجل البيع [1] .

١٤١ – رهن المشترى للعقار قبل تسجيله عقد شرائه : وإذا اشترى شخص عقاراً و لم يسجل عقد الشراء ، فإن ملكية العقار لا تنتقل إليه لعدم التسجيل . فإذا رهن المشترى العقار قبل التسجيل ، فإن الرهن يعتبر صادراً من غير مالك ، ويكون قابلا للإبطال باعتباره رهناً لملك الغير [2] .

وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال العقد فيعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يجوز لهذا الدائن أن يطلب فسخ عقد الدين إذا كان الرهن شرطاً جوهرياً فيه . ويجوز أيضاً، إذا أقر مالك العقار (وهو البائع له قبل تسجيل البيع) الرهن ، أن ينقلب عقد الرهن صحيحاً، وأن ينشأ حق الرهن لصالح الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً ، إذا سجل المشترى عقد شرائه فأصبح مالكاً للعقار ، أن يصبح عقد الرهن صحيحا ، وأن ينشأ الرهن لصالح الدائن المرتهن من وقت صيرورة المشترى مالكاً ، أي من وقت تسجيل عقد الشراء [3] .

١٤٢ – رهن الوارث قبل سداد ديون التركة : وقد نص قانون الشهر العقاري (م ١٣/١) على وجوب شهر حق الإرث . وإلى أن يتم هذا الشهر لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من حقوق التركة . وأوجب قانون الشهر العقاري (م ١٤/٢) التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل حق الإرث ، وجعل هذا التأشير بالدين يحتج به من تاريخ حصوله ، إلا إذا تم في خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث فيكون عندئذ للدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التسجيل .

= ١٩١٠ – ١ – ٣٧٢ – ولكن أنظر نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعي ١٩٣٨ – ٢٥٩ – ومن الرأي السائد بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ . ١ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

(١) بودري ودي لوان فقرة ١٢٩٥ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ .

(٢) وقد كان عقد الرهن يعتبر باطلا بطلاناً مطلقاً قبل التقنين المدني الجديد ، لأن رهن ملك الغير كان يعتبر باطلا في عهد التقنين المدني السابق كما قدمنا (أنظر استئناف مختلط ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ – ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٦٧ – ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٧) . وإذا سجل الراهن عقد شرائه ، فإن هذا التسجيل كان لا يجيز للدائن المرتهن التمسك برهنه وقيده حتى من تاريخ هذا التسجيل (استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٨ – ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤).

(٣) أنظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٥ .

وعلى ذلك إذا لم يسجل الوارث حق إرثه ، ورهن عقاراً في التركة ، لم يجز للدائن المرتهن أن يقيد حق الرهن ، فلم يعد للرهن أثر بالنسبة إلى الغير .

أما إذا سجل الوارث حق إرثه ، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يقيد حق الرهن ، ويحتج به على الوارث ودائنيه وعلى دائني التركة إذا أشر هؤلاء الدائنون بحقوقهم بعد سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه . أما إذا أشروا بحقوقهم في خلال سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه ، فإنهم يتقدمون بديونهم العادية على الدائن المرتهن [1] .

١٤٣ — رهن من تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر — نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٤ مدني علي ما يأتي :

" يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن [2] " .

---

(١) أنظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، إلا أن نص المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي: " ويكون صحيحاً كذلك الرهن الصادر من غير المالك ، إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزاً للعقار المرهون منذ خمس سنوات ، على أن يثبت الدائن المرتهن أن لديه أسباباً معقولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون " . وفي لجنة المراجعة ، حذفت هذه الفقرة الثانية " لأن حكمها متطرف في مخالفة القواعد العامة لغير مسوغ " ، وأقرت الفقرة الأولى وأصبح رقمها ١١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١١٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨ — ص ٢١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق نصوصاً عديدة هي ما يأتي :

م ٤٦/٢٧ : ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين .

م ٥٥ فقرة ثانية /٧٨ فقرة ثانية : أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية في الأمور الثابتة بسبب تجاوز النصاب الشرعي أو عدم إبقاء القدر المفروض شرعاً أو نحو ذلك ، فلا يضر بحقوق من انتقلت إليهم الملكية ولا بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية .

م ٧٩ مكررة /١٠٧ : بالرغم من القيود السابقة يجوز للدائن المرتهن للعقار إذا كان حسن النية أن يتمسك بوضع اليد الحاصل من المدين الراهن مدة خمس سنوات ، إذا ثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن .

م ١١٨ مكررة /١٧٦ : فسخ العقد الناقل لملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهون مسجلة . =

وهذا النص ، وقد حل محل نصوص متعددة متناثرة في التقنين المدني السابق ، كان لا بد من وجوده لأنه يقرر حكماً يخالف الأحكام التي تستخلص من القواعد العامة. ذلك أن القواعد العامة كانت تقضي بأن المالك ، إذا زال ملكه بأثر رجعي ، يعتبر كأنه لم يكن مالكاً للعقار الذي تصرف فيه ، وزوال ملكيته لهذا العقار بأثر رجعي يجعل تصرفاته في هذا العقار كأنها لم تكن ، وعلى ذلك إذا كان قد رهن هذا العقار رهناً رسمياً اعتبر الرهن كأن لم يكن . فتطبق القواعد العامة إذن تضحي بمركز من زالت ملكيته للعقار بأثر رجعي ، وتضحي كذلك بمركز كل من تصرف له هذا المالك قبل زوال ملكيته ، ويدخل في ذلك الدائن المرتهن رهناً رسمياً . ومن ثم فإن من يرتهن العقار من مالكه ، ثم تزول ملكية هذا المالك عن العقار المرهون بأثر رجعي ، يسقط رهنه هو أيضاً بأثر رجعي . وهذا هو حل القانون الفرنسي ، لا يغير منه أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن الرسمي .

فلما رأى التقنين المدني المصري ، السابق والجديد ، متمشياً في ذلك مع كثير من التشريعات الحديثة ، أن يجعل الرهن الصادر من مالك رهناً صحيحاً حتى لو زالت ملكية هذا الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي ، أوجد النص الخاص بذلك وهو النص الذي نحن بصدده . ويبين من هذا النص أن هناك شروطاً ثلاثة لابد من توافرها حتى يكون الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بعد ذلك بأثر رجعي رهناً صحيحاً ، وهذه الشروط هي :

أولا – يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وقت انعقاد الرهن الرسمي ، ويجب أن يكون سند الملكية قابلا للإلغاء بأثر رجعي ، كأن يكون هذا السند قابلا للإبطال أو قابلا للفسخ أو قابلا للرجوع فيه أو نحو ذلك . أما أن يكون سند هذه الملكية باطلا بطلاناً مطلقاً ، فهذا لا يجوز . ذلك بأن الراهن يجب أن يكون مالكاً للعقار المرهون كما

= م ١٣٦ مكررة /١٩٧ : بطلان المشارطة الناقلة للملكية لا يضر بحقوق الدائنين برهون مسجلة إذا كانوا حسني النية .

م ٢٦٩ مكررة /٣٤٠ : وفي الحالتين المبينتين في المادة السابقة لا يضر وقوع الشرط الذي يجهله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيفي أو من المشتري تحت شرط فاسخ .

م ٣٧٢/٢٥٠ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حادث فيه قبل استلامه ، بحيث لو كان هذا العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء ، كان المشتري مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه، إلا إذا سبق منه رهنه .

م ٤٢٠/٣٣٧ : يسقط حق إقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين، ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية المسجلة .

قدمنا ، والسند الباطل بطلاناً مطلقاً لا أثر له فلا ينقل الملكية إلى الراهن [1] . فإذا فرض أن الراهن قد اشترى العقار المرهون لسبب غير مشروع ، فإن الشراء يكون باطلا بطلاناً مطلقاً ولا ينقل ملكية العقار إلى الراهن . فإذا قرر الراهن بعد ذلك حق رهن رسمي للدائن مرتهن ، فإن هذا الرهن يكون باطلا أيضاً بطلان البيع ، ولا يكون للدائن المرتهن أي حق على العقار [2] .

ثانياً — يجب أن يكون الدائن المرتهن ، وقت أن أبرم عقد الرهن ، حسن النية ، وتقول المادة ١٠٣٤ مدني كما رأينا " إذا كان الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن " . ومعنى حسن نية الدائن المرتهن هو ألاّ يكون هذا الدائن عالماً بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي ، فإذا كان عنده أي شك في ذلك لم يكن حسن النية. وحسن النية يفترض أصلا ، فإذا أبرم الدائن المرتهن عقد الرهن افتراض حسن النية، ومع ذلك إذا أثبت الخصم أنه كان أمام الدائن المرتهن سبيل للشك في ملكية الراهن ، بأن كان هذا الراهن مثلا لا يزال مديناً بالثمن أو بعضه فإذا لم يدفع ما هو مدين به فسخ البيع ، كان على الدائن المرتهن أن يثبت أنه لم يكن يعلم أن الراهن لا يزال مديناً بالثمن أو ببعضه [3] . أما إذا

---

(١) أنظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٣ وهامش ٢ — وأنظر عكس ذلك عبد الباسط جميعي في نظرية الأوضاع الظاهرة على الآلة الكاتبة ص ٣٥٠ .

(٢) كذلك إذا كان المشترى لم يسجل عقده ، ورهن العقار الذي اشتراه ، فإن الرهن يكون قابلا للإبطال لأنه رهن لملك الغير ، والرهن في الوقت ذاته لا يكون نافذاً في حق البائع للعقار . فإذا فسخ الشراء فإن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يحتج بعقد الرهن في مواجهة البائع للعقار ، لا لأن الرهن غير صحيح إذ هو قابل بالإبطال وليس بباطل ، بل لأنه ليس نافذا في حق البائع قبل الفسخ . ويبقى كذلك من باب أولى بعد الفسخ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤) .

(٣) وإذا كان قد ذكر في سند ملكية الراهن أنه لا يزال مديناً ببعض الثمن ، فعلى الدائن المرتهن أن يثبت علمه اليقيني بأن الباقي من الثمن قد دفع ، وإلا كان سيئ النية (شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٨ — ص ١٣٩) .

وقد قضت محكمة لنقض بأن حسن النية التي تقتضيه الحماية التي أضفاها المشرع في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني على الدائن المرتهن في حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ، ينتفي متى كان هذا الدائن يعلم وقت إبرام الرهن ، أو كان في مقدوره أن يعلم ، بأن ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال لأي سبب من الأسباب . واستخلاص قاضي الموضوع لسوء النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، إلا من جهة مطابقته للتعريف القانوني لسوء النية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تضمين عقد البيع المسجل — سند ملكية الراهن ، وجود باق من الثمن قدره أربعة آلاف من الجنيهات لم يدفع، أن البنك المرتهن كان في مكنته أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشترى (الراهن) عن الوفاء بهذا المبلغ ، وأنه لذلك يعتبر البنك سيئ النية غير جدير بالحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني ، فإن الحكم يكون قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرتهن على أسباب من شأنها أن =

رفع المدعى دعوى إزالة ملكية الراهن بأثر رجعي قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه وأشر المدعى بدعواه على هامش تسجيل سند ملكية الراهن [1]، فأن المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري تفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى ، فإذا حكم فيها لمصلحة المدعى كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن . وتقول المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري في هذا المعنى : " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى" . ثم تقضي المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ بأنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليها في الفقرة السابقة . ولا يسري حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " . وعلى ذلك يتوقف الأمر على الوقت الذي قيد فيه حق الرهن الرسمي . فإذا كان هذا الوقت سابقاً على التأشير بدعوى المدعى في هامش تسجيل سند الراهن ، كان المفروض أصلاً أن الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، أي لا يعلم بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي ، إلا إذا ثبت وجود سبب للشك في هذا الأمر فعند ذلك يكلف الدائن المرتهن بإثبات حسن نيته . أما إذا كان هذا الوقت لاحقاً لتأشير المدعى بدعواه في هامش تسجيل سند الراهن ، فإن هذه قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس بأن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى . فإذا حكم فيها لصالح المدعى ، كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن [2] . ونرى من ذلك أنه تجب الاستعانة بالمادتين ١٥ و

= تؤدي عقلا إلى ما انتهى إليه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨) .

(١) ذلك لأن الرهن يجب أن يكون مقيداً قبل شهر في صحيفة الدعوى التي طعن بها في سند ملكية الراهن، إذ يعتبر رافع الدعوى من الغير فيجب قيد الرهن حتى يحتج عليه به (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٨ ص ٣٣١ — محمد علي إمام فقرة ١٥٠ ص ٢٤٤ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣ ص ٤٦ — أحمد سلامة فقرة ٥٤ ص ١٨٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢١ ص ٦١.

(٢) وإذا كان الدائن المرتهن يجب أن يكون حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، إلا أنه إذا تقرر الرهن ضماناً لدين مستقبل فالعبرة بوقت وجود الدين المضمون بالرهن . أما أن مرتبة الرهن تثبت من تاريخ القيد حتى =

١٧ من قانون الشهر العقاري في هذا الصدد ، واعتبار التأشير بدعوى المدعى على الوجه السابق ذكره قبل قيد الرهن الرسمي قرينة قاطعة على علم الدائن المرتهن بهذه الدعوى ثم بالحكم الذي يصدر فيها لصالح المدعى [١] .

ثالثاً — يجب أن تزول ، بعد الرهن ، ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي يرتبه القانون . مثل ذلك أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بعقد قابل للإبطال لصالح البائع ، فأبطل البائع هذا البيع بعد أن رتب الراهن رهنه . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بثمن لم يسدده كله ، وبعد رهنه طالب البائع بفسخ البيع لعدم دفع الباقي من الثمن وفسخ البيع لذلك . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون جزءاً من عقار شائع ، ثم اقتسم العقار الشائع فأصاب الراهن العقار الذي رهنه، ثم فسخ عقد القسمة للغبن أو لغير ذلك من الأسباب . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون موهوباً للراهن ثم رجع الواهب في هبته ، بعد الرهن ، لسبب من أسباب الرجوع . كل هذه الأسباب وغيرها من أسباب زوال ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي [٢] ، فيجب أن تزول ملكية الراهن بسبب منها وعند ذلك يحق للدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، بقي الرهن لمصلحة الدائن المرتهن ولو أن ملكية الراهن قد زالت بأثر رجعي . وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تبرير ذلك إلى أنه " يمكن القول إن غير المالك الذي صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية ، تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال إن الرهن الرسمي ، كما يكسب العقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح من غير مالك في أحوال معينة ، إذا اقترن السبب

= لو تم هذا القيد قبل وجود المدين ، فهذه الأفضلية استثناء مقرر بنص في القانون يجب أن يقف عند الغاية المقصودة منه (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٩ هامش ٣ في التعليق على استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٣ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ هامش ٣) .

(١) ويمكن إطلاق الحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ ، فلا تقتصر على الرهن الرسمي وحده ، بل تشمل كل حق يماثل الرهن الرسمي كحق الاختصاص وحق الرهن الحيازي (شفيق شحاته فقرة ٩٩ ص ٨٦ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٧ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٤٠) .

(٢) والأثر الرجعي هنا هو حكم القانون ، وقد يكون هناك أثر رجعي بحكم الاتفاق ، كما في التقابل ، فإذا اتفق البائع والمشترى على التقابل من البيع بأثر رجعي ، فإن تقابلهما يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع وكأن البيع لم يكن (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٦٩٨). وهذا الأثر الرجعي بحكم الاتفاق لا يؤثر في صحة الرهن الصادر من المشترى قبل التقابل (جيجو : دارسة في الأثر الرجعي الاتفاقي في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣١ ص ٩٢ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤ — ص ١٣٥) .

الصحيح بحسن النية "[1] . ويضاف إلى هذين الرأيين رأي ثالث ، هو الرأي القائل بأن حق الرهن ينشأ مباشرة على عقار المالك الحقيقي بعد زوال ملكية الراهن بأثر رجعي ، كما لو كان العقار لا يزال على ملك الراهن ، إذ الراهن يعتبر مالكاً ظاهراً في هذا الفرض . وهذه حيلة شرعية ، تفترض بقاء المـــــال على ملك الراهن[2] . وهناك رأي رابع يفسر بقاء الرهن بعد زوال ملكية الراهن بالحد من إطلاق الأثر الرجعي لزوالها ، وهذا ما ذهب إليه المشرع فعلا في المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقاري حماية لأصحاب الحقوق العينية التي تم كسبها بحسن نية قبل زوال الملكية. فإذا روعيت الحماية المقررة في قانون تنظيم الشهر العقاري ، لم تكن المادة ١٠٣٤ استثناء القواعد العامة بل تطبيقاً لقاعدة عامة جديدة بموجبها يحد المشرع من الأثر الرجعي لزوال الملكية بما لا يؤثر في حقـــوق الغير حســـن النية[3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد أيضاً ما يأتي : " جمع المشروع في المادة ١٤٤١ (رقم ١٠٣٤ مدني) ما تناثر في التقنين الحالي (السابق) من نصوص أريد بها حماية الدائن المرتهن حسن النية ، فنص على أن الرهن يبقى صحيحاً إذا صدر من مالك تقرر من ذلك بطلان سند ملكيته ... أو فسخه ... أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر (أنظر مثلين لذلك في المادة ٦٤٥ وتناول رهن ما باعه المريض مرض الموت . والمادة ١٣٥٢ وتتناول رهن ما يجاوز نصاب الوصية) ، على أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن ... وفي الأحوال التي يصح فيها الرهن الصادر من غير مالك (وهي الأحوال المتقدمة الذكر) ، يمكن القول إن غير المالك الذي صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال إن الرهن الرسمي ، كما يكسب بالعقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك في أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية . وعلى كل حال يجب اعتبار المالك الحقيقي للعقار ، لا الشخص الذي يصدر منه الرهن ، هو الراهن ، وهو الذي يتخذ الدائن المرتهن ضده إجراءات نزع الملكية ، أو يستمر في اتخاذها إذا كان قد بدأ هذه الإجراءات في من صدر منه الرهن . ويلاحظ في هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقاره مرهوناً في دين ليس في ذمته ، ويتدرج مركز هذا المالك من شخص هو الذي رتب الرهن وهذا هو الكفيل العيني ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار في ملكيته وهذا هو مركز المالك الذي يسري في حقه الرهن الصادر من غير مالك كما في الفرض المتقدم ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار في ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو مرهون وهذا هو الحائز للعقار . وبحسن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض ، فقد تختلف الأحكام التي تطبق في كل حالة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩ — ص ٢٠) .

(٢) شفيق شحاته ص ٨٨ .

(٣) يمير تناغو فقرة ٢٣ ص ٧٦ — ص ٧٧ — وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يجيز الرهن الصادر من غير المالك إذا وضع يده خمس سنوات متواليات على العقار المرهون ، إذا كانت هذه السنوات سابقة مباشرة على الرهن ، وأثبت الدائن المرتهن أن لديه أسباباً معقولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون (أنظر أيضاً في هذا المعنى م ٧٩ مكررة /١٠٧ من التقنين المدني السابق) . ولكن لجنـــــة =

١٤٤ – رهن العقار الشائع – نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " .

" ٢ – وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين " [1] .

ويستخلص من هذا النص أنه إذا كان هناك عقار شائع ، فيمكن أن يرهنه جميع الشركاء ، ويكون الرهن نافذاً في حق الجميع ، أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . ويمكن أيضاً أن يرهن العقار الشائع أحد الشركاء . وهذا الشريك الراهن إما أن يرهن حصته الشائعة في العقار ، أو يرهن جزءاً مفرزاً في هذا العقار يقدر عادة أنه هو الجزء المفرز الذي سيصيبه من قسمة العقار ، أو يرهن جميع العقار الشائع وهذا الفرض الأخير لم يتعرض له النص .

فنبحث إذن : (١) رهن جميع الشركاء للعقار الشائع . (٢) رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع . (٣) رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع . (٤) رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع .

١٤٥ – رهن جميع الشركاء للعقار الشائع : رأينا [2] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ مدني تنص على أنه " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار

= المراجعة حذفت هذا النص ، " لأن حكمه متطرف في مخالفة القواعد العامة لغير مسوغ " (أنظر آنفاً فقرة ١٤٣ في الهامش – وأنظر أيضاً هذا الحكم في التقنين المدني السابق في سليمان مرقس فقرة ٥٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي لم يكن يتضمن النص بأن يكون تعيين القدر الذي ينتقل إليه الرهن بأمر على عريضة . وفي لجنة المراجعة أضيف هذا النص ، وأصبح رقم المادة ١١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ١١٢٠ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩ – ص ٣٢) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

شائع، أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " . فالنص يفرض أن هناك عقاراً شائعاً بين عدة شركاء ، ثلاثة مثلا ، وأن هؤلاء الثلاثة رهنوا هذا العقار الشائع . فالرهن الصادر من هؤلاء الثلاثة ، وهم جميع الشركاء المشتاعين ، يكون رهناً صحيحاً نافذاً في حق الجميع ، سواء كان ذلك قبل القسمة ، أو بعد القسمة ، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة .

فالرهن يكون صحيحاً نافذاً قبل القسمة ، لأنه صدر من الثلاثة الشركاء وهم جميع الشركاء المشتاعين . فإذا باع هؤلاء العقار الشائع بعد رهنه ، فإنه ينتقل إلى المشترى مثقلا بالرهن ، ويتتبع الدائن المرتهن العقار الشائع في يد المشترى وهو الحائز للعقار . وإذا بقي العقار الشائع في ملكية الشركاء ، وأراد أحد دائني شريك منهم التنفيذ عليه ، فإن الدائن المرتهن يتقدم هذا الدائن العادي لأنه دائن مرتهن . وإذا مات بعض الثلاثة الشركاء أو كلهم، انتقل العقار مرهوناً إلى الورثة . وعلى ذلك يسري الرهن في حق الشركاء الثلاثة، وفي حق دائنيهم، وفي حق الخلف الخاص والخلف العام .

والرهن يكون صحيحاً نافذاً أيضاً بعد القسمة ، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة عيناً .

فإذا اقتسم الثلاثة الشركاء العقار الشائع ، وأخذ كل منهم حصة مفرزة من هذا العقار ، فإن هذه الحصة المفرزة التي تقع في نصيب كل من الشركاء الثلاثة تكون مثقلة بحق الرهن ، لأن الشركاء الثلاثة كلهم قد رهنوا العقار عندما كان شائعاً ، فيبقى مرهوناً عند إفرازه . أما إذا وقع العقار الشائع في نصيب أحد الشركاء الثلاثة ، وأخذ كل من الشريكين الآخرين نصيبه مفرزاً في عقار أو عقارات أخرى شائعة بين الثلاثة ، فإن العقار الشائع المرهون ينتقل مرهوناً إلى الشريك الذي وقع في نصيبه . وقد يعترض على ذلك بأن العقار كله وقع في نصيب واحد من الثلاثة الشركاء . وهذا الشريك لم يرهن عند الشيوع إلا نصيبه شائعاً ، فيجب أن ينتقل إليه العقار مثقلا بالرهن بمقدار نصيبه في الشيوع فحسب . فإذا كانت حصص الشركاء الثلاثة متساوية ، وجب أن ينتقل العقار مثقلا بالرهن في ثلثه على الشيوع فقط ، لأن هذا الثلث هو الذي رهنه من وقع في نصيبه العقار ، أما الشريكان الآخران فلم يرهنا شيئاً بحكم الأثر الرجعي للقسمة إذ يعتبر أنهما لم يملكا العقار أصلا . وهذا الاعتراض يتمشى مع فكرة الأثر الرجعي للقسمة إذا أخذت على إطلاقها ، وكان القضاء الفرنسي يسير على هذا النحو فيقضي بأن العقار ينتقل كله إلى أحد الشركاء الثلاثة مثقلا بالرهن في ثلثه على الشيوع فقط [1] . ولكن الموثقين (notaries) في فرنسا

(١) أنظر نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٣٣ .

اعترضوا على قضاء محكمة النقض ، وذهبوا إلى أن جميع الشركاء قد وافقوا على رهن العقار الشائع ، فوجب أن يبقى الرهن صحيحاً نافذاً في حقهم بعد القسمة ، وحتى لو كانت القسمة أن أخذ كل العقار الشائع أحد الشركاء المشتاعين وحده . فصدر في فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٠ يضيف فقرة إلى المادة ٢١٢٥ مدني فرنسي ، تنص على أن الرهن الذي يقرره جميع الشركاء يبقى أثره القانوني مهما كانت نتيجة البيع بالمزاد أو القسمة الحاصلة بعد ذلك. وبهذا الحكم الأخير أخذ التقنين المدني المصري الجديد ، فقرر أن الرهن الذي يعقده كل الشركاء على الشيوع يبقى نافذاً " أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد ، أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " (م ١٠٣٩/١ مدني) .

وينتقل العقار مرهوناً كله ، حتى لو لم تمكن قسمته عيناً فبيع [١] . فإذا وقع البيع لأحد الشركاء الثلاثة ، فإن العقار ينتقل إليه كله كما قدمنا ، وهذا ما يقضي به نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ مدني فيما رأينا . ومن باب أولى إذا بيع العقار لأجنبي ، فقد رهن الثلاثة الشركاء العقار كله ، ثم باعوه إلى أجنبي ، فينتقل العقار مرهوناً إلى المشترى [٢] .

وقد يقع أن يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، ثم يرهن جميع الشركاء بما فيهم الشريك الراهن جميع العقار الشائع . ثم يقسم العقار الشائع ، فيقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار الشائع غير الجزء المفرز الذي رهنه. وسنرى أن الدائن المرتهن من هذا الشريك يستطيع بإجراءات معينة أن ينتقل رهنه إلى الجزء المفرز بفضل الحلول العيني ، وأن يحتفظ بمرتبة رهنه كما كان . فيسبق هذا الرهن في المرتبة الرهن الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع ، لأن الرهن الأول سبق الرهن الأخير . وكان هذا يقتضي أن الدائن المرتهن من الشريك الراهن يتقدم على الدائن المرتهن من جميع الشركاء ، إذ هو أسبق في المرتبة . ولكن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠٣٩ مدني، كما سنرى تقول : " ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه (أي انتقال رهن الدائن المرتهن من الشريك الراهن) برهن صدر من جميع الشركاء ، وهو متأخر في المرتبة ، على

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ويتبين مما تقدم أن المشروع لجأ إلى تطبيق مبدأ الحلول العيني فيسر كثيراً من أمر الرهن في الشيوع ، ولم يقتصر على ذلك بل أضاف حكما نقله عن التقنين الفرنسي ، فقرر أن الرهن إذ صدر من جميع الملاك على الشيوع كان صحيحاً ، حتى لو وقع المال بعد ذلك في نصيب واحد منهم ، أو بيع لأجنبي لعدم إمكان القسمة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١) .

(٢) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٥ — حسن كيرة في الحقوق العينية أصلية ١ فقرة ١١٨ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٤ — سليمان مرقس فقرة ٥٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥١ — سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٨٣ — ص ٨٤ .

الدائن المرتهن من الشريك الراهن ، لأنه ارتهن العقار كله من جميع الشركاء فأصبح آمنا على رهنه [1] .

وما قدمناه في الرهن الرسمي ينطبق على الرهن الحيازي ، ولو أنه لا يوجد نص في هذا المعنى في نصوص الرهن الحيازي . فالمادة ١٠٩٨ مدني تنص على أن " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي " ، والمادة ٢/١١٠٢ مدني تقضي بأن " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنا رسمياً أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق " . ولكن هذه المواد لا شأن لها بمسألتنا هذه ، ومن ثم لا يوجد نص صريح في المسألة . على أنه إذا رهن جميع الشركاء المشتاعين العقار الشائع رهناً حيازياً ، فإن الرهن يبقى نافذاً أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . فالرهن الحيازي قد صدر من جميع الشركاء الشائعين ، فهو نافذ بطبيعة الحال قبل قسمة العقار. ثم هو نافذ إذا حصلت القسمة ووقع العقار كله في نصيب أحد الشركاء ، فإن هذا الشريك يعتبر مالكاً للعقار منذ البداية وقد اشترك في الرهن مع سائر الشركاء فينتقل إليه العقار مرهوناً كله . وكذلك إذا بيع العقار لعدم إمكان قسمته فرسا مزاده على أحد الشركاء ، كان هذا البيع قسمة واعتبر الشريك الذي رسا عليه المزاد مالكاً للعقار منذ البداية كما في الفرض السابق . أما إذا رسا المزاد على أجنبي ، فإنه يكون بيعاً من جميع الشركاء الراهنين للعقار ، فينتقل إلى المشترى مرهوناً كما تنقضي القواعد العامة [2] .

هذا وقد قضت المادة ٨٣٢ مدني على أن " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قرارهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة ، عند ما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " . فإذا قرر الشركاء الذين

---

(١) أنظر في هذا المعنى سليمان مرقس فقرة ٥٠ ص ٨٣ .

(٢) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٧٤ ص ١٦١ — حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١١٨ ص ٣٢٦ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٤ ص ١٠٨ — احمد سلامة فقرة ٤٨ ص ١٥٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨ ص ٥٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٠ ص ٥١ — ص ٥٢ — سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٨٤ — وأنظر عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ١١٠ ص ١٠١ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣٥ مكرر ص ٥٥٥ — محمد علي إمام فقرة ٣٢٨ ص ٤٧٢ — عبد المنعم الدراوي في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٦ ص ١٦٦ — سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٦ .

يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع ،وليس كله ، رهنه طبقاً للمادة ٨٣٢ مدني ، ولم يعارض باقي الشركاء أو عارضوا وقدرت المحكمة أن قسمة العقار الشائع ضارة بمصالح الشركاء وأن رهن هذا العقار تصرف مناسب ، كان الرهن صحيحاً نافذاً في حق الجميع ، وذلك بالرغم من معارضة أقلية الشركاء في الرهن. فإذا بدا بعد ذلك للشركاء أو لبعضهم قسمة العقار وقسمته كما هو مفروض ضارة بمصالح الشركاء ، فبيع العقار ورسا مزاده على أحد الشركاء أو على أجنبي ، فإنه ينتقل إلى المشترى مرهونا ، تطبيقاً لأحكام المادة ١/١١٣٩ مدني سالفة الذكر [١] .

١٤٦ – رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع : لا شك في أن كل شريك مشتاع يملك حصته الشائعة ، وله حق التصرف فيها . فله أن يرهنها، ويكون رهنه صحيحا مادام العقار شائعاً ، وإذا باع هذه الحصة الشائعة انتقلت مرهونة إلى المشترى . أما إذا اقتصر على الرهن واقتسم الشركاء العقار بعد ذلك فوقع كله أو جزء منه في نصيب هذا الشريك فإنه ينتقل مرهونا [٢] ، أو ينتقل مرهونا بعضه في الشيوع بمقدار حصة الشريك فإذا وقع العقار كله في نصيبه [٣] . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " يجوز رهن العقار الشائع : فإذا رهن المالك نصيبه شائعا كان الرهن صحيحاً ، حتى إذا أفرز النصيب الشائع من ذلك انتقل الرهن إلى النصيب المفرز " [٤] .

---

(١) أنظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٢ – وقارن شمس الدين الوكيل فقرة ٤٠ ص ١٠٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ يونية سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٩٩ – ١٠ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ – ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١١ – ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ – ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ – ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٤ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٢١ ص ٤٢٢ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ – سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٧٩ – محمد علي إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٤ – سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٠ – وانظر في أن الرهن يمتد فيشمل العقار كله : دي باج ٧ فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦ – أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ – وفي أن الرهن يمتد إلى العقار فيما إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى أن الرهن ينعقد تحت شرط وقوع العقار كله في نصيب الراهن : بلانيول وريبير بولانجيه ٣ فقرة ٥٠٧ ص ١٩١ .

(٤) ويترتب الرهن في هذا الجزء المفرز ، وينم ذلك لا على أساس فكرة الحلول العيني وإنما هو مقتضى القسمة : حسين كيرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٢٣ ص ٣٤٣ هامش ٢ – إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٨١ ص ١٨٣ – أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ – وأنظر في أن الرهن يترتب في الجزء المفرز بموجب الحلول العيني فيحل الجزء المفرز إلى الحصة الشائعة : منصور مصطفى منصور في رسالته في ـ

ولكن قد ينتج عن القسمة أن يقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا جزء منه ، وإنما يقع في نصيبه عقاراً آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل في القسمة فوقع في نصيب الشريك الراهن . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدني ، كما رأينا ، ما يأتي : " وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار ... ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين " . وهذا هو الحلول العيني . فقد وقع في نصيب الشريك الراهن بالقسمة عقاراً آخر غير العقار الذي رهنه ، فحل هذا العقار الآخر محل العقار الأول المرهون ، وينتقل مرهوناً بدلا من العقار الأول، ويتبع الدائن المرتهن إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول . ولولا الحلول العيني ، لقيل إن العقار الآخر الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك ، وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار . أما العقار الذي رهنه الشريك فيعتبر أن هذا لم يكن مالكاً له من مبدأ الأمر ويكون الرهن صادراً من غير مالك ، فيكون قابلا للإبطال ولا ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقـــار المرهون [1] .

والإجراءات التي يتبعها الدائن المرتهن في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول تبدأ بأن يأخذ هذا الدائن من القاضي أمراً على عريضة يخول للدائن إجراء قيد جديد، ويعين في هذا الأمر القدر الذي انتقل إليه الرهن بموجب الحلول العيني ، فإذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير الذي رهنه يساوي في القيمة ما رهنه من العقار الأول ، انتقل الرهن إلى كل هذا العقار الآخر . ويبين ذلك في الأمر على عريضة. أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر يزيد في القيمة عما رهنه من العقار الأول ، قدرت قيمة ما رهنه ، واقتطع من العقار الآخر جزء مفرز يساوي هذه القيمة ، ويستعان في ذلك بخبير عند الحاجة ، ويبين ذلك في الأمر على عريضة . ويجب على الدائن المرتهن الحصول على

= الحلول العيني فقرة ١٣٨ ، ولكن أنظر ما يقوله بعد ذلك من أن الرأي السائد هو أن تركز الرهن في الجزء المفرز لا يتم على أساس فكرة الحلول العيني وإنما هو مقتضى القسمة : كتابه في التأمينات العينية فقرة ٢٠ ص ٥٣ وهامش ١ . وأنظر في تأييد رأي الأستاذ منصور مصطفى منصور في الحلول العيني سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٨٩ وهامش ١ .

(١) أما في التقنين المدني السابق ، فيكون الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه صادر من غير مالك (أنظر سليمان مرقس فقرة ٤٨ ص ٧٦) .

الأمر على عريضة وإجراء القيد الجديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة التي تمت ، كالشريك الراهن أو الشريك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون . ولم يبين القانون كيف يكون هذا الإخطار ، فيصح أن يكون على يد محضر ، ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون إخطاراً شفوياً على أن يثبته من قام به . فإذا قام الدائن المرتهن بهذه الإجراءات ، وأجرى القيد الجديد في خلال التسعين يوماً المبين ذكرها ، احتفظ الرهن بمرتبته الأولى من وقت أن قيد أول مرة ، وهذا هو المقصود من هذه الإجراءات . أما إذا أجراه الدائن المرتهن بعد الميعاد ، فإن الرهن الجديد تكون مرتبته من تاريخ القيد الجديد ، ويتقدم على هذا الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر يكون الشريك الراهن قد رهن له ما وقع في نصيبه من عقار وقيد الدائن المرتهن الآخر رهنه قبل قيد الرهن الأول [1] .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا عقار آخر يحل محله ، بل منقول ، فإن الدائن المرتهن يفقد حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه ، وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لا يصح أن يكون محلا للرهن الرسمي ، وعلى ذلك يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن نتيجة للقسمة ، وهذا هو الرأي السائد [2] .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود [3] .

هذا وإذا انتقل الرهن من العقار المرهون إلى عقار آخر وقع في نصيب الشريك الراهن على النحو الذي أسلفناه ، فإن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠٣٩ مدني تقول : " ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين " . فالدائن المرتهن من أحد الشركاء في الشيوع الذي انتقل رهنه إلى عقار آخر

---

(١) سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(٢) إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٨١ ص ١٨٤ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٤ ص ١١٢ هامش ٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩ ص ٥٣ — سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٢ . وهناك رأي يذهب إلى أن الرهن ينتقل إلى المنقول ويصبح رهن حيازة : أحمد سلامة فقرة ٤٩ ص ١٧٠ وفقرة ٥٠ ص ١٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥ .

(٣) أنظر القانون البلجيكي في ١٥ أغسطس سنة ١٩٥٨ (المادة ٢) . ويقول بيكيه إن هذا هو أفضل حل من الناحية التشريعية (بيكيه فقرة ٣٢٣ ص ٤٥٨) . وهناك رأي يذهب إلى أنه إذا كان الدين المضمون بالرهن لم يحل ، فإن الرهن الرسمي يؤول إلى صورة من صور رهن الدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥) .

يتأخر عن الدائن المرتهن من جميع الشركاء لهذا العقار الآخر ، حتى لو كانت مرتبة الدائن الأول متقدمة على مرتبة الدائن الأخير ، وذلك احتراماً لحق الرهن الصادر من جميع الشركاء [1] . وكذلك يكون للشركاء حق امتياز المتقاسم على العقار الذي انتقل إليه حق الرهن ، ضماناً لحقوقهم المترتبة على القسمة ، وسنفصله عند الكلام في حقوق الامتياز . وحق الامتياز المتقاسم هذا يتقدم هو أيضاً على الرهن الذي انتقل إلى العقار حتى لو كان حق الامتياز متأخراً في المرتبة [2] .

١٤٧ – رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع : ولما كان الشريك في الشيوع لا يملك ملكية خالصة أي جزء مفرز في العقار الشائع ، فإنه إذا رهن جزءاً مفرزاً لم ينفذ هذا الرهن في حق الشركاء الآخرين ، وهؤلاء أن يتمسكوا بحقوقهم في هذا الجزء المفرز باعتباره شائعاً بينهم جميعاً . أما الدائن المرتهن فإنه ، إذا كان لا يعلم أن الجزء المفرز الذي ارتهنه هو شائع بين الراهن له وسائر شركائه ، يستطيع أن يبطل عقد الرهن للغلط . ويكون الرهن فيما بين الشريك الراهن والدائن المرتهن صحيحاً ، على اعتبار أن الدائن المرتهن قد رضي بانتظار نتيجة القسمة [3] .

فإذا اقتسم الشركاء العقار الشائع ، ووقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن ، فإن الرهن يكون باتاً ، إذ يتبين أن الشريك كان يملك هذا الجزء المفرز من بداية الأمر وقد رهنه ، فيكون رهنه صحيحاً باتاً كما قدمنا [4] .

أما إذا لم يقع الجزء المفرز المرهون في نصيب الشريك الراهن ، بل وقع في نصيبه جزء مفرز آخر من نفس العقار أو من عقار آخر ، انتقل الرهن إلى هذا الجزء المفرز الآخر . ووجب على الدائن المرتهن ، إذا أراد الاحتفاظ بمرتبة رهنه ، أن يقوم بنفس الإجراءات التي بسطناها في الفقرة السابقة . ذلك أنه ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدني ، فيما رأينا ، أنه إذا رهن أحد الشركاء جزءاً مفرزاً ثم وقع في نصيبه أعيان غير التي يرهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة الجزء المفرز الذي رهنه ، ويعين هذا القدر

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(٢) أنظر عمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(٣) ولكن يجوز لسائر الشركاء قبل القسمة رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في هذا الجزء المفرز ، ويجوز لهم إقرار الرهن فيصبح الرهن صادراً من جميع الشركاء وينفذ في حقهم جميعاً أياً كانت نتيجة القسمة (إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ص ١٣٨ – حسن كيره في الحقوق العينية الأصلية ١ ص ١٣٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٣ – أنور سلطان في البيع والمقايضة طبعة ثانية فقرة ٤١٦ .

(٤) أنظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٤ .

بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . وقد ورد نص آخر يقرر انتقال حق الرهن إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن ، فنصت المادة ٢/٨٢٦ معنى على أنه " إذا كان تصرف الشريك في الشيوع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف " . ومتى قام الدائن المرتهن بالإجراءات التي سبق ذكرها في المواعيد المقررة . فإنه يحتفظ بمرتبة رهنه كما كانت . بالرغم من أنه قد مضت مدة قبل القيد الجديد قد تصل إلى التسعين يوماً كما سبق القول . أما إذا لم يقم بالإجراءات في المواعيد المقررة ، ولكنه مع ذلك قيد الرهن الذي انتقل قيداً جديداً فإن مرتبة هذا الرهن تكون من يوم إجراء القيد الجديد .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من العقار ، فقد الدائن المرتهن حقه في الرهن كما في الفرض السابق . وكما في الفرض السابق أيضا ، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه في التقدم ، إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود [1] .

وإذا انتقل الرهن من الجزء المفرز المرهون إلى جزء مفرز آخر ، لم يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين . وقد سبق شرح ذلك، عند الكلام في رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة [2] .

١٤٨ – رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع : ولما كان العقار الشائع مملوكاً لعدد من الشركاء ، فإن ملكيته لا تخلص لواحد منهم فقط . فإذا رهن أحد الشركاء جميع العقار الشائع [3] ، أمكن للدائن المرتهن إبطال عقد الرهن للغلط إذا كان يعتقد أن الشريك الراهن يملك كل العقار الشائع ملكية مفرزة خالصة . أما إذا كان الدائن المرتهن يعرف الحقيقة ، ويعلم أن الشريك الراهن لا يملك العقار إلا في الشيوع ، فإن الرهن يكون صحيحاً ، لأن الدائن المرتهن لا يستطيع إبطاله للغلط . ولكن هذا الرهن لا ينفذ في حق سائر الشركاء الشائعين ، ويجب انتظار نتيجة القسمة .

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٦ – ص ١١٧ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٤٦ . وأنظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٥ – ص ١١٦ .

(٣) لم يرد هذا الفرض في المادة ١٠٣٩ مدني ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة .

فإذا حصلت القسمة ، ووقع كل العقار في نصيب الشريك الراهن ، إلى نتيجة القسمة أو للبيع لعدم إمكان القسمة عيناً ، أصبح الرهن باتاً ، وصار نافذاً في حق الشريك الراهن بعد أن أصبح هذا مالكاً لكل العقار المرهون [1] .

وإذا أمكنة قسمة العقار أجزاء مفرزة ، ووقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار الشائع ، فإن الدائن المرتهن ، وكان على بينة من هذا الأمر ، يتركز حق رهنه في الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن [2] . وذلك ما لم يكن هناك اتفاق، صريح أو ضمني ، بين الشريك الراهن والدائن المرتهن على شيء آخر. فقد يتفقان على أنه إذا لم يقع كل العقار الشائع في نصيب الشريك الراهن ، جاز للدائن المرتهن إبطال الرهن . وقد يتفقان على أن الرهن يبقى على الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن ،ولكن على هذا الشريك أن يستكمل الرهن بأي ضمان آخر، رهن رسمي أو رهن حيازة أو كفالة .

وإذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن شيء من العقار المرهون ، ووقع بدلا منه منقول ، فقد الدائن المرتهن حق رهنه ، لأن العقار المرهون لم يقع في نصيب الشريك الراهن، ولأن المنقول الذي وقع في نصيب هذا الشريك لا يصلح أن يكون محلا للرهن الرسمي [3] .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا شيء منه ولا منقول، ولكن وقع في نصيبه مبلغ من النقود ، كان للدائن المرتهن حق التقدم على هذا المبلغ بما له من حق الرهن الرسمي . وقد سبق أن بينا هذا الحكم [4] .

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨ — سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٢ — حسين كيرة في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ١٢١ — إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٩ — وهناك رأي يذهب إلى أن الرهن ، فيما يتعلق بما لم يقع في نصيب الشريك الراهن من العقار المرهون ، يكون قابلا للإبطال على أساس صدوره من غير مالك (شفيق شحاته في الحق العيني فقرة ١٤٣ وفي التأمينات العينية فقرة ١٠٩ — أنور سلطان في البيع والمقايضة طبعة ثانية فقرة ٤١٥ — محمد علي عرفة في الملكية فقرة ٣٠٢ — عبد المنعم البدراوي في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٥) .

(٣) أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير العقار الذي رهنه ، انتقل الرهن بحكم الحلول العيني إلى قدر من هذا العقار يساوي ما كان الشريك الراهن يملكه في العقار المرهون . ويبدو أن الدائن المرتهن يجب عليه إجراء قيد جديد ، فيلجأ إلى الإجراءات التي سبق ذكرها في هذا الصدد ، وفي المواعيد المقررة . ولم يرد نص صريح في ذلك ، ولكن يمكن قياس هذه الحالة على الحالات الأخرى التي ورد فيها نص صريح (أنظر منصور مصطفى منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨— سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٨٢).

(٤) أنظر في هذا المعنى سمير تناغو فقرة ٢٥ ص ٩٢ .

§ ٢ – أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون
وأهلية الدائن المرتهن

١٤٩ – وجوب توافر أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون: ولا يكفي أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، بل يجب أن يكون أيضاً أهلا للتصرف فيه . وقد رأينا [١] أن الفقرة الثانية المادة ١٠٣٢ مدني تنص على أنه " يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، وأهلا للتصرف فيه " . ذلك أن الرهن الرسمي عمل من أعمال التصرف ، فيجب على كل من يقدم عليه أن يكون متوافراً على الأهلية اللازمة له ، أي أن يكون أهلا للتصرف في العقار المرهون .

أما بالنسبة إلى أهلية الدائن المرتهن ، فليست أهلية هذا الأخير كأهلية الراهن ، لأن الراهن نافع للدائن المرتهن نفعاً محضاً . فيكفي في الدائن المرتهن أن يكون ذا تمييز صحيح ، ولا يشترط فيه أهلية التصرف .

والولاية غير الأهلية . فقد لا يباشر الراهن العقد بنفسه بل بنائب عنه ، وكيل أو ولي أو وصي أو قيم . وكذلك قد يباشر الدائن المرتهن العقد عن طريق نائب عنه ، ويكون هذا ولاية لا أهلية .

وهناك راهن لا يكون هو المدين ، بل يكون كفيلا عينياً يجمع بين الرهن والكفالة . ويشترط في الكفيل العيني ، كما يشترط في المدين الراهن ، أن يكون أهلا للتصرف في العقار المرهون .

وإذن نبحث المسائل الآتية : (١) أهلية المدين الراهن . (٢) أهلية الدائن المرتهن . (٣) الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن . (٤) الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن . (٥) الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني .

١٥٠ – أهلية المدين الراهن : بالنسبة إلى المدين الراهن يعتبر الرهن عملا من أعمال التصرف دائراً بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن عقاره ، بل هو يبغي من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه [٢] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ – شفيق شحاته فقرة ٧٣ – شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٣ – سليمان مرقص فقرة ١٩ ص ٢٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢١ – سمير تناغو فقرة ٢٠ ص ٦٢ – والعلة في ذلك أن الرهن الرسمي دائر بين النفع والضرر ، لا أنه قد يؤدي إلى بيع العقار المرهون ، فإن أي دين ولو كان ديناً عادياً قد يؤدي إلى بيع عقارات المدين (أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٠١ ص ٤٣٥) .

وعلى ذلك يجب أن يتوافر في المدين الراهن ، لا أهلية الإدارة فحسب ، ولا أهلية التبرع ، بل أهلية التصرف كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه لسفه أو غفلة . فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه ، جاز لوليه أو لوصية أو للقيم عليه عقد الرهن الرسمي ، بعد أخذ إذن المحكمة فيما يتعلق بالوصي والقيم وفيما يتعلق بالجد إذا كان ولياً .

وإذا عقد المدين الراهن الرهن الرسمي بنفسه ، فإن كان فاقد التمييز بأن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً لا تمييز له ، كان عقده باطلا بطلاناً مطلقاً . أما إذا كان مميزاً ، بأن كان صبياً توافر عنده التمييز أو كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، فإن العقد يكون قابلا للإبطال [1] ، ولا يكون باطلا لأن الرهن من أعمال التصرف لا من أعمال التبرع كما أسلفنا . وفي هذه الحالة يجوز للأب أن يقر الرهن فينقلب صحيحاً إذا كان العقار المرهون لا تزيد قيمته على ثلاثمائة جنيه وإلا فلا بد من إذن المحكمة [2] ، ويجوز للجد أو للوصي أو للقيم أن يحصل على إذن المحكمة لإقرار الرهن . فإن لم يحصل ذلك وبقي الرهن قابلا للإبطال ، جاز للولي أو الوصي أو القيم إبطال الرهن ، وجاز أيضاً للمدين الراهن عند بلوغه سن الرشد أن يبطل الرهن أو أن يقره حسبما يرى [3] . ويجوز لدائني المدين الرهن ، إذا لم يكن المدين الراهن قد أقر الرهن ، أن يتمسكوا بطريق الدعوى غير المباشرة بحق مدينهم ويطالبوا بإبطال الرهن [4] .

---

(١) ولا يكون صحيحاً حتى لو بلغ القاصر وقت الرهن الثامنة عشرة وإذن له في تسلم أمواله وإدارتها ، لأن هذا إنما يعني القاصر أهلية الإدارة لا أهلية التصرف ، والرهن من أعمال التصرف .
ويرى بعض الفقهاء أن المأذون له في تسلم الأموال وإدارتها له رهن العقار إذا كان الرهن مما تقتضيه أعمال الإدارة ، وذلك كالرهن ضمانة للوفاء بالالتزامات الناتجة عن إدارة الأموال (شفيق شحاته فقرة ٧٧ ص ٧٤ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٣) . ولكن الواضح أنه الإذن للصبي في مباشرة أعمال التصرف إنما قصد به التصرفات الملحقة بأعمال الإدارة كشراء الأسمدة والبذور وبيع المحصول أو رهنه (محمد كامل مرسي فقرة ٢٧ ص ٤٥ وفقرة ٢٩٣ ص ٢٨١ — أحمد سلامة فقرة ٢١ ص ٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢) .

(٢) على أن الأب لا يلزم بتقديم حساب للمحكمة عن مال آل القاصر بطريق التبرع من الأب ، صريحاً كان التبرع أو مستتراً (م ٣ من قانون الولاية على المال) .

(٣) وإذا أقر الراهن من يملك إقراره وانقلب صحيحاً بالإقرار ، فهل يضر هذا الإقرار بدائن متأخر رهنه فيتقدم عليه الدائن المرتهن الذي أقر رهنه ؟ يرى الأستاذان بودري وديمي لوان أن الدائن المرتهن المتأخر لا يضره الإقرار ، ويستطيع أن يطالب بعدم نفاذ الرهن الأول في حقه فيتقدم على الدائن المرتهن الأول (بودري وديمي لوان ٢ فقرة ١٣٣٣ وفقرة ١٣٣٥ — ١٣٣٧ — وانظر أيضاً في هذا المعنى ديمولومب في العقود ٦ فقرة ٧٩٧ وما بعدها — جيوار ٢ فقرة ٩٧٩) . وانظر أيضاً سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٥ هامش ٢ حيث يرى أن الرأي الأول محل للنظر .

(٤) جوسران ٢ فقرة ١٦٩٣ .

وإذا باع القاصر عقاره المرهون بيعاً صحيحاً ، بأن باعه بعد بلوغه سن الرشد ، أو باعه قبل ذلك عن طريق النائب عنه وبإذن المحكمة ، ثم أجاز الرهن بعد ذلك ، فإن هذه الإجازة لا تسري في حق المشترى لأن الملكية تكون قد انتقلت إليه بالبيع ، فتكون إجازة المدين الرهن صادرة من غير مالك [1] .

ويسقط حق إبطال الرهن الرسمي بالتقادم بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (م ١٤٠ مدني) فيصبح الرهن صحيحا بأثر رجعي منذ نشوئه ، ويحتج به على كل من كسب حقاً عينياً على العقار المرهون كدائن مرتهن آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم [2] .

وقد يكون مالك العقار المرهون أهلا للتصرف ، ولكنه ممنوع من التصرف في العقار منعاً اتفاقيا (م ٨٢٣ — ٨٢٤ مدني) . فإذا تصرف الممنوع من التصرف ، كان تصرفه باطلا (م ٨٢٤ مدني) . وعلى ذلك إذا تلقى شخص ملكية عقار بعقد أو وصية، ومنع من التصرف لمصلحة المتصرف ، ومع ذلك رهن العقار رهناً رسمياً ، كان هذا الرهن باطلا ، وجاز للمتصرف أن يتمسك ببطلان الرهن [3] .

كذلك يمنع المفلس من التصرف ، وتنص المادة ٥٨٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " ١ — تغل يد المفلس بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس عن إدارة أمواله والتصرف فيها . وتعتبر التصرفات التي يجريها المفلس في يوم صدور حكم شهر الإفلاس حاصلة بعد صدوره . ٢ — إذا كان التصرف مما لا يحتج به على الغير إلا بالقيد أو التسجيل أو غير ذلك من الإجراءات فلا يسرى على جماعة الدائنين إلا إذا تمت الإجراءات قبل صدور حكم شهر الإفلاس . ٣ — لا يحول غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها دون قيامه بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه . وتقضي المادة ٥٩٠ بأن " لا يجوز للمفلس بعد صدور حكم شهر الإفلاس الوفاء بما عليه من ديون أو استيفاء ما له من حقوق ..." وتنص المادة ٥٩٢ على أن "١ — يشمل غل يد جميع الأموال التي تكون ملكاً للمفلس في يوم صدور حكم شهر الإفلاس والأموال التي تؤول إليه ملكيتها وهو في حالة إفلاس . ٢ — ..... وتقضي المادة ٥٩٨ بأنه لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ١٣٣٧ ص ٤٥٤ — سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ — ص ٢٧ — أما إذا رهن القاصر عقاره ، ورهنه مرة ثانية بعد أن بلغ سن الرشد ، ثم أجاز الرهن الأول ، فإن هذه الإجازة تجعل الرهن الأول صحيحاً منذ البداية ، ويتقدم الدائن المرتهن الأول على الدائن المرتهن الثاني (سليمان مرقس فقرة ١٨ ص ٢٦ وهامش ٢) .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ١٣٣٤ — سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ .

(٣) قارن في هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٢٠ — شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٣ هامش ١ .

الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس . (د) كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضمانا لدين سابق على التأمين، فيعتبر غير نافذ في حق جماعة الدائنين ما يصدر من المدين المفلس ، ابتداء من التاريخ الذي تحدده المحكمة باعتباره تاريخ الوقف عن الدفع من تصرفات دون مقابل ومن وفاء ومن رهن تقرر ضمانا لديون سابقة .

فإذا رهن المفلس ، في المدة سالفة الذكر عقاراً له رهناً رسمياً ، لم يكن رهناً باطلا ، ولكنه لا ينفذ في حق مجموعة الدائنين . فإذا استوفى هؤلاء حقوقهم أو وقع صلح عليها ، فإن رهن الدائن المرتهن ينفذ في حق من يستجد من الدائنين [1] . وكالمفلس من شهر إعساره ، وقد نصت المادة ٢٥٧ مدني على أنه " متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف ، للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين . وهذا النص يفهم منه أن من شهر إعساره ممنوع من أي تصرف ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، فيدخل في ذلك الرهن الرسمي. فإذا سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، ولجأ المدين الذي شهر إعساره بعد تسجيل صحيفة الدعوى إلى رهن عقار له، لم يسر هذا الرهن في حق الدائنين الذين يستجدون بعد انتهاء حالة الإعسار [2] .

١٥١ – أهلية الدائن المرتهن : والدائن المرتهن لا يلتزم ، فأن الرهن الرسمي يكون عادة ملزماً لجانب واحد هو جانب الراهن . لذلك يكون الرهن الرسمي ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، نافعاً نفعاً محضاً . فلا تلزم في الدائن المرتهن أهلية التصرف ، كما تلزم هذه الأهلية في المدين الراهن بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٢ مدني . فيجوز أن يكون الدائن المرتهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، كما يجوز أن يكون قاصراً مادام متوافراً على التمييز حتى يستطيع التعاقد ، ويجوز أن يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة لأنه يكون في هذه الحالة متوافراً على التمييز . فأهلية التصرف غير لازمة في الدائن المرتهن ، وتكفي أهلية التعاقد [3] .

---

(١) أنظر بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٤٢ وما بعدها – سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٢) أنظر سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٢٧ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ – سليمان مرقس فقرة ٢٣ – محمد علي إمام فقرة ١٤٣ – جمال الدين زكي ص ١٦٧ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ – أحمد سلامة فقرة ٢٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ – ٢١ .

وهناك رأي يذهب إلى أن الرهن الرسمي ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، يعتبر من أعمال التصرف ، لأنه يتضمن استيفاء الدين كرهن الحيازة . لذلك يجب في الدائن المرتهن أن يكون أهلا للتصرف ، فلا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، بل يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . وكذا قرر فقهاء الشريعة الإسلامية في رهن الحيازة ، والرهن الرسمي كرهن الحيازة من حيث الأهلية [1] . ويزيد أحد أنصار هذا الرأي أنه قد يقبل القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة رهناً رسمياً لا يفي بضمان الدين إذا كان الدين قد وجد صحيحاً قبل الرهن واستقل القاصر أو المحجور عليه بعقد الرهن الرسمي ، فيجب أن يكون الرهن الرسمي في هذه الحالة قابلا للإبطال [2] .

والظاهر أن الرأي الأول ، وهو الرأي السائد ، هو الرأي الصحيح . ذلك أن الرهن الرسمي لا يتضمن استيفاء الدين وإنما هو عقد استيثاق للدين يضمن الوفاء به ، فليس هو إذن من أعمال التصرف بالنسبة إلى الدائن المرتهن . ولم تعرف الشريعة الإسلامية الرهن الرسمي كما عرفت رهن الحيازة ، لذلك لا نلتجئ إلى الشريعة الإسلامية في هذه المسألة . وإذا قبل الدائن الرهن الرسمي الذي لا يفي بضمان الدين ، فذلك لا يرجع إلى عقد الرهن في ذاته ، وإنما يرجع إلى شرط تقديم الراهن عقاراً يفي بضمان الدين . فإذا كان هذا الشرط صحيحاً أو مفهوماً ضمناً وجب الوفاء به ، فإذا قدم الراهن عقاراً لا يفي بضمان الدين اختل الشرط ووجبت تكملة الرهن أو فسخ العقد . ولكن ذلك لا يرجع إلى الرهن الرسمي في ذاته ، بل هو لا يزال نافعاً نفعاً محضاً للدائن المرتهن ، فلا تلزم في هذا الدائن إلا أهلية التعاقد ، وليس من الضروري أن تتوافر فيه أهلية التصرف . وإذا كنا قد اشترطنا الرسمية في رضاء الدائن المرتهن [3] ، فلا يرجع ذلك إلى أن الرهن الرسمي يعتبر من عقود التصرف بالنسبة إلى هذا الدائن . وإنما هو عقد ككل العقود يجب فيه رضاء المتعاقدين ، فيجب إذن رضاء الدائن المرتهن . وقد اشترط القانون الرسمية في عقد الرهن الرسمي لاعتبارات نظر إليها ، وقد وجدنا هذه الاعتبارات متوافرة في الدائن المرتهن كتوافرها في الراهن ، فقلنا إنه لا بد أن يكون رضاء كل من الراهن والدائن المرتهن رضاء رسمياً [4] . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون الرهن نافعاً نفعاً محضاً للدائن المرتهن ، فوجب ، مع القول بأن رضاءه يجب أن يكون رسمياً ، إلا تتوافر فيه إلا أهلية التعاقد .

---

(١) أنظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٨٧ ص ٧٥ — والظاهر أن رهن الحيازة يتضمن حتماً استيفاء الدين . إذ يحسب إيراد العين ضمن الفوائد ورأس المال ، ولا هكذا الرهن الرسمي .

(٢) أنظر في هذا المعنى سمير تناغو فقرة ٢٠ ص ٦٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٥ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٢٤ — ١٢٥ .

١٥٢ – الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن : المقصود هنا إلاّ يباشر المدين الراهن الرهن الرسمي بنفسه ، بل يلي ذلك غيره تكون له الولاية في ذلك . والمدين الراهن إما أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وعندئذ قد يلي رهن عقاره وكيل يفوض له ذلك . وإما أن يكون المدين الراهن قاصراً أو محجوراً عليه ، وعندئذ يلي رهن عقاره وليه أو وصيه أو القيم عليه إذ يكون لهؤلاء الولاية في رهن عقاره .

فإذا كان من له الولاية هو وكيل يفوض له المدين الراهن رهن عقاره ، فالرهن هنا يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ومن ثم يجب أن يصدر من المدين الراهن توكيل خاص [1] ، ولا يكفي التوكيل العام . وفي هذا تنص المادة ٧٠٢/١ و ٢ مدني على أنه " ١ – لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء . ٢ – والوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال القانونية يصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات " . وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن مجرد التوكيل بالرهن كاف لرهن مال الموكل لدين عليه هو ، باعتبار أن الرهن ليس من أعمال التبرعات [1] . فإذا وكّل شخص شخصاً آخر في رهن عقاراته دون أن يحدد عقاراً على وجه التخصيص ، جاز للوكيل أن يرهن رهناً رسمياً أي عقار للموكل . غير أن هناك رأياً يذهب إلى أن المادة ٧٠٠ مدني تشترط في الوكالة توافر الشكل الواجب في التصرف محل التوكيل ، وشكل الرهن الرسمي في نظر هؤلاء الفقهاء ليس هو فحسب رسمية العقد ، بل أيضاً اشتمال الورقة على البيانات التي يتخصص بها الرهن (م ٢/١٠٣٥ مدني) . فوجب القول في نظر هؤلاء بأن التوكيل بالرهن يشترط فيه ، من ناحية الشكل ، إلى جانب حصوله بورقة رسمية ، أن يخصص فيه محل الرهن . وعلى ذلك يجب في التوكيل بالرهن بيان العقار المراد رهنه ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، ويجب أيضاً أن يبين الدين الذي يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به [2] . ولا نميل للاعتقاد بأن تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون يعتبر متعلقاً بشكل

---

(1) والراهن المرهن في الرسمي قد يكون هو المدين نفسه أو كفيلا عينياً آخر يتكفل بضمان الوفاء بدين على الغير وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه وقام به غيره نيابة عنه وجب أن يكون صادراً منه له وكالة خاصة .

(جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨ الطعنان رقما ٣٤٨ ، ٣٩٥ لسنة ٦١ ق) .

(١) نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨١ ص ١١٤٧ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٣٠ – عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠٥ هامش ١ – شفيق شحاته ص ٥٣ هامش ٣ – سليمان مرقس فقرة ٢٤ .

الرهن ، ولذلك نتمشى مع محكمة النقض في أنه يكفي للتوكيل بالرهن مجرد ذكر الرهن حتى تكون الوكالة خاصة . أما ما جرى عليه العمل ، فإن التوكيل بالرهن يذكر عادة الرهن والعقار المرهون والدين المضمون وغير ذلك من التفصيلات زيادة في الإيضاح .

وإذا كان الذي له الولاية هو الولي أو الوصي أو القيم ، فإن كان الأب هو الولي، كان له أن يرهن عقار القاصر دون إذن المحكمة إذا لم ترد قيمة العقار على ٣٠٠ جنيه ، وإلا فلا بد من إذن المحكمة . ويجوز للأب إذا كانا لعقار المراد رهنه قد آل إلى الصغير عن طريق التبرع من الأب ، أن يرهن هذا العقار دون إذن المحكمة أياً كانت قيمته ، لأنه لا يقدم إلى المحكمة حساباً عنه . وإذا كان الذي له الولاية هو الجد أو الوصي أو القيم ، لم يجز لأي منهم رهن عقار القاصر ، أياً كانت قيمته ، إلا بإذن المحكمة [١] .

١٥٣ – الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن : أما فيما يتعلق بالدائن المرتهن، فقد قدمنا [٢] أنه يكفي فيه لرهن عقاره أهلية التعاقد ، ولا تلزم أهلية التصرف. وعلى ذلك يستطيع الدائن المرتهن ، إذا أراد أن يوكل شخصاً آخر في ارتهان عقار الغير، أن يصدر له توكيلا عاماً ، لأن الرهن الرسمي بالنسبة إلى الدائن المرتهن ليس من أعمال التصرف حتى يستلزم توكيلا خاصاً [٣] .

أما إذا كان الدائن المرتهن قاصراً مميزاً أو محجوراً عليه لسفه أو لغفلة ، فإنه يجوز له كما قدمنا أن يرتهن عقار الغير ، فيجوز له أن يصدر توكيلا عاماً للغير بالارتهان . ويجوز لكل من الولي أو الوصي أو القيم أن يرتهن عقار الغير نيابة عن القاصر أو المحجور عليه ، دون حاجة إلى إذن المحكمة ، وتكون له الولاية في ذلك [٤] .

١٥٤ – الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني : فيما قدمنا فرضنا أن الذي رهن عقاره هو نفس المدين ، كما هو الغالب . ولكن قد يقع أن شخصاً غير المدين يرهن عقاره ضماناً للوفاء بدين على الغير ، وهذا هو الكفيل العيني . ويجب في الكفيل العيني ، كما يجب في المدين الراهن ، أن يكون مالكاً للعقار المرهون وأن يكون أهلا للتصرف فيه . ولكن التصرف هنا لا يكون عادة بمقابل ، على عكس ما تكون الحال بالنسبة إلى المدين الراهن . فالمدين الراهن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بدين في ذمته ، فيكون

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٤ ص ٣٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٥١ .

(٣) أنظر عكس ذلك وأنه يلزم توكيل خاص بالارتهان لأن الرهن حتى بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، في نظر هذا الرأي ، يعتبر من أعمال التصرف : شفيق شحاتة فقرة ٨٩ .

(٤) سليمان مرقس فقرة ٢٥ .

الرهن في هذه الحالة من أعمال التصرف ، وهو يدور بين النفع والضرر . أما الكفيل العيني فإنه عادة لا ينتفع شخصياً بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بدين في ذمة غيره ، بل هو ينفع المدين برهنه هذا . لذلك يعتبر الرهن الذي يقدمه الكفيل العيني في العادة من أعمال التبرع ، لا مجرد عمل من أعمال التصرف .

ولذلك يجب أن يتوافر في الكفيل العيني أهلية التبرع ، لا أهلية التصرف فحسب. ومن ثم يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وعند ذلك يستطيع أن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . فإذا كان قاصراً ، مميزاً أو غير مميز ، أو كان محجوراً عليه ولو لسفه أو لغفلة ، ورهن عقاره ككفيل عيني ، كان الرهن باطلا لا قابلا للإبطال ، لأن الكفيل العيني يقوم بعمل من أعمال التبرع وهو لا يملكه . كذلك لا يجوز ، وهو قاصر أو محجور عليه ، أن يرهن وليه (ولو كان الأب) أو وصية أو القيم عليه عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وإن فعل كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً لا قابلا للإبطال ، ولو كان ذلك بإذن المحكمة ، لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . ويجوز أن يتمسك بالبطلان المطلق كل ذي مصلحة ، فيتمسك به نفس الكفيل العيني بعد بلوغه سن الرشد والدائن المرتهن (ويطلب حلول أجل الدين لبطلان الرهن) والولي والوصي والقيم ودائنو الكفيل العيني ومن اشترى العقار المرهون أو ارتهنه مرة ثانية وكان الشراء أو الرهن الثاني صحيحاً .

وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه ، بل باشره غيره ، وجب أن يكون هذا الغير وكيلا عن الكفيل العيني . ويجب أن تكون الوكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع، فلا تكفي الوكالة العامة للإدارة ولا الوكالة الخاصة لعمل من أعمال التصرف . ولذلك يجب أن يكون الكفيل بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يستطيع أن يصدر هذه الوكالة . ويجب أن يكون التوكيل بالرهن الرسمي الصادر من الكفيل العيني مذكوراً فيه العقار المراد رهنه والدين الذي يرهن العقار ضماناً للوفاء به ، وإلا كان التوكيل باطلا لأن الوكيل يقوم بعمل من أعمال التبرع .

أما إذا كان الكفيل العيني قاصراً ولو مميزاً ، أو محجوراً عليه ولو لسفه أو غفلة ، لم يستطع أحد أن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وقد قدمنا أن الولي أو الوصي أو القيم لا يستطيع ذلك ولو بإذن المحكمة ، وإن فعل كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه عمل من أعمال التبرع [1]

---

(١) أنظر في كل ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٤ هامش ١ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٨ ص ٢٢ — ص ٢٣ — سمير تناغو فقرة ٢٠ ص ٦٢ .

المطلب الثاني
تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون
ومن حيث الالتزام المضمون

١٥٥ – كيف نشأ مبدأ تخصيص الرهن : لم يكن مبدأ تخصيص الرهن معروفاً في القانون الروماني ، فكان يجوز في هذا القانون أن يرهن الشخص رهناً رسمياً جميع عقاراته الحاضرة والمستقبلة ، ولم يكن يستثنى من عقارات المدين إلا ما تستثنيه الإرادة الضمنية أو ما يتزل عنه الدائن .

وكان هذا المبدأ مجهولا أيضاً في القانون الفرنسي القديم ، وكان الرهن الرسمي العام لجميع العقارات هو الرهن المعتاد في هذه العصور .

وفي عهد الثورة الفرنسية أباح قانون مسيدور (messidor) للسنة الثالثة للثورة رهن جميع العقارات دون مراعاة لمبدأ التخصيص . ولكن أوجب في قيد الرهن أن يخصص العقار المرهون ، وقرر في المادة ١٩ منه أن الرهن الرسمي لا يكون مكسوباً نهائياً إلا بالقيد . أما قانون ١١ بريمير (brumaire) للسنة السابعة للثورة ، فقد قرر مبدأ تخصيص الرهن ، لا في القيد فحسب ، بل أيضاً في عقد الرهن نفسه (م ٤ من هذا القانون) .

ولما وضع التقنين المدني الفرنسي ، كان لمبدأ عدم تخصيص الرهن الرسمي أنصار عديدون يقولون بجواز عمومية هذا الرهن وعدم تخصيصه . وقام صراع عنيف بين هؤلاء الأنصار وأنصار تخصيص الرهن الرسمي ، ولم يتغلب هؤلاء الأخيرون ويسجلوا مبدأ تخصيص الرهن الرسمي إلا بفضل نشاط محكمة النقض الفرنسية التي انتصرت لمبدأ التخصيص [١] . وبقي مبدأ تخصيص الرهن ثابتاً في القانون الفرنسي حتى اليوم ، وكل رهن لا يكون مخصصاً يكون باطلا [٢] .

---

(١) أنظر فينيه (Fenet) ٢ ص ٦١٥ وما بعدها .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ تخصيص الرهن مقيد من حيث المدين الراهن ، ومن الدائن المرتهن ، ومن حيث المصلحة العامة ، فمن حيث المدين الراهن ، يحسن أن يخصص المدين الراهن العقار المرهون والدين المضمون حتى لا يشل جميع عقاراته عن طريق الرهن العام الشامل لجميع هذه العقارات . ومن حيث الدائن المرتهن ، يحسن أيضاً تخصيص الرهن ، حتى لا يتوالى الدائنون المرتهنون الواحد بين الآخر في ارتهان جميع عقارات المدين ، وما ينجم عن ذلك من صعاب تأتي من عدم تخصيص عقار بالذات لكل دائن منهم ، فيكسب الدائن تأكيداً لضمان دينه ما يزيد على ما يفقده من اتساع رقعة العقارات المرهونة . ومن حيث المصلحة العامة ، تتجمد الثروات العقارية من جراء الرهون العامة التي تشمل جميع العقارات . أنظر في ذلك بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٦٦ .

واتبع التقنين المدني المصري ، القديم والجديد ، مبدأ تخصيص الرهن ، وسجله في نصوصه ، وجعل البطلان جزاء تخلفه .

ومبدأ تخصيص الرهن يقتضي أمرين : (١) تخصيص العقار المرهون ، فيجب تعيينه تعييناً دقيقاً في عقد الرهن بالذات . (٢) تخصيص الدين المرهون ، فيجب ذكر مقدار الدين الذي يضمنه الرهن الرسمي ، وتقرير قاعدة عدم تجزئة الرهن بالنسبة إلى هذا الدين . وجعل الرهن تابعاً للدين فلا ينفصل عنه .

§ ١ – تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

١٥٦ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٥ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " .

" ٢ – ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون 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 باطلا " [1] .

وظاهر من هذا النص أن الرهن الرسمي يجب أن يقع على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلني ، ويجب تعيينه تعييناً دقيقاً في عقد الرهن من حيث طبيعته وموقعه . هذا ويشمل الرهن إلى جانب هذا العقار المرهون ملحقاته ، وكذلك ثماره من وقت إلحاق

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – لا يجوز أن يرهن إلا العقار الذي يصح التعامل فيه ويجوز بيعه في المزاد العلني ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . ٢ – يجب أن يكون العقار المرهون معينا بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته موقعه ، وأن يكون التعيين واردا إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا " . وقد عدلت لجنة المراجعة النص تعديلا لفظياً ، فأصبح تحت رقم ١١٣٠ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب عليه تحت رقم ١١١٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١ – ص ٢٣) .

التقنين المدني السابق : م ٦٨٣/٥٥٩ : العقار الذي من شأنه جواز بيعه بالمزاد العلني هو الذي يجوز رهنه ورد غيره .

م ٨٦٤/٥٦٠ : العقارات المرهونة يلزم تعيينها تعييناً كافياً جنساً ومحلا في عقد الرهن المتفق عليه وإلا كان الرهن لاغيا ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين في العقد .

الثمار بالعقار ، ويجوز رهن المباني القائمة على أرض الغير ، فيكون للمرتهن حق التقدم في ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ، وفي التعويض إذا استبقى المباني صاحب الأرض .

فنتكلم إذن فيما يأتي : (١) وقوع الرهن الرسمي على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلني . (٢) تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وهذا الأصل في تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون . (٣) شمول الرهن لملحقات العقار المرهون . (٤) شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار . (٥) رهن المباني القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً .

١٥٧ – وقوع الرهن الرسمي على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلني :

والرهن الرسمي لا يقع إلا على العقار ، أما المنقول فلا يصح استقلالا أن يكون محلا للرهن الرسمي . وعلى ذلك لا يصح رهن الأموال المنقولة، أي الحقوق العينية التي تقع على منقول كحق ملكية المنقول وحق الانتفاع به . فلا يجوز رهن سيارة أو ساعة مهما كانت ثمينة أو مجوهرات رهناً رسمياً ، وإن كان يجوز رهنها رهن حيازة كما سنرى . على أن هناك منقولات وردت نصوص خاصة تجيز رهنها رهناً رسمياً ، وهذه هي المحال التجارية (fonds de commerce) فقد أجاز القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ رهنها رهناً رسمياً ، وبين الإجراءات التي تتبع في ذلك . ذلك أن المحال التجارية لا تعتبر منقولا مادياً ، بل هي منقول معنوي إذ تشمل خلاف العناصر المادية ، عناصر معنوية كالاسم التجاري والسمعة التجارية والعملاء ونحو ذلك . والمحل التجاري لا يخضع على كل حال للقاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، فرهنها رهناً رسمياً لا يعرضها لهذه القاعدة التي تضيع أهم فوائد الرهن الرسمي ، هذا إلى أنه يتيسر وضع نظام لشهر الرهن الرسمي على المحال التجارية [١] . كذلك يجوز الرهن الرسمي الوارد على السفن بموجب قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ وتنص المادة ٤١ منه على أن " لا ينعقد رهن السفينة إلاّ بعقد رسمي ، لأنها لا تخضع لقاعدة حيازة المنقول ويمكن أن يوضع لها نظام لشهر الرهن [٢] . وعلى غرار نظام رهن السفن البحرية، عرف نظام رهن السفن النهرية ورهن الطائرات (اتفاقية جنيف سنة ١٩٤٨) .

---

(١) أنظر في هذا المعنى بيدان وقواران ١٣ فقرة ٣٢٦ وما بعدها – بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٢٣٥ وما بعدها – شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ – سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦.

(٢) مصطفى كمال طه في أصول القانون البحري فقرة ٧٤٨ ص ٧٣٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ – سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٠ ص ٢٥ – سمير تناغو فقرة ١٣ .

ويجوز رهن العقار رهناً رسمياً ، سواء كان هذا العقار حق ملكية في عقار كملكية أرض أو ملكية منزل ، أو حق رقعة عقارية ، أو حق انتفاع عقاري [1] .

كذلك يجوز رهن حق الارتفاق ، ولكن تبعاً للعقار المرتفق لا وحده ، لأنه لا يجوز بيع حق الارتفاق منفصلا عن العقار المرتفق .

ويجوز رهن الحق العقاري المتنازع فيه ، ويشمل ذلك الدعوى المتعلقة به ، ولكن لا يجوز رهن الدعوى دون الحق [2] .

أما حق الرهن الرسمي نفسه ، فلا يجوز في فرنسا رهنه رهناً رسمياً ، لأن المادة ٢١١٨ مدني فرنسي ذكرت على سبيل الحصر الأموال التي يجوز رهنها رهناً رسمياً وليس حق الرهن الرسمي منها ، ولأن المادة ٧٧٥ مرافعات فرنسي نصت على وجوب قسمة الناتج من الرهن قسمة غرماء بين دائني الدائن المرتهن فاعتبر ذلك الناتج منقولا لا عقاراً [3] . وهذا هو الرأي السائد في مصر [4] . ولكن يجوز على كل حال رهن الدائن للدين المضمون

= ولا يجوز رهن الحقوق الشخصية رهناً رسمياً ، أياً كان محلها ، وسواء كان هذا المحل هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ولو كان هذا الشيء عقاراً . فلا يجوز رهن الديون رهناً رسمياً ، ولا رهن حق المستأجر لأنه حق شخصي ولو كانت العين المؤجرة عقاراً .

(١) أنظر في عدم جواز رهن حق الانتفاع شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٣ — ص ١٥٦ — ولكن لا شك في أن حق الانتفاع العقاري عقار ، يجوز رهنه رهناً رسمياً ، وهذا هو الرأي السائد في مصر (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٧ — ص ٣٨ — شفيق شحاته ص ٣٣ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٠ ص ٣١٥) .

وحق الانتفاع يزول حتماً بموت المنتفع ، فيزول الرهن بزوال محله — وكذلك ينتهي بانتهاء أجله ، فيزول الرهن كذلك ، وإذا رهن حق الانتفاع ، وجب ألاّ يكون ذلك لأزيد من مدته . ولا يدخل في الرهن حق المنتفع في جني الثمار وقبضها ، ولا يتقدم الدائن المرتهن في ثمن هذه الثمار ، وإنما يتركز حقه في حق الانتفاع ذاته لا فيما ينتجه من ثمار ، إلا إذا التحقت الثمار بحق الانتفاع عند نزع ملكية هذا الحق . ولا يجوز للمالك أن يرهن من ملكه حق الانتفاع ، لأن حق الملكية الكامل لا يقبل ظهوراً لحق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٥٥ — سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ هامش ٢) .

فإذا انضم إلى الرقبة حق الانتفاع وأصبحت الملكية كاملة ، شمل رهن الرقبة هذه الملكية الكاملة . ذلك لأن حق الانتفاع يعتبر من ملحقات الرقبة ، إذا انضم إليها ، فيشمله الرهن . ولكن العكس غير صحيح ، فإذا ملك صاحب حق الانتفاع المرهون الرقبة ، أصبح مالكاً ملكية كاملة ، ولكن حق الانتفاع وحده يبقى مرهونا (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ — ٣٩) .

(٢) بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٤٤ — جوسران ٢ فقرة ١٦٦٠ — سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٩ .

(٣) بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٤٧ — جوسران ٢ فقرة ١٦٥٩ .

(٤) جرانمولان فقرة ٣٣٢ — محمد كامل مرسي فقرة ٥١ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ هامش ١ — شفيق شحاته فقرة ٣٥ — سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ — وأن كان الأستاذ سليمان مرقس يرى إعادة النظر في هذا الرأي ، ويقدم الأدلة التي تدعو لذلك (سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ هامش ٢) .

بالرهن الرسمي رهن حيازة فيتبع الرهن الرسمي الدين في رهنه ، كما يجوز له أن يبيع الدين ويتبعه في ذلك الرهن الرسمي [1] .

ويجب أن يكون العقار المرهون رهناً رسمياً مما يجوز التعامل فيه ومما يجوز بيعه بالمزاد العلني ، فلا يجوز رهن الوقف ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : "يجب أن يكون المال الذي صح رهنه رهناً رسمياً عقاراً يجوز التعامل فيه ، فلا يجوز رهن الوقف" [2] . ولا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه [3] ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : " كذلك يجب أن يكون جائزاً بيعه في المزاد العلني ، فلا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف لبيعه [4] . كذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز التعامل فيه محافظة على النظام العام والآداب ، كرهن العقار المستعمل للمقامرة أو للعهارة . ولا يجوز أن يرهن رهناً رسمياً العقار المقصور على مالكه ، كحق الاستعمال وحق السكني ، لأن المالك لحق الاستعمال أو حق السكني لا يستطيع النزول عن حقه إلا بناء على شرط صريح أو لمبرر قوي (م ٩٩٧ مدني) [5] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٦ — بيدان وقواران ١٣ فقرة ٣٥٧ ص ٣٦٨ — شفيق شحاته فقرة ٣٥ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ هامش ١ — سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ — ص ٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٨ ص ٣١٣ — شفيق شحاته فقرة ٢٥ ص ٢٨ — سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ — ويلاحظ أنه قد يكون الغرض من شرط المنع من التصرف لا يتعارض مع بيع العقار في المزاد ، وعندئذ يجوز رهن العقار مع أنه ممنوع من التصرف فيه ، مثل ذلك أو يشترط البائع على المشترى منع التصرف في العقار المبيع حتى يفي المشترى بالثمن ، فهنا يجوز للمشترى أن يرهن العقار المبيع ، لأن الدائن المرتهن إذا أراد بيع العقار طهره حتما مما عليه من تأمينات مما فذلك امتياز البائع . فيستوفي البائع حقه أولا دون أن يتتبع العقار ، ثم يستوفي الدائن المرتهن بعد ذلك حقه المضمون بالرهن (إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ٢ ص ٦٩ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ — عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٥١ — أحمد سلامة فقرة ٤٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٦ — ص ٢٧) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

ونرى مع بعض الفقهاء أن جواز التعامل في العقار المرهون معناه ، أن هذا العقار يجوز بيعه بالمزاد العلني (أنظر شفيق شحاته فقرة ٢٧ — وأنظر شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٧ — ص ١٥٩ — سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٢٧ هامش ٢ — وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٣ هامش ٤) .

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد نص في القانون يحد من حق الدائن المرتهن الذي اصبح رهنه غير كاف لسداد الدين من طلب ضمان إضافي من طريق استصدار حكم بالدين يجيز له أخذ اختصاص على عقارات مدينه . وقد تنشأ ضرورة الالتجاء لإجراء كهذا ، سواء لعدم كفاية الثمن الناتج عن بيع الأعيان المرهونة ملكيتها ، أو من هبوط قيمة الأعيان المرهونة لدرجة تؤثر في سداد الدين المضمون ، أو بسبب خشية استحقاق الغير لها ، وبصفة عامة بسبب ضياع أو نقصان التأمينات المعطاة. وحق الأولوية الذي للدائن المرتهن على بعض أملاك مدينه ، لا يمنع من حقه العام على جمع أملاكه الأخرى التي تعتبر منضمة لها (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٠١ ص ٤٥١) .

١٥٨ – تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه :

رأينا [١] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٥ مدني تنص على " أن العقار المرهون يجب " أن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته موقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلا " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " وتقتضي قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة والموقع ، فإذا لم يرد في العقد هذا التحديد أمكنت تكملته في ورقة لاحقة تكون هي أيضاً رسمية ، وتعتبر ملحقاً لعقد الرهن " [٢] .

فمبدأ تخصيص الرهن [٣] إذن يقتضي أولا تعيين العقار المرهون بالذات ، فلا يجوز رهن المالك لجميع ما يملك من العقارات ، أو لجميع عقاراته الموجودة بجهة كذا . ومتى عين العقار المرهون بالذات ، وجب تحديده تحديداً دقيقاً من ناحيتين : (الناحية الأولى) من حيث طبيعته ، فيقال إن هذا العقار هو أرض أو منزل أو مصنع أو غير ذلك من العقارات ، وإذا كان أرضاً فهل هي أرض زراعية أو أرض بناء أو غير ذلك ، ويحسن ذكر حدود هذا العقار، ومساحة رقعته ، وما يحمله من مميزات ، وما أعد له من أغراض وخدمات ، وغير ذلك مما يجعل العقار موصوفاً وصفاً تاماً يمكن معه أن يتعين من بين كثير من العقارات المشابهة . ويجب ذكر ما إذا كان ملكاً كاملا أو حق رقبة أو حق انتفاع [٤] . (الناحية الثانية) من حيث موقعه ، فتذكر الجهة التي يوجد فيها العقار ، وموقع العقار من هذه الجهة، وما يحيط به من جيران وعقارات أخرى ، بحيث يتميز العقار تميزاً تاماً عن سائر العقارات المجاورة له في الجهة التي هو فيها ، فلا يلتبس بغيره من العقارات [٥] .

ويجب أن يحدد العقار هذا التحديد الدقيق في نفس عقد الرهن الرسمي ، فلا يكفي التحديد في القيد ، لأن التحديد في القيد شيء آخر يفيد الغير ولا شأن له بنفس العقد . فإذا لم يحدد العقار في نفس العقد الرسمي ، أو حدد تحديداً غير دقيق ، وجب إلحاق العقد بورقة أخرى ، تكون هي أيضاً رسمية ، يحدد فيها العقار تحديداً دقيقاً أو يستكمل فيه ما

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٣) Principe de spécialité .

(٤) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٧٠ ص ٤٨٩ وفقرة ١٣٧١ ص ٤٩١ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٥٧ ثالثاً – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣٢ .

(٥) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٧٠ ص ٤٨٩ – ص ٤٩٠ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٩ (ذكر اسم الشارع الذي يوجد فيه المنزل ورقم هذا المنزل) – سليمان مرقس فقرة ٣٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٩ – ص ١٦٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٢ – سمير تناغو فقرة ١٤ .

نقص من هذا التحديد في العقد الرسمي ، وتعتبر هذه الورقة ملحقاً للعقد الرسمي ، فيكون العقد الرسمي مشتملا على ورقتين ، ورقة يذكر فيها العقار وأخرى يحدد فيها العقار المرهون تحديداً دقيقاً .

وجزاء عدم التحديد الدقيق على الوجه الذي سبق بيانه هو البطلان المطلق ، لأن هذا التحديد الدقيق هو أصل من أصول تخصيص الرهن ، ومبدأ تخصيص الرهن مبدأ جوهري لا يقوم الرهن بدونه — ولا يجوز أن يغفل هذا التحديد الدقيق في عقد الرهن الرسمي أو في ملحقه ، اكتفاء بذكره في يد الرهن ، فإن الرهن لا يقبد إلا إذا كان صحيحاً ، والرهن الرسمي دون هذا التحديد الدقيق يكون باطلا كما قدمنا . فإذا لم يحدد العقار المرهون تحديداً دقيقاً فأصبح الرهن الرسمي باطلا ، لم يصححه القيد ولو احتوى على هذا التحديد الدقيق [1] . وإذا كان الرهن الرسمي باطلا لعدم التحديد الدقيق، أمكن أن يتمسك بالبطلان كل ذي مصلحة : الدائن المرتهن والراهن وورثة كل منهما والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة والحائز للعقار [2] .

ويتضمن عقد الرهن الباطل وعداً صحيحاً بعقد رهن رسمي آخر ، فإذا لم يقم به الراهن ، جاز للدائن المرتهن أن يعتبر أن الراهن قد أخل بوعده ، فيحل الدين فوراً ويفقد المدين سعة الأجل [3] .

١٥٩ — شمول الرهن لملحقات العقار المرهون — نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٦ مدني على ما يأتي :

" يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ " [4] .

---

(١) جيوار ٢ فقرة ١٠٢٨ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٧٩ — جوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٢) هيك ١٣ فقرة ٢١٦ — لوران ٣٠ فقرة ٥١٢ — جيوار ٢ فقرة ١٠٢٧ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٣ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٧٧ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٣) لوران ٣٠ فقرة ٥١٣ — جيوار ٢ فقرة ١٠٢٩ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٥ مكرر — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٧٨ — جوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ — يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك . فإن كان =

وهذا النص يجعل الرهن يمتد إلى ملحقات العقار المرهون ، لأن هذه الملحقات تابعة للعقار المرهون فتكون مرهونة مثله . وقد ذكر النص أمثلة واضحة لهذه الملحقات ، هذه هي:

(١) **حقوق الارتفاق** : ويقصد بها حقوق الارتفاق الإيجابية التي تكون تابعة للعقار المرهون ، فيكون هذا العقار عقاراً مرتفقاً ، له ارتفاق على عقارات أخرى مجاورة . ذلك أن حق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه ، فلا ينفصل عنه ، فإذا بيع العقار بيعت معه حقوق ارتفاقه، وكذلك إذا رهن فإن حقوق الارتفاق تصبح مرهونه مثله [1]. وتكون حقوق الارتفاق مرهونة مع العقار ، حتى لو لم توجد حقوق الارتفاق هذه إلا بعد عقد الرهن لأنها تعتبر تابعة للعقار [2] .

(٢) **العقارات بالتخصيص** : والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته يملكه مالك العقار ولكن هذا المالك رصده وقفاً على خدمة العقار واستغلاله ، فهو إذن يلازم العقار ويتبعه في مصيره بيعاً أو رهناً أو أي تصرف آخر من التصرفات . ولا يجوز فصله عن العقار، وإلا أصبح منقولا لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وتدخل العقارات بالتخصيص ، كالماشية والآلات الزراعية وأدوات النقل والسماد والبذور والمفروشات المخصصة لخدمة فندق والآلات المخصصة لخدمة مصنع ونحو ذلك ، مع العقار المرهون في الرهن ، دون حاجة إلى ذكر ذلك ، لأن هذه العقارات بالتخصيص تتبع العقار الأصلي ، فتصبح مرهونة مثله ويستوي أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت عقد الرهن أو وجد بعد ذلك .

= الرهن مرتباً على حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة ، فإن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع ، وذلك دون إخلال بما يكون هذا الحق مثقلا به من حقوق عينية . ٢ — لا أثر للرهن في الحقوق التي كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن ، على ملحقات العين المرهونة " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية والجزء الأخير من الفقرة الأولى ، مع النص على عدم الإخلال بحق امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١٢٥٢ ، وأصبح رقم المادة ١١٣١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣ — ص ٢٦) .

التقنين المدني السابق : م ٦٨٨/٥٦٤ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغير تعيين حصته منه، وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الإصلاحات ، والأبنية التي تعود منفعتها على مالكه ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

(١) جيوار ٢ فقرة ٦٧٣ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٢٨ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٣ — سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٤٨ .

فكل عقار بالتخصيص يلحق العقار الأصلي في الرهن ، أياً كان تاريخ وجوده [1] . وإذا دخل العقار بالتخصيص في الرهن ، ثم فصله الراهن عن العقار الأصلي، كأن باعه وسلمه إلى المشترى ، فإن المشترى إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذي أصبح منقولا، ولا يحتج عليه بأنه كان مرهوناً مع العقار الأصلي لأنه حازه وهو يعتقد بحسن نية أنه خال من الرهن . ولكن يجوز للدائن المرتهن أن يحجز على الثمن وهو في يد المشترى ، إذا كانَ هذا لم يدفعه للبائع ، لأن الرهن شمل الثمن ويتقدم فيه الدائن المرتهن [2] . أما إذا باع الراهن العقار بالتخصيص ولكن لم يسلمه للمشترى ، فإنه يبقى مرهوناً مع العقار الأصلي كما كان ، حتى لو كان المشترى حسن النية مادام أنه لم يحزه ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يعارض في تسليم العقار بالتخصيص للمشترى [3] .

(٣) **التحسينات والإنشاءات** : وكثيراً ما يستحدث مالك العقار المرهون هذه التحسينات ويقيم هذه المنشآت ، فتدخل ضمناً ، دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك ، في الرهن باعتبارها تابعة للعقار المرهون . ولا يقصد بالتحسينات والمنشآت ما نشأ نتيجة للتقلبات الاقتصادية كارتفاع سعر العقار المرهون ، أو نتيجة لتنفيذ مشروعات عامة كمشروعات للإنارة أو للكهرباء أو للري أو للصرف ، فكل هذه يستفيد منها العقار فيعلو سعره ويدخل هذا العلو في الرهن ، ولكنها لا تعتبر هي التحسينات والمنشآت المقصودة [4]. وما أنتجته الطبيعة من تحسينات في الأرض ، كتراكم الطمي الذي يزيد من مساحة الأرض،

---

(١) أنظر أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٩ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩١٦ — بيدان وقواران فقرة ٣٥٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٤٦ — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٦٦٨ — چوسران ٢ فقرة ١٦٥٦ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ — سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٤٩ — وذلك ما لم يتفق على غيره (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٢ ص ٤٢٠ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٧ ص ٨٥١) ، ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعيه (سليمان مرقس فقرة ٣٣ ص ٤٨) .

(٢) سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٤٨ .

(٣) بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩١٧ — بيدان وقواران فقرة ٣٥٤ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٣ — أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ hypothèque فقرة ١٧٠ ص ٩١٦ — محمد كامل مرسي فقرة ٥٨ — شفيق شحاته فقرة ٣٦ — سليمان مرقس فقرة ٣٣ ص ٤٩ — سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٤٩ .

ويشمل الرهن العقار بالتخصيص حتى لو كان الراهن لم يدفع ثمن المنقول الذي اصبح عقاراً بالتخصيص . ويتأخر امتياز بائع المنقول على حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كان الدائن المرتهن يعلم وقت تخصيص المنقول خدمة العقار بوجود امتياز للبائع (استئناف مختلط ١٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨ — سليمان مرقس ٣٣ ص ٤٨ هامش ٥ . وقارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥) .

(٤) سمير تناغو ١٦ ص ٤٩ — ص ٥٠ .

يعتبر تحسيناً بفعل الطبيعة ويدخل ضمن الرهن . أما المقصود بالتحسينات هنا ، فهو ما يصنعه صاحب العقار المرهون بنفسه ، كتوسيع غرف المنزل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من الطريق العام ، فكل ما يصنع من ذلك يعتبر تحسيناً يدخل ضمن الرهن [١] . وكذلك الإنشاءات التي يزيدها صاحب العقار المرهون ، كأن يبني طابقاً جديداً أو يستحدث بناء على الأرض المرهونة أو يضيف على البناء الموجود ملاحق له تزيد من قيمته، كل هذه تعتبر إنشاءات تتبع العقار المرهون وتدخل معه في الرهن [٢] . ويستوي أن تكون التحسينات والإنشاءات قد حدثت قبل عقد الرهن أو حدثت بعد ذلك ، فمادامت قد أصبحت عقاراً ملحقاً بالعقار الأصلي المرهون ، فإنها تدخل معه في الرهن . وتدخل التحسينات والإنشاءات أياً كانت قيمتها ، ولو زادت القيمة على العقار الأصلي المرهون نفسه [٣] . وإذا قام الغير ، كمستأجر ، بالإنشاءات لخدمته فإنها لا تدخل في الرهن مادامت في ملك المستأجر [٤] . حتى إذا انتهى الأمر بأن دخلت في ملك صاحب العقار المرهون ، فأن الرهن يشملها [٥] ، ولا يعتبر رهناً لمال مستقبل أن تكون المنشآت قد أقيمت بعد الرهن، فإن الرهن يشملها لا مستقلة بل باعتبارها قد أصبحت تابعة للعقار المرهون [٦] . وإذا امتد الرهن إلى المنشآت والتحسينات فإنه يمتد بمرتبته الأصلية لا من تاريخ وجود هذه المنشآت والتحسينات ، حتى لو لم تقم هذه المنشآت والتحسينات إلا بعد مدة طويلة انقضت بعد عقد الرهن [٧] .

---

(١) ويعتبر تحسيناً ما ينقضي من حقوق كانت تثقل العقار المرهون ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع (بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٦ — سمير تناغو فرة ١٦ ص ٥٠ هامش ٢) . وإذا نص صريحاً في عقد الرهن أنه لا يشمل فحسب العقار المرهون ، بل وجميع التحسينات والزيادات الحاصلة فيه ، فإن هذا الرهن يشمل الطابق الجديد المبني في العقار ، ويدخل في نزع الملكية (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٧٢ ص ٩٣٦) .

(٢) فتدخل المباني المستحدثة فوق الأرض كجزء من الأرض المرهونة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٩) ، وكذلك ريع هذه المباني (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦١) .

(٣) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ — سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥٠ .

(٤) ويجوز للمستأجر رهن هذه الإنشاءات ، مادامت في ملكه (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٣ — ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ — سليمان مرقس فقرة ٣٤ ص ٥٢) .

(٥) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ — ص ٣٥ — سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥٠ — وإذا كان الباني على العقار المرهون يستحق تعويضاً ، أخذه من مالك العقار المرهون لأن هذا المالك قد زاد البناء في قيمة ملكه ، ولا يرجع الباني بدعوى الإثراء بلا سبب على الدائن المرتهن إذا نزع هذا ملكية البناء مع العقار المرهون وحصل بذلك على حقه (سليمان مرقس فقرة ٣٤ ص ٥١ هامش ٤ — عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٠) .

(٦) سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥١ .

(٧) سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥١ .

وليس ما ذكرنا هو وحده الذي يلحق بالعقار المرهون فيدخل في الرهن ، بل كل ملحق بالعقار المرهون يدخل في الرهن إذا اعتبر عقاراً مثله . فيدخل حق الانتفاع باعتباره تابعاً للعقار المرهون ، وعلى ذلك إذا رهن مالك الرقبة ما يملكه وهو الرقبة ، وكان حق الانتفاع مفصولاً من الرقبة ومقرراً لشخص آخر ، ثم انتهى حق الانتفاع فآل إلى الرقبة ، دخل حق الانتفاع باعتباره ملحقاً بالعقار المرهون [1] .

ويدخل كذلك حق الحكر ، إذا رهن صاحب الرقبة ما يملكه ثم انقضى حق الحكر أو فسخ ، فإنه يلتحق بالرقبة المرهونة ويصير مرهوناً مثلها [2] .

ويدخل كذلك في الرهن الحائط المشترك الذي يحد العقار المرهون ، باعتبار أنه ملحق بهذا العقار [3] ، كما يدخل صاحب سطح الأرض المرهون في التعويض الذي يأخذه من منجم في بطن الأرض [4] . والمهم أن يكون الذي يدخل في الرهن هو ملحق للعقار المرهون يعود بمنفعة على المالك [5] ، وأن يكون في الوقت ذاته معتبراً عقاراً مثله [6] ، فقد نصت المادة ١٠٣٦ مدني كما رأينا على أن " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً " .

وقد لاحظ المشرع المصري أن قد يدخل ضمن الرهن ، كملحقات للعقار المرهون ، ما يكون مثقلا بحق امتياز المقاول أو المهندس المعماري ، وذلك كالمنشآت والتحسينات التي يقيمها صاحب العقار المرهون فتدخل في الرهن وعليها امتياز للمقاول أو المهندس المعماري الذي بناها . هذا الامتياز قد يكون متأخراً في مرتبته عن حق الرهن الأصلي ، بأن تكون المنشآت أو التحسينات لم تقم إلا بعد الرهن . ومع ذلك يتقدم المقاول أو المهندس المعماري بامتيازه هذا المتأخر على الدائن المرتهن المتقدم ولو كان الدائن المرتهن لا يعلم بحق الامتياز . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠٣٦ مدني على هذا الحكم ، إذ تقول : " مع عدم

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٦ — سمير تناغو فقرة ١٦ ص ٥٢ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ٣٧ .

(٣) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٦٦٨ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٥) فلا يدخل في الرهن ما استحدث المستأجر من منشآت في العين المرهونة مادامت المنشآت مملوكة للمستأجر، فإذا ما آلت ملكيتها للمالك وأصبح يستطيع الانتفاع بها ، دخلت في الرهن كما قدمنا .

(٦) فلا يدخل في الرهن ما يعتبر منقولا من ملحقات العقار ، كالعربات المخصصة لركوب صاحب هذا العقار وأثاث المنزل المخصص لسكنى الراهن وللمواشي والآلات التي يستأجرها الراهن لخدمة العقار (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٣ — سليمان مرقس فقرة ٣٢ ص ٤٧) .

الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ "[1] .

وكل ما قدمنا ليس من النظام العام . فيجوز للدائن المرتهن وصاحب العقار المرهون أن يتفقا على إخراج التحسينات والإنشاءات أو حق الانتفاع أو غير ذلك من الرهن ، فلا يصبح مرهوناً مع العقار المرهون . وقد نصت المادة ١٠٣٦ مدني على ذلك، إذ تقول " ما لم يتفق على غير ذلك " .

١٦٠ – شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار – نص قانوني:

تنص المادة ١٠٣٧ مدني على ما يأتي :

" يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن ينحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار "[2] .

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمادة ١٠٣٦ مدني ما يأتي : " ينحق بالعقار في الرهن، فيكون مرهوناً مثله في نفس الدين ، دون حاجة إلى ذكره في العقد ، كل ما يكون من ملحقات العقار ويعتبر عقاراً . مثل ذلك ما يكون للعقار المرهون من حقوق ارتفاق ، ومثل ذلك أيضاً العقارات بالتخصيص التي أعدها المالك لخدمة العقار ، سواء كانت من قبل الرهن أو أعدت بعده، ومثل ذلك أخيراً ما أدخل على العقار ولو لم يعد الرهن من تحسينات، مهما زادت في قيمته وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء فإن الرهن يشمله مهما كان كبيراً . كذلك لو أقام الغير بناء على أرض مرهونة وملك الراهن البناء بالالتصاق ، فإن الرهن يشمل البناء . وتطبيقاً لما تقدم إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك ، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعاً للرقبة ، مع مراعاة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهوناً واشتراه مالك الرقبة المرهونة ، فإن الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذي رتب على حق الانتفاع من قبل . وكذلك الأمر في ملحقات العقار المرهون إذا كان للغير حق عليها ، فإن الرهن الذي يمتد إلى هذه الملحقات لا يؤثر في هذه الحقوق ، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشي ولم يدفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض ، فإن الرهن يشملها ولكنه يتأخر عن امتياز بائع الماشي " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤ – ص ٢٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦ – ص ٢٧) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن يقابله في تقنين المرافعات الأسبق م ٦٢٣/٥٤٥ : يترتب على تسجيل التنبيه إلحاق إيراد العقار المقصود نزعه من يد المدين وثمراته به ، ويوزع ما يخص المدة التي أعقبت ذلك التسجيل من كل منها كما يوزع ثمن العقار .

ويؤخذ من هذا النص أن ثمار العقار المرهون تلتحق بهذا العقار ، ويجرى في توزيعها ما يجرى في توزيع ثمن العقار ، من وقت إلحاق الثمار بالعقار عند الشروع في نزع ملكية العقار ، سواء كان نازع الملكية هو الدائن المرتهن أو أي دائن آخر ولو كان دائناً عادياً . أما قبل إلحاق الثمار بالعقار ، فالثمار من حق صاحب العقار المرهون وله قبضها ، وقد نصت المادة ١٠٤٤ مدني في هذا الصدد على أن " للراهن الحق في إدارة العقار المرهون ، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار " . وهذا هو الذي يميز الرهن الرسمي ، فالراهن لعقاره رهناً رسمياً لا يحرم نفسه من ثمار عقاره ، فهي ملكه وله أن يقبضها إلى أن تنحق بالعقار " [1] .

يبقى إذن أن نحدد بالضبط متى تلتحق الثمار بالعقار ، فيتقدم فيها الدائن المرتهن بحسب مرتبته كما يتقدم في استيفاء دينه من ثمن العقار نفسه. تقول المادة ١٠٣٧ مدني، كما رأينا ، أنه " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ، ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل " . فلتحق الثمار بالعقار المرهون من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وهذا إذا كان العقار المرهون لا يزال في ملك الراهن . أما إذا انتقل العقار المرهون إلى ملك حائز للعقار ، فقد نصت المادة ١٠٧٩ مدني على أنه "على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد " .

فإذا كان الثمار مدنية ، وهي ما يسميها المشرع بالإيرادات ، فما يستحق منها عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت رسو مزاد العقار المرهون يلحق بالعقار ، ويوزع على الدائنين المرتهنين بحسب مراتبهم كما يوزع ثمن العقار المرهون نفسه . فإذا كان العقار المرهون منزلا وكان مؤجراً ، فإن أجرة المنزل من وقت تنبيه نزع الملكية أو من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت رسو مزاد المنزل تلحق بالعقار ، وتوزع مع ثمن العقار على الدائنين المرتهنين بحسب مراتبهم . أما ما يستحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل التنبيه أو على الإنذار فإنه يكون من حق صاحب العقار المرهون ، ولو لم يتم الوفاء إلا بعد التسجيل أو الإنذار [2] .

---

(١) وتشمل ثمار العقار ثمار ملحقاته ولو أنشئت بعد الرهن ، كبناء طابق جديد بعد الرهن فوق المنزل المرهون (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٨ — سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣). وإذا باع الراهن الثمار قبل إلحاقها بالعقار ، ثم جنيت بعد ذلك ، فإنها تكون ملكاً للمشترى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٣ ص ١٦٨ — سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣) .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٦ .

إما إذا كانت الثمار طبيعية أو مستحدثة ، فهناك رأي يذهب إلى أن العبرة فيها بتاريخ الجني ، فإذا كان التاريخ بعد التسجيل أو الإنذار ألحقت كلها بالعقار ، ولا يعتد بالمدة التي بقيت فيها هذه الثمار بالأرض قبل التسجيل أو الإنذار مادامت قد جنيت بعد ذلك . فلو أن الثمار هي محصولات الأرض ، وبقيت هذه المحصولات في الأرض تسعة أشهر منها ستة أشهر قبل التسجيل أو الإنذار فإنها تعتبر كلها ملحقة بالعقار المرهون ويوزع ثمنها على الدائنين المرتهنين كما يوزع ثمن العقار نفسه ، ولو أن هذه المحصولات بقيت في الأرض ثلثي المدة قبل التسجيل أو الإنذار وثلث المدة فقط بعد ذلك [1] . ويستند هذا الرأي إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة لا تعتبر مقبوضة إلا من وقت فصلها ، بخلاف الثمار المدنية فإنها تعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (م ٢/٩٧٨ مدني) .

ولكن الرأي السائد ، وهو الرأي الذي نأخذ به ، يذهب إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة هي كالثمار المدنية ، فلا تلحق بالعقار إلا بنسبة المدة التي أعقبت التسجيل أو الإنذار إلى كل المدة التي بقيت فيها هذه الثمار بالأرض . ففي المثل السابق ، لا يلتحق بالعقار المرهون إلا ثلث المحصول ، أما الثلثان فيكونان من نصيب الراهن ، ونستند في هذا الرأي إلى أنه لا مبرر للتفرقة بين الثمار المدنية والثمار الطبيعية أو المستحدثة في هذا الصدد . وإلى أنه مادامت هذه الثمار الطبيعية أو المستحدثة بقيت في الأرض مدة قبل التسجيل أو الإنذار فإن ما يقابل هذه المدة منها يكون من حق الراهن . وهذا ما تنص عليه المادة ١٠٣٧ مدني ، فهي تقول : " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ... " [2] .

١٦١ – رهن المباني القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً – نص قانوني :

تنص المادة ١٠٣٨ مدني على ما يأتي :

---

(١) محمد حامد فهمي في التنفيذ فقرة ٣٥٢ – شفيق شحاته فقرة ١٢٥ ص ١١٤ .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٨ ص ٣٤٦ – محمد علي إمام فقرة ١٧٢ ص ٢٧٠ – جمال الدين زكي ص ٢٢٦ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥٣ ص ١٦٧ – سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨ ص ٨١ – أحمد سلامة فقرة ٦١ ص ١٩٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ ص ٣٦ – ص ٣٧ – سمير تناغو فقرة ١٧ ص ٥٤ – ص ٥٥ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ولا يلحق بالعقار من الثمار إلا بقدر المدة التي أعقبت التسجيل " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧) .

" يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصـــة بالالتصاق" [1] .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجوز لشخص غير مالك الأرض أن يقيم على الأرض مباني يتملكها ، فتكون الأرض مملوكة لشخص والمباني مملوكة لشخص آخر . نفرض مثلا أن مستأجراً للأرض أو صاحب حق انتفاع أو مجرد حائز حصل من صاحب الأرض على الحق في إقامة منشآت في الأرض على أن تبقى هذه المنشآت ملكه ، فإذا انقضت المدة المتفق عليها كان لمالك الأرض أن يستبقي المباني التي يتملكها بموجب حق الالتصاق ويعطي لصاحب المباني التعويض المتفق عليه أو التعويض الذي يحدده القانون طبقاً لقواعد الالتصاق، أو أن يطلب من صاحب المباني هدمها وأخذ أنقاضها أو بيع هذه الأنقاض . وقد نصت المادة ٩٢٢ مدني على هذا الحكم ، فهي تقول : " ١ — كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته، ويكون مملوكاً له. ٢ — ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها " . فيجوز إذن أن يكون لأجنبي على أرض الغير مباني ومنشآت ، يملكها تحت شرط فاسخ . فإذا انقضى الميعاد المتفق عليه ووجب خروج الأجنبي من الأرض ، كان لمالك الأرض الحق في تملك المباني بالالتصاق على أن يدفع لصاحب المباني التعويض المتفق عليه أو التعويض الذي حدده القانون في حالة التملك بالالتصاق ، أو الحق في أن يطلب من صاحب المباني هدمها وأخذ الأنقاض أو بيعها. وفي هذه الحالة يكون المستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو الحائز مالكاً للمباني ، إلى أن يستعمل صاحب الأرض حق حيازة . فالمباني إذن تكون عقاراً مملوكاً لشخص غير مالك الأرض، وعلى ذلك يجوز لصاحب المباني أن يتصرف فيها كعقار ، وأن يرهنها رهناً رسمياً . وفي هذا تقول العبارة الأولى من المادة ١٠٣٨ مدني سالفة الذكر : " يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها ... " [2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨ — ص ٢٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) نقض فرنسي ١٩ يوليو سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ٦٠٣ — ١٩ يونية سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٢٦٥ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ — أوبري ورو ٢ فقـــرة ١٦٤ ص ٦ —

فإذا رهن المباني صاحبها رهناً رسمياً ، وحل الدين المضمون بالرهن قبل أن يستعمل صاحب الأرض خياره ، كان لصاحب المباني أن يفي بالدين ، وإلا نزع الدائن المرتهن ملكيته المباني المرهونة لاستيفاء دينه من ثمنها [1] ، وقد بيع صاحب المباني مبانيه وهي مرهونة ، فيجوز للدائن المرتهن أن يتتبع المباني وهي في يد الحائز ،وينفذ عليها بدينه كما يفعل أي دائن مرتهن بالنسبة إلى العقار المرهون إذا باعه صاحبه إلى حائز [2] .

أما إذا استعمل صاحب الأرض حق خياره قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، فإن استبقى المباني وجب عليه دفع التعويض المتفق عليه أو الذي حدده القانون وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق (م ٩٢٥ — ٩٢٦ مدني و م ٥٩٢ للمستأجر) . وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن على هذا التعويض حق التقدم ، بما له من حق الرهن على المباني وحلول تعويض كل المباني حلولا عينياً . أما إذا طلب صاحب الأرض إزالة المباني ، فأزالها من بناها وباع الأنقاض ، فإن الدائن المرتهن يكون له حق التقدم على ثمن الأنقاض إذا حلت محل المباني حلولا عينياً ، فكان للدائن المرتهن حق التقدم في ثمنها [3] .

وليس فيما قدمناه إلا تطبيق القواعد العامة في رهن صاحب العقار عقاره وفي التملك بموجب حق الالتصاق ، وعلى ذلك يجوز لصاحب المباني رهنها على الوجه الذي قدمناه ، ومتى عينها تعييناً دقيقاً كان هذا تخصيصاً للرهن من ناحية العقار المرهون .

وقد نصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي على الأحكام التي تقدم ذكرها ، فهي تقول : " إذا رهن المباني صاحبها يقع الرهن عليها محدداً بحقوقه ، ليبقى الرهن ما بقيت المباني قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فإذا انتقلت الملكية بالالتصاق ، انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المباني . وإذا نزعت المباني في الحالات التي يجوز فيها ذلك ، كان للمرتهن حق على ثمن الأنقاض . وهذه حالة من حالات الحلول العيني نص عليها المشروع [4] " .

= وفقرة ٢٢٣ ص ٦٢٧ و ٣ فقرة ٢٥٩ هامش ٥ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠١ (١) — بيدان وفوارات فقرة ٣٧٨ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٠٦٨ ص ٤٠٤ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٨ وهامش ١ — سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٨ .

(١) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٠ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ — سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٨ — سليمان مرقس فقرة ٥١ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ — سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٨ .

(٣) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠١ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ — سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٧٩ — شمس الدين الوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٤ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨ — ويميز الفقهاء في مصر بين ما إذا كان الدين مستحق الأداء وقت استبدال المقابل بالمباني فتكون أمام حق تقدم بموجب حق الرهن نفسه، وبين ما إذا لم يكن الدين مستحق =

§ ٢ – تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون

١٦٢ – وجوب تحديد الدين المضمون تحديداً دقيقاً : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي " : يجب أن يكون الدين المضمون محدداً تحديداً دقيقاً ، وهذا هو الشطر الثاني من مبدأ تخصيص الرهن " [١] . فلا يكفي إذن ، حتى يكون الرهن الرسمي مخصصاً ، تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، بل يجب أيضاً تخصيصه من ناحية الدين المضمون . ذلك لأن الدين المضمون هو الأصل ، والرهن ليس إلا تأميناً لهذا الدين ، فوجب إذن تحديد الأصل وهو الدين المضمون ، كما حددنا التابع وهو العقار المرهون [٢] .

والرهن لا يتجزأ ، ومبنى عدم قابلية الرهن للتجزئة كما قدمنا [٣] هو أن كل جزء من الدين المضمون يكون مكفولا بكل الرهن ، وأن كل جزء من العقار المرهون يكفل كل الدين .

ولا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل هو تابع له في صحته وانقضائه .

وعلى ذلك نبحث المسائل الآتية : (١) كيفية تحديد الدين المضمون . (٢) عدم قابلية الرهن للتجزئة . (٣) عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون .

١٦٣ – كيفية تحديد الدين المضمون – نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٠ مدني على ما يأتي :

" يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين " [١].

= الأداء إلا بعد ذلك فتكون بصدد حلول عيني للمقابل الذي استحق محل العقار المرهون (منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٩ – سمير تناغو فقرة ٢٤ ص ٨٠ – وقارن شمس الدين الوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٥ هامش ١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣ .

(٢) بل إن تخصيص الرهن الرسمي من ناحية الدين المضمون أهم من تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، فمهما رهن الشخص من عقارات لم يكن رهن ذا بال إذا كان الدين المضمون قليلا محدداً (بيدان وفواران ١٤ فقرة ٨١٣ وما بعدها – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٧٦٠ – چوسران ٢ فقرة ١٦٨٤ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ وما بعدها – سمير تناغو فقرة ١٩ ص ٥٩ – ص ٦٠ – محمد علي إمام ص ٢٧٢ – شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ .

(٣) أنظر فقرة ١٢٠ .

وهذا النص إنما يتكلم عن ديون قد يظن أنها لا تحمل قدراً كافياً من التحديد ، كالديون المستقبلة والديون الاحتمالية ، ولكنه وضع قاعدة لتحديدها بتعيين الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين . ونرى من ذلك أن الدين المضمون لا بد أن يكون محدداً كافياً حتى يكون الرهن مخصصاً من ناحيته ، وإلا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص .

فلا يجوز أن يعقد رهن رسمي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين ، سواء في أية مدة أو في مدة معينة ، مادامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر [٢] . كذلك لا يجوز أن يمتد الرهن الرسمي لضمان أي دين آخر لم يعين مقداره ولا مصدره يثبت في ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن [٣] .

ويتحدد الدين المضمون بأمرين :

(١) بمقداره ، فيحدد هذا المقدار إذا كان ديناً معيناً ، من رأس مال وفوائد ومتى يبدأ سريان الفوائد . ويستوي في ذلك الدين المنجز والدين المؤجل والدين المعلق على شرط ، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن الرسمي [١] . وإذا كان الدين مستقبلا كاعتماد مفتوح في مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جار يحتمل أن يكون رصيده مديناً أو يكون دائناً فإذا كان الرصيد فيما بعد رصيداً مديناً كان هذا الدين منذ البداية ديناً احتمالياً ، كان تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهي إليه الدين وفي هذا تقول المادة ١٠٤٠ مدني سالفة الذكر بأن يتحدد في عقد الرهن " الحد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٨ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢ — ص ٣٤) .

التقنين المدني السابق : م ٦٨٤/٥٦٠ : العقارات المرهونة يجب تعيينها تعييناً كافياً جنساً ومحلا في عقد الرهن المتفق عليه وإلا كان الرهن لاغياً ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين في العقد .

م ٦٨٥/٥٦١ : الرهن العقاري الواقع تأمينا لمبلغ موعود بإقراضه يأخذه المستقرض شيئاً فشيئاً عند الاقتضاء ، أو تأمينا لحساب جار بين المتعاملين ، يكون صحيحاً إذا تحددت غاية المبلغ الذي ينتهي الأخذ أو الحساب الجاري .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤٩ .

(٣) نقض فرنسي ٢٣ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ — ١ — ٣١٦ — ٦ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٣٩ — ١ — ٥٣ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤١ .

(٤) والدين المعلق على شرط قد يكون مقداره معروفاً ، وفي هذه الحالة يجب ذكره في العقد الرسمي ، وذلك بخلاف الدين المستقبل والدين الاحتمالي ، فهذه ديون مقدارها عادة غير معروف (بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٥٧ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٤٠٢ — بيدان وفوران فقرة ٨١٥ — كولان وكبيتان ٢ فقرة ١٧٦٠) .

الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين " [1] . فإذا عين الحد الأقصى للدين والمدة التي ينعقد فيها الدين ، وجب التقيد بذلك . فما انعقد من الدين في المدة المتفق عليها يكون مضموناً بالرهن الرسمي ، بشرط ألا يجاوز الحد الأقصى المبين [2] . وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً بقدر الإمكان ، أما في القيد ، فيجب تحديد مبلغ تقريبي ينتهي إليه الدين ، وهذا المبلغ هو الذي يطلع عليه الغير ويحتج عليه به [3] .

(٢) ومصدر الدين ، فيجب إلى جانب تحديد مقدار الدين تحديد مصدره أيضاً، هل هو عقد وأي عقد يكون أو هو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفردة أو هو القانون . فقد يكون الدين المضمون ثمناً في عقد بيع أو قرضاً أو إيراداً مدى الحياة أو شرطاً (charge) في عقد هبة أو التزاماً بعمل أو تعويضاً عن عمل مشروع ، وقد يكون ديناً معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجزاً ، كما قد يكون ديناً مستقبلا أو ديناً احتمالياً ، وهكذا تتنوع الديون بتنوع مصادرها [4] .

وتحديد الدين المضمون على الوجه السالف الذكر يبرره مصلحة الغير ومصلحة المدين نفسه . فكل دين غير محدد بالنسبة إلى مقداره أو بالنسبة إلى مصدره قد يصل إلى مبلغ كبير ، فيرى الغير من دائن مرتهن تال أو مشتر للعقار المرهون في النهاية أن الدين الذي يضمنه العقار بلغ حداً كبيراً ، وهذا الدين يسبقه أو يلتزم بدفعه إذا لم يطهر العقار . وكذلك

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " يجب أن يكون الدين المضمون محدداً تحديداً دقيقاً ، وهذا هو الشطر الثاني من مبدأ تخصيص الرهن . على أن تحديد الدين لا يمنع من أن يكون معلقاً على شرط أو يكون ديناً مستقبلا أو ديناً احتمالياً ، وتطبيقاً لذلك يجوز أن يكون الدين اعتماداً مفتوحاً وهذا هو الدين المستقبل ، أو حساباً جارياً وهذا هو الدين الاحتمالي ، ولكن يجب في كل حال أن يتحدد مبلغ الدين المضمون ، فإن لم يمكن تحديده وجب أن يعين حد أقصى ينتهي إليه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣). وأنظر نقض فرنسي ٣ فبراير سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعي ١٩٣٧ — ١٧٧) .

(٢) وتكون مرتبة الرهن من يوم قيده ، لا من يوم تحقق الدين (استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٣ — سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ١٠٦) .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٨٦ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ — فقرة ١٤٠١ — كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٧٦٠ — پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٠١ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ .

(٤) نقض فرنسي ٦ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٣٩ — ١ — ٥٣ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ — بيدان وڤواران فقرة ٨١٦ — پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥٠ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٨ — ص ١٤٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٤١ — سمير تناغو فقرة ١٩ ص ٦١ .

في الدين غير المحدد ، لا يتمكن المدين أن يعرف ما المقدار الذي يجب عليه دفعه ، وقد يصل إلى مبلغ كبير لا يستطيع الوفاء به ولا يكفيه العقار المرهون [١] .

وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الرسمي هو بطلان عقد الرهن الرسمي نفسه، لعدم تخصيص الرهن من ناحية الدين المضمون . وفي ذلك تقول المادة ٢١٣٢ مدني فرنسي إن " الرهن الرضائي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان ... " . والبطلان هنا بطلان مطلق ، ويستطيع أن يتمسك فيه كل ذي مصلحة . فيتمسك به المدين والدائن المرتهن وورثة كل منهما أو الخلف الخاص ، والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة ، وحائز العقار المرهون [٢] .

١٦٤ – عدم قابلية الرهن للتجزئة – نص قانوني : تنص المادة ١٠٤١ مدني على ما يأتي :

" كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك " [٣] .

وقد سبق [٤] أن أوجزنا أن الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى العقار المرهون، وبالنسبة إلى الدين المضمون . ونعرض الآن لعدم قابلية الرهن للتجزئة ، في شيء من التفصيل . فالرهن الرسمي ، بطبيعته ، غير قابل للتجزئة [٥] . ولكن ذلك لا يعني أنه

---

(١) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٩٩ – بيدان وفواران فقرة ٨١٣ وفقرة ٨١٨ – بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٥٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٩٩ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٧٦٠ – جوسران ٢ فقرة ١٦٨٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٠٣ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٧٦٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد النص في المادة ١٤٤٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق على استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٣٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٤ – ٣٦) .

التقنين المدني السابق : م ٦٨٨/٥٦٤ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغير تعيين حصة منه وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الإصلاحات والأبنية التي تعود منفعتها على مالكها ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٥) أوبري ورو فقرة ٢٨٤ ص ٥٦١ – ص ٥٦٢ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ٨٩٧ وما بعدها – بيدان وفواران فقرة ٣٠٧ وما بعدها – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٦٦٢ – جوسران ٢ فقرة ١٦٤٧ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٩ .

يكون دائماً غير قابل للتجزئة ، فإن العبارة الأخيرة من نص المادة ١٠٤١ مدني سالفة الذكر تقول : " ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك " . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : "على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام ، فقد يتفق المتعاقدان على تجزئته في عقد الرهن نفسه أو بعد العقد ، وقد يقضي بتجزئته نص في القانون كما هو الأمر في تطهير العقار من الرهن" [1] . ففي تطهير العقار من الرهن ، يجوز للحائز أن يطهر العقار من الرهن فيوجه إلى الدائن المرتهن إعلاناً يشتمل على بيانات معينة منها المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ، ويذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الدين المضمون إلى القدر الذي قوم به العقار . ويجوز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار ، فيتم البيع . وإذا لم يطلب بيع العقار ، استقرت ملكية العقار نهائيا للحائز خالصة من الرهن إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائن المرتهن. وقد يكون المبلغ الذي يرسو به المزاد في العقار أو المبلغ الذي يدفعه الحائز لا يكفي لوفاء الدين المضمون بالرهن ، ومع ذلك يطهر العقار من الرهن ، ويصبح الرهن قابلا للتجزئة على هذا النحو بنص في القانون (أنظر م ١٠٦٤ — ١٠٧٠ مدني) . ويجوز كذلك أن يتفق الراهن والدائن المرتهن ، عند عقد الرهن الرسمي أو بعده ، على أن يكون الرهن قابلا للتجزئة ، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من العقار أو العقارات المرهونة، ويصبح هذا الجزء من العقارات هو المرهون في هذا الجزء من الدين المضمون ، وبذلك يصبح الرهن قابلا للتجزئة بناء على هذا الاتفاق .

وعدم قابلية الرهن للتجزئة إنما يرجع إلى مصلحة الدائن المرتهن ، وقد أقامه القانون رعاية لهذه المصلحة . وإلا فإن الرهن يمكن أن يتجزأ لو لم توجد هذه المصلحة . فيمكن مثلا أن ينحل الرهن عن العقار أو العقارات المرهونة بقدر ما ينقضي من الدين ، فيتخلص نصف العقار المرهون من الرهن بانقضاء نصف الدين ، وهكذا . ولكن القانون جعل الرهن غير قابل للتجزئة ، بحيث إذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئته أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة ، أصبح الرهن غير قابل للتجزئة لأن هذا هو في مصلحة الدائن المرتهن ويفرض القانون أن هذا هو ما أراده المتعاقدان إلا إذا اتفقا على غير ذلك [2] . ولما كان عدم قابلية الرهن للتجزئة ليس من جوهر (essence) الرهن بل هو من طبيعته (nature) ، لذلك يجوز للدائن المرتهن بعد انقضاء الرهن أن يتزل عن عدم قابليته للتجزئة لأن عدم قابليته الرهن للتجزئة من حقه هو فيجوز له أن يتزل عنه . فإذا كان هناك مثلا عقاران مرهونان ضماناً لوفاء دين ، ووفى المدين نصف الدين ، جاز للدائن المرتهن أن يتزل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٥ .

(٢) بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٠ .

عن الرهن في أحد العقارين المرهونين ، ويستبقي الرهن في العقار الآخر ضماناً لوفاء نصف الدين الباقي . ويجوز كذلك بعد انعقاد الرهن وقبل استيفاء الدائن المرتهن بشيء من حقه ، أن يتزل هذا الدائن عن حقه في عدم قابلية الرهن للتجزئة ، ويرضى بحل الرهن عن أحد العقارين إذا وفى المدين جزءاً من الدين يقابل هذا العقار [1] .

والدين المضمون يبقي قابلا للتجزئة ، بالرغم من أنه مضمون برهن رسمي غير قابل للتجزئة . فإذا مات الدائن المرتهن عن ثلاثة من الورثة ، ورث كل منهم نصيبه في الدين فيتجزأ الدين عليهم ، ويبقى الرهن غير قابل للتجزئة . فيجوز لأي وارث أن يطالب الراهن بنصيبه من الدين ، وأن يستعمل حقه في الرهن على جميع العقار أو العقارات المرهونة لأن الرهن غير قابل للتجزئة ، ولا يجوز للمدين ، بدعوى أن الرهن غير قابل للتجزئة ، أن يطلب اتفاق جميع ورثة الدائن المرتهن لقبض جميع الدين ، بل يجب أن يدفع للوارث نصيبه من الدين ، وأن يدفع الأنصبة الأخرى للورثة الآخرين [2] .

وهذا الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون ، المبني على عدم قابلية الرهن للتجزئة [1] ، له معنيان :

(المعنى الأول) أن أي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفى المدين ثلاثة أرباع الدين مثلا ويقي الربع ، فإن هذا الربع يبقى مضموناً بكل العقار المرهون ، ولا يتخلص ثلاثة أرباع هذا العقار من الرهن [3] . فلو باع المدين في هذه الحالة كل العقار المرهون ، انتقل العقار إلى المشترى مرهوناً كله في ربع الدين ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون في يد المشترى وأن ينفذ عليه بربع الدين الباقي إلا إذا اختار المشترى تطهير

---

(١) نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٥٠٥ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٠ — بيدان وقواران فقرة ٣١١ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٣٤٢ .

(٢) بون ١ فقرة ٣٣٣ — جيوار ٢ فقرة ٦٣٩ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠١ — نقض فرنسي ٩ نوفمبر سنة ١٨٤٨ داللوز ٤٨ — ١ — ٤٩ .

(1) مفاد ما تنص عليه المادة ١٠٤١ من القانون المدني من أن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما ليم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك ، أن الرهن الرسمي على العقار غير قابل للتجزئة ، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضي جزء من هذا الدين بقي العقار المرهون ضامناً لما بقي من الدين ، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضي من الدين .

(جلسة ١٩٧٣/٧/١١ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٣٦ ق س ٢٤ ص ١٠٠٠) .

(٣) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " فلو وفى المدين الجزء الأكبر من الدين ، فإن كل العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقي ، ولا تتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٥) .

العقار . وقد سبق [1] أن قررنا أن دعوى الرهن لا تتجزأ بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضي جزء من الدين المضمون فإن العقار الضامن يبقى كله ضامنا لما يقي من الدين . وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص بأنصبة متساوية ، فإن كل وارث يكون له ثلث الدين المضمون ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه كدائن مرتهن على كل العقار المرهون . وإذا مات المدين الراهن عن ثلاثة من الورثة بأنصبة متساوية ، ففي القانون الفرنسي حيث يورث الدين عن المدين كل وارث مسئولا عن ثلث الدين ، ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون كله جاز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار بكل الدين ، ويكون للوارث الرجوع على الوارثين الآخرين كل منهما بقدر نصيبه في الدين .

(والمعنى الثاني) أن أي جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن كل الدين ، فلو أن المرهون عقاران ، فإن الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائناً مرتهناً أن ينفذ بكل الدين على أي عقار منهما ، فإذا استوفى حقه من هذا العقار برئت ذمة المدين وتخلص العقار الآخر من الرهن . وإذا باع المدين الراهن أحد العقارين ، كان هذا العقار مرهونا في كل الدين ، وجاز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يد المشترى وينفذ عليه بكل الدين لا بجزء من الدين يتناسب مع العقار المبيع ، ما لم يختر المشترى أن يطهر العقار [2] . وقد سبق [3] أن قررنا أنه إذا فرض أن العقار المرهون انتقل إلى ورثة مالكه ، فإن الجزء من العقار الذي يملكه كل وارث يبقى مرهوناً في كل الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء بعد سداد نصيب الوارث من الدين ، بل إن الرهن لا يشطب إلا بعد سداد الدين كله . وإذا فرض أن عقارات متعددة قد رهنت في دين واحد ، فإن كل عقار منها يبقى مسئولا عن كل الدين ، ولا يكفي وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن .

ويتبين مما تقدم أنه إذا رهن عقاران في دين واحد ، جاز للدائن المرتهن أن يختار عقاراً منهما فينفذ عليه بحقه كله . فلا يكون هذا الدائن المرتهن مجبراً ، على أن يقدم الدين الذي له على العقارين ، وأن ينفذ على كل عقار بنصيبه في هذا الدين . ويجوز للدائن المرتهن أن يختار ، كما قدمنا ، أي عقار للتنفيذ عليه بالحق كله ، حتى لو أضر هذا الاختيار بالدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة على هذا العقار ، وذلك بشرط ألا يستعمل الدائن المرتهن حق

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " 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 " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٥) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

الاختيار هذا بنية الإضرار بالدائنين المرتهنين ، أو دون أن تكون له مصلحة مشروعة في هذا الاختيار ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه [1] .

١٦٥ – عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون – نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٢ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

" ٢ – وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عن المدين " [2] .

وهذا النص يجعل الرهن الرسمي حقاً تابعاً للدين المضمون ، فلا ينفصل من هذا الدين، بل يسير معه وجوداً وعدماً . والنص في الوقت ذاته يجعل للكفيل العيني (الراهن غير المدين الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، على جانب الدفوع الخاصة به .

أما أن حق الرهن الرسمي حق تابع للدين المضمون ، فقد سبق [3] أن قررنا أن الرهن الرسمي لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون . فلا بد أن يكون هذا الدين التزاماً مدنياً صحيحاً ، حتى يكون الرهن الرسمي صحيحاً . أما إذا كان الدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض . فإن الرهن الرسمي يختفي باختفاء الدين المضمون ، وإذا انتهى الدين المضمون بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء ، فإن الرهن الرسمي ينتهي بانتهاء الدين . فالرهن الرسمي إذن تابع للدين المضمون ، فيبطل كلما بطل هذا الدين ، وينقضي بمجرد انقضاء الدين . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون باطلا لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، كان الرهن الرسمي باطلا مثله. ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، فيتمسك به المدين الراهن وخلفه العام

---

(١) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٩ – ١ – ٢٢٥ – بودري ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ – ٢ – ٣٧٧ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٤٠ ص ٣٨٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما ستقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض تعديلات لفظية . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على النص ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١١٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٦ – ص ٣٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١١٩ .

وخلفه الخاص ، وكل دائن مرتهن متأخر في المرتبة ، وكل حائز للعقار المرهون . وللمدين الراهن أن يتمسك بإبطال عقد الرهن ، إذا كان الدين المضمون قابلا للإبطال لعيب في الرضاء أو لنقص في الأهلية [1] . وكذلك يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بانقضاء الدين المضمون ، فيكون الرهن قد انقضى كانقضاء الدين . فإذا انقضي الدين بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم ، جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين ، وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ مدني كما رأينا : " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك " [2] . ومما نصّ القانون عليه من بقاء الرهن مع انقضاء الدين المضمون دعوى الحلول ، فيجوز لشخص أن يفي بالدين فينقضي ، ويحل محل الدائن المرتهن حلولا قانونياً أو اختياريا ، فيرجع على الراهن بدعوى الرهن التي حل فيها محل الدائن المرتهن [3] .

وأما أن الكفيل العيني الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفوع الخاصة به ، فذلك واضح . ذلك أنه مادام المدين الراهن يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، كأن يكون الدين باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً ، كذلك يجوز للراهن ولو لم يكن هو المدين أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، فإن الرهن الواقع على عقاره تابع للدين ، فيكون باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً بحسب الدين نفسه . وللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، حتى لو نزل عنها المدين . فإذا كان الدين قابلا للإبطال للغلط مثلا ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن النزول لا يمنع الكفيل العيني من التمسك بإبطال الدين حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على عقاره . وفي هذا الخصوص تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " فللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين من بطلان أو انقضاء ، حتى لو تنازل المدين عنها ، وهذا إلى جانب تمسكه

---

(١) بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٢ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " الارتباط ما بين الرهن والدين المضمون هو ارتباط التابع بالمتبوع ، فإذا كان الدين صحيحاً صح الرهن وإلا فهو باطل . وإذا انقضي الدين ، انقضي الرهن تبعا له " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٧) .

(٣) والرهن عمل مدين ، في حين أن الدين المضمون قد يكون عملا تجاريا . وقد قضت محكمة شبين الكوم الجزئية بأن يعتبر الرهن الضامن لعمل تجاري عقداً مدنياً طبقاً للمادة ٧٦ من قانون التجارة ، التي نصت على أنه إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً تأميناً على عمل من الأعمال التجارية ، فيثبت الرهن بالنسبة إلى المتعاقدين وغيرهم بالطرق المبينة في القانون المدني (محكمة شبين الكوم الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٤٣ ص ٢٨٥) .

بأوجه الدفع الخاصة به " [1] . فيكون إذن للكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله ، وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به . وقد رأينا مثل ذلك في الكفالة ، إذ يجوز للكفيل الشخصي أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالدين ، وله أيضاً أن يتمسك بالدفوع الخاصة به [2] . وهذا طبيعي ، لأن الكفيل العيني له أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها الكفيل الشخصي ، فهو لم يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير ، فيستطيع أن يتمسك بالدفوع الخاصة بهذا الدين وبالدفوع الخاصة به هو . والدفوع المتعلقة بالدين نفسه ، سبق أن ذكرنا أمثلة لها في تمسك المدين الراهن بها ، فيجوز للكفيل العيني أن يتمسك بهذه الدفوع ، كأن يتمسك بأن الدين باطل أو قابل للإبطال أو منقض . أما الدفوع المتعلقة بالكفيل العيني نفسه ، فهي ترجع إلى العقد المبرم ما بين الكفيل العيني والدائن المرتهن . فيجوز أن يكون هذا العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، دون أن يكون الدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال ، ففي هذه الحالة يجوز للكفيل العيني أن يدفع بأن عقده مع الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال ، فيتخلص منه الرهن الذي عقده مع بقاء المدين الأصلي ملزماً بالدين . وقد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العيني إلى ما يرد على عقده من أوصاف ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك الكفيل العيني بأن الرهن الذي عقده لم ينشأ ، لأنه كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط ، أو كان معلقاً على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط . كذلك قد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العيني إلى أن الرهن قد انحل عن عقاره دون أن ينقضي الدين المضمون ، ويتحقق ذلك مثلا إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضي دون أن ينقضي الدين المضمون ، فيجوز للكفيل العيني في هذه المسألة أن يتمسك بانقضاء الرهن .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥ — فقرة ٤٦ .

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

١٦٦ – آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير:

عقد الرهن الرسمي يكسب الدائن المرتهن حقاً على العقار المرهون هو حق الرهن، وهذا الحق يقيم علاقة فيما بينه وبين الراهن . وبموجب هذا الحق يستطيع الدائن المرتهن ، إذا حل أجل دينه ، أن يستعمل دعوى الرهن على العقار المرهون ، فيكون له حق تقدم على جميع الدائنين العاديين لمدينه وكذلك على الدائنين المقيدين إذا كانوا متأخرين في المرتبة . ويكون له كذلك حق تتبع ، فيتتبع العقار المرهون ، فيما إذا انتقلت ملكيته من الراهن ، في يد من انتقلت إليه الملكية وهو الحائز للعقار .

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الثاني إلى فرعين : (١) آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين . (٢) آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير .

الفرع الأول

آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين

١٦٧ – آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن وفيما يتعلق بالدائن المرتهن :

عقد الرهن الرسمي يلزم الراهن دون أن يلزم الدائن المرتهن ، وحق الرهن الرسمي لا يحرم الراهن من ملكيته للعقار المرهون إلا إذا نزعت ملكيته تنفيذاً عليه. ويرتب الرهن الرسمي للدائن المرتهن في مواجهة الراهن .

المبحث الأول

آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن

§ ١ – التزامات الراهن

١٦٨ – التزامان : يلزم عقد الرهن الرسمي الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، بالتزامين : (١) إنشاء الراهن لحق عيني على العقار المرهون هو حق الرهن . (٢) ضمان الراهن لسلامة حق الرهن .

١٦٩ — إنشاء الراهن لحق الرهن : يلتزم الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن على العقار المرهون ، كما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشترى [١] . فإذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ، أنشئ حق الرهن الرسمي من تلقاء نفسه . وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ مدني : " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " . وهذا النص يشمل الالتزام بإنشاء حق عيني والالتزام بنقل حق عيني ، فينشأ الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا كان الراهن يملك العقار المرهون ، كان العقار شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، فينشأ حق الرسمي من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد عقد الرهن الرسمي صحيحاً ، ولا شأن لنا هنا بالقواعد المتعلقة بالتسجيل لأن قواعد التسجيل لا يخضع لها الرهن وإنما يخضع لقواعد القيد كما سنرى . وعلى ذلك يتم تنفيذ هذا الالتزام الأول بإنشاء حق الرهن الرسمي بمجرد انعقاد البيع الصحيح قبل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ إذ كان عقد البيع نفسه دون تسجيل ينشئ التزاماً بنقل ملكية المبيع . وهذا هو الرأي السائد في هذا الخصوص ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : "ويستخلص من مجموع هذه الأحكام أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين ، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد " [٢] .

وهناك رأي يذهب إلى أن " المصدر الحقيقي للرهن الرسمي هو واقعة القيد ... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، في حين أن التأمين العيني يظهر

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن ، كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشترى . ويظهر ذلك بوضوح في رهن ملك الغير ، فإن الراهن لا يستطيع أن يقوم بالتزامه من ترتيب حق الرهن ، فإذا أجاز الدائن المرتهن العقد جاز له بعد ذلك فسخه لعدم قيام الراهن بالتزامه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤ — وأنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٥ ص ٢٩٤ — جمال الدين زكي ص ٣٠٧ — محمد علي إمام فقرة ٢١٨ ص ٣٢٤ — سليمان مرقس فقرة ٧٢ ص ١٢٠ — شمس الدين الوكيل فقرة ٦٩ ص ٢٢٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١٠٣ — أحمد سلامة فقرة ٧٢ ص ٢٣٩ — سمير تناغو فقرة ٢٦ — المؤلف : الوسيط ٢ ص ٧٧٢ — التصرف القانوني والواقعة القانونية ص ١٢٨ .

وإذا كان الراهن لا يملك العقار المرهون ، لم ينشأ حق الرهن إلا إذا أقر المالك الرهن أو امتلك الراهن العقار (م ١/١٠٣٣ مدني) . فإذا لم يحصل شيء من ذلك ، بقي الراهن ملتزماً بإنشاء حق الرهن ، وجاز للدائن المرتهن أن يطالبه بتعويض ولا يطلب سقوط أجل الدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٧٧) .

أثره ابتداء في حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني ... فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن ، وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده " [1] . وينضم على هذا الرأي فقيه آخر فيرى أن حق الرهن لا ينشأ إلا ابتداء من وقت القيد ، ولكنه لا يرى لهذا الخلاف أثراً عملياً [2] .

والخلاف ليس له أثر عملي كبير ، وهو أقرب إلى الفقه منه إلى العمل . والذي يجعل المسألة قريبة من العمل هو ، كما يقول أحد الفقهاء ، هل إذا بيع العقار المرهون قبل القيد يباع بموجب حق الرهن أو بموجب الحق في الضمان العام ؟ ويجيب الفقيه على ذلك بحق أن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون قبل القيد باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً ، " ويظهر هذا بصفة خاصة في الحالات التي لا يكون فيها للمرتهن أي حق في الضمان العام في مواجهة الراهن ، كما لو كان الراهن شخصاً آخر غير المدين وهو الكفيل العيني ، وفي شأنه يقرر المشرع في المادة ١٠٥٠ مدني أنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال .. ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلا على ذمة الكفيل العيني ، فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين " [3] .

١٧٠ – ضمان الراهن لسلامة حق الرهن – نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٧ مدني على ما يأتي :

---

(١) شفيق شحاته فقرة ٤٣ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٧٦ – ص ٧٧ .

(٣) سمير تناغو فقرة ٢٦ ص ٩٨ – ويقول لتأكيد ذلك : " وعلى هذا إذا ثبت أن الدائن المرتهن يستطيع أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل شهر الرهن ، وأن هذا الحق مترتب على حق الرهن وليس على الضمان العام ، كان معنى هذا أنه لا يلزم لنشأة حق الرهن إجراء القيد ، وأن الحق ينشأ من العقد مباشرة ، أما الشهر فهو لازم فقط لنفاذه في الغير " (سمير تناغو فقرة ٢٦ ص ٩٨) .

ويقرب من هذا ما يقوله الأستاذ سليمان مرقس : " أما حق التنفيذ على المال المرهون فيغني عنه ما يثبت للمرتهن بصفته دائناً من حق الضمان العام على أموال مدينه . ولا تظهر أهميته عملا إلا في حالة صدور الرهن من غير المدين ، فيكون التنفيذ على المال المرهون بمقتضى حق الرهن لا بمقتضى حق الضمان العام ، وأما مزيتا التقدم والتتبع فهما غير موجهتين ضد الراهن ، بل ضد الغير " (سليمان مرقس فقرة ٨٥ ص ١٣٠) .

" يلتزم الراهن ضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك " [1] .

وقد عرض المشرع في هذا النص لضمان الراهن لسلامة حق الرهن ، وعرض في النص التالي (م ١٠٤٨ مدني) تطبيقاً لذلك لهلاك العقار المرهون أو تلفه ، وعرض في النص الذي بعده (م ١٠٤٩ مدني) لحلول الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه محل العقار المرهون حلولا عينياً ، ونعالج هذه المسائل الثلاث بهذا الترتيب .

ففيما يتعلق بضمان الراهن لسلامة حق الرهن ، يكون هذا الضمان في عقد الرهن الرسمي كضمان البائع للتعرض والاستحقاق في عقد البيع . فلا يجوز ، فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصي ، أن يقوم الراهن بترتيب أي حق على العقار المرهون يشهر قبل قيد الرهن ، أو أن يقوم بأي عمل يترتب عليه إنقاص العقار المرهون إنقاصاً كبيراً أو تخريبه . وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كأن يبيع المواشي التي تخدم الأرض أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المباني ، فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، كان للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان التعرض الشخصي [2] . فيعيد الراهن إلى الأرض مواشي أخرى تساوي في القيمة المواشي التي بيعت، أو يرمم المباني فيعيدها سيرتها الأولى . وإذا لم يتسلم المشترى المواشي أو الأنقاض ، أو

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يلتزم الراهن بضمان الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك". ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إضافة كلمة " سلامة " بعد كلمة " ضمان " في صدر المادة ، وذلك تحت رقم ١١٤٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٢٨ ، وأضافت لجنة مجلس الشيوخ إلى النص عبارة " أو تقصير " بعد كلمة " عمل " وعبارة " إنقاصاً كبيراً " بعد عبارة " إنقاص ضمانه " ، وقصدت اللجنة بذلك تقييد تدخل الدائن المرتهن لضمان سلامة الرهن ، حتى لا يعرض المدين إلى الإرهاق والعنت من جراء هذا التدخل . ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٠٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ — ص ٥٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) وكان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً ، هو المادة ١٤٥٦ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتي : " إذا تصرف الراهن في شيء من العناصر التي يتكون منها العقار المرهون أو في شيء من ملحقاته إلى شخص حسن النية ، وتم النقل والتسليم ، فإن هذا الشيء ينتقل خالصاً من حق الرهن ، ويكون للدائن المرتهن في هذه الحالة حق الرجوع على الراهن بالضمان وفقاً للمادة السابقة " . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، " اكتفاء بالقواعد العامة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ في الهامش) .

تسلمها وهو سيئ النية ، فإنها تبقى متقلة بحق الرهن . ويجوز للدائن المرتهن أيضاً أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يطلب إقامة حارس وقد يقيم الراهن نفسه حارساً ، وكأن يطلب ترميم ما تخرب من العقار المرهون ، وله أن يرجع على الراهن بما أنفق من المصروفات في كل ذلك [1] .

وفيما يتعلق بضمان الراهن لتعرض الغير ، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن ، فإذا ادعى الغير أنه هو المالك للعقار وأن الرهن الصادر من الراهن لم ينقل إلى المرتهن حق الرهن لأنه صادر من غير مالك، أو ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه على العقار المرهون وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعـــاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن أن يطالب بتقديم تأمين كاف أو بتكملة التأمين المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرضه الشخصي ولتعرض الغير هو في الواقع من الأمر الجزاء الكافي على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ، فالراهن ملتزم بأن يكون الرهن مستجيباً للأغراض التي عقد من أجلها ، فإن اختل غرض من هذه الأغراض ، سواء بخطأ الراهن أو بغير خطأه ، وجب على الراهن الضمان على النحو الذي أسلفناه فيما تقدم .

١٧١ – هلاك العقار المرهون أو تلفه – نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً " .

" ٢ – فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي و لم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فورا قبل حلول الأجل , وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ويلتزم (الراهن) ، كالبائع أيضاً ، بضمان التعرض والاستحقاق . فلا يجوز له أن يقوم بأي عمل يكون من شأنه إنقاص ضمان للدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب . وللدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يقيم حارساً ويرجع على الراهن بما أنفق . وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كما إذا هدم جانباً منه وباع الأنقاض أو باع مواشي كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة ، فوقعت في حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشترى أو تسلمها وهو سيئ النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) .

مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول أجل الدين " .

" ٣ – وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر " [١] .

وليس هذا النص إلا تطبيقاً لما قدمناه من التزام الراهن بسلامة حق الرهن ، وهو في الوقت ذاته تطبيق خاص بعقد الرهن الرسمي لقاعدة عامة في الدين المؤجل إذا كان ضعف التأمين الخاص بهذا الدين راجعاً إلى خطأ المدين أو إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . ذلك أن المادة ٢/٢٧٣ مدني تنص على ما يأتي : " يسقط حق المدين في الأجل : (١) ..... (٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافيا . (٣) .... " . وعلى ذلك إذا هلك العقار المرهون أو تلف كأن اخترق أو تهدم ، فقد يكون السبب في هلاك العقار أو تلفه خطأ المدين الراهن أو خطأ الدائن المرتهن ، أو سبباً أجنبياً لا دخل لإرادة الاثنين فيه كما لو وقع الهلاك أو التلف بفعل الغير أو قضاء وقدراً .

فإن كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يقتضي تأميناً كافياً بدلا من التأمين الهالك أو التالف ، أو أن يسقط أجل الدين حالا فيتقاضاه فوراً . وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ المدين الراهن ، فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن [٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٧ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد استبدال عبارة " بسبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين " بعبارة " حادث قهري " في الفقرة الثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١١٤٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥١ – ص ٥٣) .

التقنين المدني السابق : م ٦٨٦/٥٦٢ : إذا هلك العقار المرهون على المدين أو حصل فيه خلل بحادثة قهرية أوجبت الشك في كفايته للتأمين ، فعلى المدين أن يرهن عقاراً غيره كافيا للتأمين أو أن يؤدي الدين قبل حلول أجله ، وله الخيار في ذلك . ويكون الخيار لرب الدين ، إذا كان الهلاك أو الخلل حاصلا بتقصير المدين أو الحائز للعقار .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " فإن هلك العقار أو تلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين اعتبارا حقه قد حل فوراً فيقتضيه، أو طلب تأمين كاف يحل محل العقار المرهون" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٢) .

وإن كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن ، وهذا نادر لأن حيازة العقار في الرهن الرسمي لا تنتقل إلى الدائن المرتهن فيبقى هذا بعيداً عنه ، لم يطلب الدائن المرتهن شيئاً لأن الهلاك بخطئه هو . بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطئه بناء على قواعد المسئولية التقصيرية ، وهذا التعويض يحل محل ما هلك من العقار أو تلف ، ويصبح مرهوناً مثله في دين الدائن المرتهن [1] . وهذا مثل من أمثلة الحلول العيني سيأتي بيانه .

وإن كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي ، كان المدين الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف بدلا من التأمين الهالك أو التالف. فإذا اختار المدين الراهن الأمر الأول وكان الدين بفوائد اتفاقية ، لم يدفع المدين الراهن من هذه الفوائد إلا ما سرى منها وقت إسقاط أجل الدين . أما إذا كان الدين بغير فوائد اتفاقية، فإن المدين الراهن يستنزل من الدين قبل دفعه فوائد بالسعر القانوني (٤ % في المسائل المدنية و ٥ % في المسائل التجارية) عن المدين ما بين وفاء الدين للدائن المرتهن وحلول أجل الدين في ميعاده الأصلي . لأن المدين الراهن لم يستفد من الدين في هـــذه المدة [2] . وهذه الرعاية لجانب المدين الراهن سببها أن الهلاك أو التلف لم يكن بخطئه بل كان بسبب أجنبي ، فوجب أن يكون الخيار له [3] .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " أما إذ كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن فليس له أن يطلب شيئاً ، بل يجب أن يدفع هو تعويضاً عما أتلفه بخطئه ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٢ — ص ٥٣) .

(٢) ولا تستنزل فوائد الدين في الفرض الأول ، إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين ، بل إن الدائن المرتهن إذا اختار استيفاء الدين ، استوفاه دون أن يستنزل منه شيئاً في مقابل الفوائد ، وسبب ذلك أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المدين (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٣ — ويرى أن المشرع قد راعى جانب الدائن المرتهن أكثر مما يجب بعد السماع له باستنزال الفوائد : فقرة ٣٢ ص ٨٣) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " وإذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، كان المدين هو المخير بين وفاء الدين فوراً قبل حلول الأجل بعد انتقاصه الفائدة محسوبة بالسعر القانوني إذا لم تكن هناك فوائد اتفاقية أو تقديم تأمين كاف . وكل هذه الأحكام مع المبادئ الخاصة بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٣) .

ونحن نفرض فيما تقدم أن الراهن هو المدين . أما إذا كان الراهن غير المدين ، وهلك العقار المرهون أو تلف بسبب أجنبي ، اتفق الراهن والمدين على إسقاط أجل الدين وانتقاص الفوائد على النحو الذي قدمنا . فإن لم يتفقا على ذلك ، جاز للراهن أن يدفع هو الدين مع انتقاص الفوائد ، ويرجع بالدين كاملا عند حلول أجله الأصلي على المدين ، فإن لم يفعل الراهن ذلك ، وجب عليه أن يقدم تأمينا كافيا بدلا من التأمين الهالك أو التالف .

وإذا كان الغير هو الذي تسبب بخطئه في الهلاك أو التلف ، ففيما بين الراهن والدائن المرتهن يكون هذا هو الحكم ، أما فيما بين الراهن والغير الذي تسبب بخطئه في الهلاك أو التلف ، لا يرجع الراهن على الغير بالتعويض بناء على قواعد المسئولية التقصيرية .

وإذا لم يهلك العقار أو يتلف ، ولكن وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف ولو لم يكن للراهن يد في هذه الأعمال ، كما إذا سمح الراهن لشخص بسكنى العقار المرهون وأخذ الساكن ما تهيأ له من الوسائل للقيام بأعمال من شأنها أن تنقص قيمة العقار أو تجعله غير كاف لضمان الدين ، أو كما إذا أزمع الجار أن يقيم بناء لو تم كان فيه اعتداء على العقار المرهون أو على حقوق ارتفاق لهذا العقار ، جاز للدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل ما يمنع ذلك . فيجوز له ، دون وساطة الراهن [1] ، أن يطلب من القاضي أن يحكم بوقف هذه الأعمال ، فيمنع الساكن من القيام بما كان في عزمه أن يقوم به ، أو يمنع الجار من أن يقيم البناء، في وضع يكون فيه اعتداء على العقار المرهون. وللدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ما يكفي لذلك ، ولو بوضع العقار المرهون تحت الحراسة . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ مدني سالفة الذكر في هذا الخصوص : " وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر".

١٧٢ – حلول الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه محل العقار المرهون حلولا عينياً – نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٩ مدني على ما يأتي :

إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة " [2] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨١ – ص ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن إلى الحق الذي حل محل العقار ، كالتعويض أو التأمين أو الثمن الذي رسا به للمزاد أو ثمن الملحقات التي تم تسليمها ، وللدائن أن يستوفي حقه بعد ذلك بحسب مرتبته " وقد عدلت لجنة المراجعة النص ، فجعلته مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١١٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ – ص ٥٥) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩١/٥٦٧ : يستوفي أرباب الرهون العقارية مطلوباتهم من ثمن العقار المرهون أو من مبلغ تأمينه من الحريق إذا احترق ، ويكون استيفاؤهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم في يوم واحد .

وظاهر من هذا النص أن فيه تطبيقاً لنظرية الحلول العيني ، فهو يفرض أن العقار المرهون قد هلك أو تلف لأي سبب كان ، سواء كان ذلك بخطأ الراهن أو بغير خطئه، ولكن ترتب على الهلاك أو التلف أن استحق حق آخر ، فإن هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه . والسبب في ذلك أن الحق قد حل محل العقار المرهون الهالك أو التالف حلولا عينياً ، فأصبح مرهوناً مثله .

ويورد النص أمثلة ثلاثة لاستحقاق حق بسبب هلاك العقار المرهون أو تلفه . فقد يكون هذا الحق هو حق تعويض في ذمة الغير الذي تسبب بخطئه في هلاك العقار أو تلفه ، وقد يكون مبلغ تأمين يجب أن تدفعه شركة التأمين بسبب هلاك العقار المؤمن عليه أو تلفه، وقد يكون ثمناً تقرر في مقابل نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . وهناك أمثلة أخرى، فقد ينزع الراهن بعض العقارات بالتخصيص ويبيعها منقولا لمشتر حسن النية فيتسلمها هذا المشترى ويبقى الثمن في ذمته ، فيحل الثمن حلولا عينياً محل هذه العقارات بالتخصيص . وقد يكون هلاك العقار المرهون نتيجة لحرب أو غارة جوية أو زلزال وتقدم الدولة تعويضاً للمنكوبين على سبيل المساعدة ، فيحل هذا التعويض حلولا عينياً محل العقار المرهون . وقد يهدم الراهن المبنى المرهون ويبيعه أنقاضاً للمشترى، ويبقى الثمن في ذمة المشترى ، فيحل الثمن محل المبنى المرهون (في بعض قيمته) حلولا عينياً . هذه الأمثلة وغيرها تدل على أنه قد يحل محل العقار المرهون حق آخر يستحق بسبب هلاك العقار أو تلفه ، فيقرر النص أن هذا الحق يحل محل العقار المرهون حلولا عينياً ويصبح مرهوناً مثله . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " في جميع الأحوال التي يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها ، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر ، ويستوفي الدائن منه الدين بحسب مرتبته ، وهذا مثل آخر للحلول العيني "[1] .

وهذا هو الرأي السائد في الفقه المصري ، فمادام الحق قد استحق في مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه ، فإنه يحل حلولا عينياً محل هذا العقار . وينتقل حق الدائن المرتهن، بحكم هذا الحلول العيني ، من العقار الهالك أو التالف إلى الحق الذي حل محله . فإذا كان الحق منقولا ، كما في التعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية ، فإن الدائن المرتهن يختص به ويستوفي دينه منه ، وينقلب الرهن في هذه الحالة إلى رهن حيازي للنقود. وهذا هو صريح النص ، فهو يقول كما رأينا : " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ .

انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة " (١) .

وعلى ذلك إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، وكان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً (م ١٠٤٨ مدني) فقد يكون العقار المرهون مؤمنا عليه فتدفع شركة التأمين كل قيمته ، وفي هذه الحالة تحل هذه القيمة التي تدفعها شركة التأمين محل العقار حلولا عينياً ، ويكون الدائن المرتهن مخيراً بين استيفاء ما دفعته شركة التأمين مرهوناً في حقه أو استيفاء حقه فوراً بعد إسقاط الأجل .

وإذا كان هلاك العقار المرهون أو تلفه قد نشأ من سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين ، كان المدين الراهن هو المخير بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين قبل حلول الأجل بعد استنزال الفوائد بالسعر القانوني على النحو الذي قدمنـــاه (م ٢/١٠٤٨ مدني) . وقد يكون هلاك العقار أو تلفه بفعل الغير وهذا سبب أجنبي ، فيدفع الغير تعويضاً يحل محل العقار المرهون ، ويستطيع المدين الراهن في هذه الحالة أن يقدم هذا التعويض تأميناً كافياً للدائن المرتهن بدلا من وفاء الدين قبل حلول الأجل . وقد يكون العقار المرهون مؤمناً عليه ، فتدفع شركة التأمين مبلغ التأمين ، فيقدمه المدين الراهن تأميناً كافياً للدائن المرتهن . وقد يكون هلاك العقار المرهون هو عبارة عن نزع ملكيته للمنفعة العامة ، فالمبلغ الذي يدفع في مقابل ذلك يكون تأميناً كافياً يقدمه المدين الراهن .

فيمكن إذن المواءمة بين أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ مدني على الوجه الذي قدمناه ، والاستفادة من حلول الحق محل العقار المرهون حلولا عينياً عندما يراد تقديم تأمين كاف يحل محل العقار المرهون ، وذلك بتقديم الحق الذي يحل محل العقار المرهون تأميناً كافياً لا يستطيع الدائن المرتهن الاعتراض عليه في شيء .

---

(١) أنظر حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٤٥ ص ١٣٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٠ ص ١١١ – أحمد سلامة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠ ورسالته في نظرية الحلول العيني فقرة ١٢٣ وما بعدها .

وهناك رأي يذهب إلى عدم فائدة الالتجاء إلى فكرة الحلول العيني ، ويكفي أن يقال إن الدائن المرتهن يبني حقه في التقدم على المقابل الذي حل محل العقار وذلك بموجب الرهن نفسه (إسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية فقرة ٥٥ – شمس الدين الوكيل فقرة ٩٤ ص ٢٨٦) . ويجيب الأستاذ منصور مصطفى منصور على هذا الرأي بما يأتي : " وعندنا أنه إذا كان هذا الرأي مقبولا حيث يكون حق الدائن المرتهن مستحق الأداء وقت الاستبدال ، إلا أنه تتعين الاستعانة بفكرة الحلول العيني إذا لم يكن حق الدائن مستحق الأداء ، كما لو كان ديناً مستقبلا لم يوجد ، أو ديناً شرطياً ولم يتبين مصير الشرط بعد ، أو كان الأجل لم يحل . ففي مثل هذه الأحوال يمتنع القول بمباشرة حق التقدم ، فيبقى المال الذي استبدل بالعقار مخصصاً لضمان دين الدائن ، وهذا هو الحلول العيني " (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠) .

§ ٢ – سلطة الراهن عن العقار المرهون

١٧٣ – عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار المرهون ولا من حيازته في الرهن الرسمي

: يبقى الراهن مالكاً للعقار المرهون ، بل ويبقى حائزاً له, لأنه لا يتجرد لا من الملكية ولا من الحيازة بالرهن الرسمي . بخلاف الرهن الحيازي ، فإنه إذا كان لا يجرد الراهن من الملكية فهو يجرده من الحيازة . وهذه هي ميزة الرهن الرسمي ، فهو يترك العقار المرهون في ملكية الراهن وفي حيازته ، وكأن شيئاً لم يتغير لولا ذلك الحق الخفي الذي شهدنا بعض آثاره وسنشهد بعضاً آخر فيما يلي .

ومادام الراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، فإنه يحتفظ بسلطته عليه كمالك وكحائز . فيبقى له حق التصرف في العقار المرهون ، كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله . ولا تتقيد سلطته في كل ذلك إلا بما يجب أن تتقيد به من اعتبار حق الدائن المرتهن ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين ، وقد ينتهي إذا لم يف المدين بالدين إلى التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن المرتهن .

١٧٤ – حق الراهن في التصرف في العقار المرهون – نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٣ مدني على ما يأتي :

" يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن " [١] .

وظاهر من هذا النص أن الراهن يحتفظ بحق تصرفه في العقار المرهون كما كان قبل الرهن ، ولكن التصرف الذي يصدر منه بعد الرهن لا يمس بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر فيه ، وذلك إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذي صدر من الرهن . فإذا رهن الراهن العقار مرة ثانية أو أخذ عليه فيه حق اختصاص أو رهنه رهناً

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، ولكن لا يضر هذا التصرف بحق الدائن المرتهن " . ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل العبارة الأخيرة منه على الوجه الآتي : " وأي تصرف منه لا يمس أي مساس بحق الدائن المرتهن " ، وذلك تحت رقم ١١٣٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال عبارة " لا يؤثر في حقه " بعبارة " لا يمس أي مساس بحق " ، وذلك تحت رقم ١١٢٤ ، وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٨ – ص ٤٠) .
التقنين المدني السابق : لا مقابل .

حيازياً أو ثبت على العقار المرهون حق امتياز كحق امتياز المتقاسم فيما إذا كان العقار المرهون شائعاً ، فإن الدائن المرتهن ، إذا قيدحق رهنه قبل قيد الرهن الثاني أو حق الاختصاص أو حق الرهن الحيازي أو حق الامتياز ، لا تسري في مواجهته هذه الحقوق . ويتقدم عليها جميعاً بحق رهنه الذي قيد قبل ذلك ، ويستوفي الدين الذي من ثمن العقار المرهون مقدماً على جميع هؤلاء الدائنين [1] . وإذا قرر الراهن على العقار المرهون حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق حكر ، ولكن هذه الحقوق لم تسجل إلا بعد قيد حق الدائن المرتهن ، فإن الدائن المرتهن ينفذ على العقار المرهون خالياً من حق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق الحكر ، بل إن الراهن إذا باع العقار المرهون ولم يسجل المشترى البيع إلا بعد قيد الدائن المرتهن لحقه ، فإن هذا الدائن المرتهن يسري حقه في مواجهة المشترى ، ولهذا الدائن أن يتتبع العقار في يد المشترى وينفذ عليه بدينه ، وليس للمشترى إلا أن يفي بالدين أو يخلي العقار أو يطهره [2] كما سيأتي .

فالراهن إذن يحتفظ بحقه في التصرف في العقار المرهون ، ولا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن على النحو الذي سبق بيانه . ويستوي في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو في جزء منه فقط ، فإذا كان تصرفه في جزء من العقار المرهون لم يسر هذا التصرف في حق الدائن المرتهن إذا كان قد قيد حقه قبل شهر التصرف الراهن [3] .

كذلك إذا باع الراهن العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين ، فإن الدائن المرتهن له أن يتتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه كما يتتبع كل العقار في يد المشترى فيما قدمناه . وهناك رأي يذهب إلى أن بيع العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين من شأنه أن يرهن الدائن المرتهن ، إذ يتتبع كل جزء في يد من اشتراه وفي هذا

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " لا يفقد الراهن في الرهن الرسمي ملكية العقار ولا حيازته ولا حق التصرف فيه ... ويستطيع الراهن أخيراً أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر ، رسمياً كان أو حيازياً ، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز كما لو دخل في أعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم ، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " فهو (الدائن المرتهن) يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه ، ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . وكذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقاً عينياً أصلياً كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن ، ولهذا أن ينفذ غالباً هذه الحقوق " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(٣) قارن شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٨ .

إعنات له . فله أن يتمسك بإضعاف التأمين وبسقوط أجل الدين تبعاً لذلك ، وتقاضي الدين فوراً قبل حلول الأجل الأصلي [١] . ولكن هذا الرأي ليس هو الرأي السائد ، فالرأي السائد هو ما قدمناه من أن الدائن المرتهن يتتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه [٢] .

ويبدو أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف في العقار المرهون ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن ، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون : أنظر م ١١٣٦ من التقنين الألماني " [٣] .

١٧٥ – التصرف في العقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل:

وقد يتصرف الراهن في العقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل ، كأن يبيع أشجاراً مغروسة في العقار بقصد قطعها ، أو يبيع العقار المرهون نفسه ويكون منزلا مثلا بقصد هدمه وتسليمه للمشترى أنقاضاً . ويذهب القضاء الفرنسي في هذا الصدد إلى أن بيع العقار باعتباره منقولا بحسب المآل يعتبر بيع منقول فيما بين البائع (الراهن) والمشترى ، أما بالنسبة إلى الغير في هذا البيع ويدخل في ذلك الدائن المرتهن فإنه يعتبر بيع عقار لا بيع منقول . وعلى ذلك يلزم لسريان هذا البيع في حق الدائن المرتهن أن يكون البيع مسجلا قبل قيد الرهن فيسري البيع في حق هذا الدائن ، أما إذا كان حق الرهن مقيداً قبل تسجيل البيع فإن البيع لا يسري في حق الدائن المرتهن [٤] .

ورأي القضاء الفرنسي في هذا الخصوص رأي مقبول ، وإن كان بعض الفقهاء ينتقده لأنه يعطي للشيء الواحد وصفين مختلفين ، فيجعل المنزل مثلا منقولا فيما بين البائع والمشترى وعقاراً بالنسبة إلى الدائن المرتهن . ويمكن تأصيل رأي القضاء الفرنسي على الوجه الآتي :

---

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٥٨٦ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ – ص ٢٥٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ – وأنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٨٧ – سليمان مرقس فقرة ٨٤ ص ١٣٩ – عبد المنعم فرج الصدة ٨٣ ص ١١٥ – سمير تناغو فقرة ٢٩ ص ١٠٢ – إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ٢ فقرة ٣٨ ص ٧٩ – وأنظر عكس ذلك وأنه يجوز اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على عدم التصرف في العقار المرهون : محمد علي إمام فقرة ٢١٤ ص ٣١٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ هامش ٢ .

(٤) نقض فرنسي ٧ يناير سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ – ١٩٧ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠ – ١ – ١٠٠ .

إذا باع الراهن العقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل ، فإن هذا التصرف يضر بحق الدائن المرتهن ، ومن حقه أن يمنعه وأن يقف من أعمال الهدم في العقار المرهون لأن حق الرهن قد تعلق به . وله أن يطلب تعيين حارس على العقار ، ويعتبر هذا من الوسائل التحفظية التي له أن يتخذها للمحافظة على حقه . فإذا تمكن الراهن من هدم المنزل ، فإن هذا لا يفيد المشترى ، إذ كان واجباً عليه قبل الشراء أن يكشف عما يثقل المنزل من حقوق. ولو فعل ، لوجد أن المنزل مرهون ، وأن حق الدائن المرتهن قد تعلق به . فلو تسلم المشترى أنقاض المنزل لم يتملكها بالحيازة لأنه يمكن أن يعلم ما يثقل المنزل من حق الرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يسترد هذه الأنقاض منه . وإذا تمكن المشترى من بيع الأنقاض وسلمها لمن اشتراها وكان هذا حسن النية تملكها بالحيازة ، ولكن الدائن المرتهن يمكنه أن يحجز على الثمن تحت يد الحائز ، ويكون له حق التقدم بما له من حق الرهن . ويستطيع الدائن المرتهن في جميع الأحوال أن يعتبر أن تأمينه قد ضعف بهدم المنزل ، وأن أجل الدين قد سقط فيطالب بالدين فوراً ، كما أن له أن يطلب تقديم تأمين آخر يضمن الوفاء بالدين .

وإذا باع الراهن المنزل قبل رهنه باعتباره منقولا بحسب المآل، ثم رهنه بعد ذلك، فإن الدائن المرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن . وعلى ذلك إذا كان يجهل وقت الرهن بيع المنزل أنقاضاً ، فإن هذا البيع لا يسري في حقه ، وله أن يمنع المشترى من هدم المنزل على النحو الذي قررناه فيما تقدم . أما إذا كان يعلم بسبق بيع المنزل أنقاضاً ، فإن البيع يسري في حقه ، ويجوز للمشترى هدم المنزل وتسلم أنقاضه . ولكن يجوز للدائن المرتهن، إذا كان الثمن لا يزال في ذمة المشترى ، أن يحجز على الثمن تحت يد المشترى ، ويكون له عليه حق التقدم باعتباره دائناً مرتهناً [1] .

١٧٦ – التصرف في العقارات بالتخصيص : قدمنا [2] أنه إذا نزع الراهن شيئاً من ملحقات العقار ، كأن يبيع المواشي التي تخدم الأرض فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، كان الدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان التعرض الشخصي ، وظاهر أنه إذا تصرف الراهن في العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار المرهون والتي تعتبر مرهونة مثله ، كان هذا تصرفاً في بعض العقار المرهون يستوجب مسئولية الراهن ، لأن الراهن ضامن لسلامة الرهن .

ويجب إذن التمييز بين فرضين :

---

(١) قارن في هذه المسألة شمس الدين الوكيل فقرة ٨٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٧٠ .

(الفرض الأول) أن يكون العقار بالتخصيص لا يزال في حيازة الراهن ، وقد باعه لمشتر ولكن هذا المشترى لم يتسلمه . ونفرض هنا أن الراهن قد انتقص من قيمة العقار المرهون ببيعه العقار بالتخصيص ، ولم يحل محل هذا العقار بالتخصيص شيئاً آخر أصلح أو مماثلا في الصلاحية . لأنه في هذه الحالة لا يكون قد انتقص من قيمة العقار المرهون ، ويكون البيع صحيحاً ، ويستطيع الراهن أن يسلم العقار بالتخصيص الذي باعه للمشتري [١] . أما إذا لم يحل الرهن محل العقار بالتخصيص الذي باعه شيئاً آخر مماثلا له في الصلاحية ، فإنه يكون قد انتقص من قيمة العقار المرهون . ومادام المشترى لم يتسلم العقار بالتخصيص ، فإنه يبقى في العقار المرهون مرهوناً مثله ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يمنع نقله، وله أن يطلب تعيين حارس عند الاقتضاء لمنع هذا النقل . وكذلك إذا كان المشترى سيئ النية ، أي يعلم أن ما اشتراه هو عقار بالتخصيص مرهون ضمن العقار الأصلي ، فإن تسلم المشترى إياه لا يكسبه ملكيته ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يسترده منه لأنه سيئ النية .

(الفرض الثاني) أن ينتقل العقار بالتخصيص إلى حيازة شخص حسن النية — والمفروض هنا أن الراهن باع العقار بالتخصيص وسلمه لمشتر حسن النية ، فملكه هذا بالحيازة خالصاً من الرهن . وفي هذه الحالة لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتمسك بحق الرهن في مواجهة المشترى حسن النية [٢] ، ولكنه يستطيع أن يحجز على الثمن في يد هذا المشترى، ويستعمل حقه في التقدم باعتباره دائناً مرتهناً [٣] . وله على كل حال ، إذا كان العقار المرهون قد نقصت قيمته بعد هذا البيع بحيث أصبح لا يكفي لضمان الدين ، أن يطلب تقديم تأمين آخر أو استكمال التأمين الأول حتى يفي بضمان الدين ، أو أن يطلب إسقاط أجل الدين وتقاضي الدين فوراً باعتباره ديناً حالا [٤] .

---

(١) أنظر في هذا المعنى شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن العقار بالتخصيص داخل ضمن الملحقات ، ويباع مع العقار المرهون ، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً ١ ص ٣٩٢ — وأنظر أيضاً نقض مدني ١٣ يونية سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاماً ١ ص ٣٩٢) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠٢ — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٦٢

(٤) ويجب ، حتى يعتبر المشترى حائزاً للعقار بالتخصيص ، أن تكون حيازته حيازة غير غامضة لا يشوبها اللبس (نقض فرنسي أول مايو سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩١٩ — ١ — ٣٤٥ أنسيكلوبيدي داللوز ٢ لفظ hypothéqus فقرة ٢٢٢ وما بعدها — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٣ ص ٢٦٢) .

١٧٧ – حق الراهن في استغلال العقار المرهون – نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٤ مدني على ما يأتي :

" للراهن الحق في إدارة العقـــار المرهون ، وفي قبض ثمـــاره إلى وقت التحاقها بالعقار" [١] .

ويفهم من هذا النص أن للراهن الحق في إدارة العقار حتى يستطيع أن يستغله وأن يقبض ثماره ، طبيعية كانت أو مستحدثة أو مدنية ، فالشيوع إذن للراهن ، لأن له الحق في استغلال العقار المرهون . وهذا الحق يرجع إلى أن الراهن لا يزال مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، حتى بعد الرهن ، فمن حقه إذن أن يستولي على ثماره إذ الثمار تكون أصلا للمالك .

ويستطيع الراهن ، في إدارته للعقار المرهون ، أن يوجه استغلاله الوجهة التي يراها . فإذا كان العقار المرهون أرضاً زراعية ، وكانت المحصولات التي تنتجها الأرض محصولات عادية ، جاز للراهن أن يزرع في الأرض أشجاراً للفاكهة أو للورود والأزهار. فيحول الأرض بذلك إلى حدائق مثمرة ، سواء للفاكهة أو للأزهار . بل يجوز له أن يحول الأرض الزراعية إلى أرض للصناعة ، فيقيم عليها مصنعاً بما يحتاجه المصنع من أجهزة وأدوات وغيرها . وله أن يحول الأرض الزراعية إلى مباني للسكنى ، فيقيم فوق الأرض منازل ومنشآت سكنية وما إلى ذلك . ويجوز العكس ، فيحول المصنع إلى أرض زراعية ، والمبنى إلى مصنع ، والمصنع إلى مبنى ، وما إلى ذلك . ولا يحد من سلطة الراهن، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، في ذلك إلا حق الدائن المرتهن . فلا يجوز للراهن مثلا ، في تحويله العقار المرهون إلى أغراض أخرى ، أن ينقص من تأمين الدائن المرتهن . فإن فعل ، جاز للدائن المرتهن أ، يعارض في ذلك ، وأن يطلب وقف الأعمال الضارة بحقه . وله أن يتخذ في حالة الاستعجال وسائل تحفظية يرجع بمصروفاتها على الراهن ، بل له أن يطلب تعيين حارس يحرس العقار المرهون حتى لا تنقص قيمته . على أن الدائن المرتهن لا يجوز له أن يتخذ من المحافظة على حقه تكئة يستند إليها للحد من نشاط الراهن دون مبرر . فإذا كانت الأرض لا تجود لزراعة الفاكهة مثلا ، وأراد الراهن أن يحولها إلى أرض زراعية

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٣٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٠ – ٤١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

للمحصولات العادية ، لم يجز للدائن المرتهن أن يمنعه من ذلك . وإذا كانت العادة أن تزرع الأرض قطناً مرة كل ثلاث سنوات ، وأراد الراهن أن يزرعها قطناً كل سنتين مرة دون أن يعود ذلك بضرر على الأرض ، لم يستطع الدائن المرتهن أن يحول دون ذلك ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطي قيمة الدين إلى مدى بعيد [1] . والفيصل في كل ذلك هو قاضي الموضوع ، فهو الذي يبت دون معقب عليه من محكمة النقض فيما إذا كان استغلال الراهن للعقار المرهون يضر بهذا العقار ، فيمنعه من ذلك ، وإلا أباح له أن يسير فيما هو فيه [2] .

ويبقى للراهن الحق في قبض ثمار العقار المرهون ، فلا يتعلق به حق الدائن المرتهن. ولكن ذلك يتقيد أيضاً بحق الدائن المرتهن ، فلا يجوز أن يعود عليه بضرر قبض الراهن للثمار . وقد حدد المشرع لذلك تاريخاً معيناً ، إذا أتى امتنع على الراهن قبض ثمار العقار المرهون ، لأن هذه الثمار تصبح ملحقة بالعقار المرهون ، ويكون للدائن المرتهن أن ينفذ عليها بما له من حق الرهن . وهذا التاريخ هو تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإذا حل الدين المضمون ولم يدفعه المدين ، وأراد الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون ، فإنه ينبه على المدين الراهن بنزع ملكية العقار ، ثم يسجل هذا التنبيه . وقد رأينا [3] أن المادة ١٠٣٧ مدني تنص على أنه " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراده عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار " . وأعاد المشرع ذلك في المادة ١٠٤٤ مدني ، إذ تنص كما رأينا على أن " للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار " .

وأهم ما يعرض للراهن في إدارة العقار المرهون واستغلاله أمور ثلاثة : (١) إيجار العقار المرهون ، ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن . (٢) قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ، ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن . (٣) بيع الراهن للثمار المستحدثة قبل جنيها .

١٧٨ – إيجار العقار المرهون ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن – نص قانوني

نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٥ مدني على ما يأتي :

" ١ – الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو

---

(١) استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧ .

(٢) أنظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٤ ص ٢٣٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٦٠.

كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه و لم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة " .

" ٢ – وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن " [1] .

وفيما يتعلق بوجوب تسجيل عقد الإيجار إذا زادت مدته على تسع سنوات ، نصت المادة ١١ من قانون الشهر العقاري على أنه " يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة " . وقد رأى المشرع أن الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنوات يكون أقرب إلى أعمال التصرف ، فأوجب تسجيله كأعمال التصرف حتى يعلم به من يقدم على أخذ حق على العقار ، فإن لم يكن مسجلا انقصت مدته إلى تسع سنوات [2] . فينبغي إذن التمييز بين إيجار تزيد مدته على تسع سنوات وإيجار لا تزيد مدته على ذلك .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – مع ذلك فإن الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ ، وكان سابقا على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ ، أو عقد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة و لم تعجل في الأجرة. ٢ – وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على ثلاث سنوات ، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة ثلاث سنوات ، ما لم يكن الإيجار قد سجل قبل قيد الرهن " . وعدل النص في لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١١٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٢ – ص ٤٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . ولكن النص يقابل في تقنين المرافعات الأسبق : م ٦١٢/٥٤٣ : لا يعمل بالإيجارات السابقة على تسجيل ورقة التنبيه، إلا إذا كان تاريخها ثابتاً بصفة رسمية – م ٦١٣/٥٤٤ : أما الإيجارات التي يكون تاريخها غير ثابت والتي يكون عقدها بعد تسجيل التنبيه و لم تدفع الأجرة أو بعضها مقدماً ، فتعتمد إذا ظهر أنها حاصلة من باب حسن الإدارة .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " والحكمة في هذه القيود أن الإيجار إذا زادت مدته على (تسع) سنوات صار أقرب إلى أعمال التصرف ، فوجب أن يكون معروفاً للدائن المرتهن من طريق التسجيل وذلك قبل أن يقيد الرهن . ويجب ، من ناحية أخرى ، أن يسبق الإيجار مهما كانت مدته تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لأن الثمار تلحق بالعقار من ذلك الوقت ، والإيجار تصرف في الثمار فلا يسمح به بعد تسجيل التنبيه ، إلا إذا أمكن اعتباره نافعاً للدائنين بأن كان داخلا في أعمال الإدارة الحسنة و لم تعجل فيه الأجرة " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٣) .

فإذا زادت مدة الإيجار الصادر من الراهن بالنسبة إلى العقار المرهون على تسع سنوات ، فأن هذا الإيجار لا يسري بكامل مدته على الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن . فإذا أجر الراهن العقار المرهون لمدة اثنتي عشرة سنة مثلا ، وجب عليه أن يكون قد سجل هذا الإيجار قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق الرهن . فإن فعل ، سرى الإيجار بالنسبة إلى الدائن المرتهن لمدة اثنتي عشرة سنة تبدأ من وقت بدء سريان عقد الإيجار . أما إذا لم يكن الإيجار مسجلا ، ولكن له تاريخ ثابت سابق على تسجيل تنبيه نزع الملكية أي التاريخ الذي تلتحق من وقته أجرة العقار المرهون بالعقار نفسه ، فإنه يسري لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريانه . فإذا كان الراهن قد أجر العقار المرهون لمدة اثنتي عشرة سنة دون أن يسجل عقد الإيجار ، ولكن هذا العقد كان له تاريخ ثابت سابق على تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون بخمس سنوات مثلا ، سري الإيجار في حق الدائن المرتهن لمدة تسع سنوات فقط . وتبدأ مدة تسع السنوات هذه من وقت بدء سريان عقد الإيجار ، فيسري هذا العقد على الدائن المرتهن لمدة أربع سنوات من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجب على الدائن المرتهن إذا نزع ملكية العقار المرهون أن ينزعها باعتباره مؤجراً لمدة أربع سنوات منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية [1] . وإذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو عقد بعد تسجيل هذا التنبيه و لم تعجل فيه الأجرة ، فإنه لا يسري في حق الدائن المرتهن إلا في حدود أعمال الإدارة الحسنة ، فيسري لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر بحسب ما يقدره قاضي الموضوع .

وإذا لم تزد مدة الإيجار على تسع سنوات ، فإن تسجيله لا يكون واجباً . ولكنه يجب ، حتى يسري لكامل مدته في حق الدائن المرتهن ، أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون . فإذا أجر الراهن العقار المرهون لمدة تسع سنوات ، وكان الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون بمدة ثلاث سنوات مثلا ، فإنه يسري في حق الدائن المرتهن لمدة تسع سنوات من وقت بدء سريان عقد الإيجار ، أي يسري لمدة ست سنوات بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . وعلى الدائن المرتهن أن ينزع ملكية العقار المرهون باعتباره مؤجراً لهذه المدة . أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو عقد بعد تسجيل هذا التنبيه و لم تعجل فيه الأجرة فإنه لا يسري في

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٨٩٧ ص ١٥٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ٧٩ ص ٢٣٩ .

حق الدائن المرتهن إلا في حـــدود الإدارة الحسنة [1] . فيسري لمدة سنة واحد أو أقل أو أكثر ، بحسب ما يراه قاضي الموضوع كما سبق القول .

والإدارة الحسنة يشترط فيها ألا تعجل الأجرة إلا في الحدود المألوفة ، وأن تكون مدة الإيجار سنة واحدة كما قدمنا ، أو كما يقدرها قاضي الموضوع . وتكون المدة عادة لا تزيد على سنة واحدة في المباني ، ولا تزيد على ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ، وهذا ما جرى عليه القضاء المصري . وتجب ملاحظة أن الأراضي لا يجوز أيضاً أن تقل مدتها عن ثلاث سنوات كما جرى بذلك قانون الإصلاح الزراعي ، فتكون المدة المعقولة في الأراضي الزراعية هي ثلاث سنوات دائماً .

ويلاحظ أخيراً أن الإيجار الصادر من الراهن والثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية قد يكون نتيجة تواطؤ بين الراهن المؤجر وبين المستأجر ، فيتفقان ، بعد أن يرى الراهن أن الدائن المرتهن مزمع على اتخاذ إجراءات التنفيذ ، على كتابة أجرة بخسة إضراراً بالدائن المرتهن ، ويستكمل الراهن من المستأجر الأجرة أو الجزء الأكبر منها خفية . ففي هذه الحالة إذا استطاع الدائن المرتهن إثبات ذلك ، يجوز له الطعن في عقد الإيجار بالغش ، ورفع الأجرة إلى أن تصل إلى الحد المناسب ، أو اعتبار الإيجار غير نافذ في حـــق الدائن المرتهن [2] .

١٧٩ – قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن – نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٦ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ، ولا للحوالة بها كذلك ، نافذة في حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية " .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " أخص ما يتصل بالعقار المرهون إيجاره وقبض أجرته . أما الإيجار ، فإن كانت مدته أزيد من (تسع) سنوات فلا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن . فأن لم يكن مسجلا أنزل إلى (تسع) سنوات بشرط أن يكون تاريخه الثابت سابقاً على تسجيل تنبيه الملكية ، وإلا فلا ينفذ إلا إذا أنزل إلى مدة يمكن اعتباره فيها داخلا في أعمال الإدارة الحسنة و لم تعجل فيه الأجرة ، فينزل إلى السنة أو السنتين أو الثلاث حسب الظروف . أما إذا كان الإيجار لا تزيد مدته على (تسع) سنوات فينفذ في حق الدائن المرتهن ولو غير مسجل ، مادام ثابت التاريخ وسابقاً على تسجيل تنبيه الملكية . فإن لم يكن كذلك ، أنزل إلى حدود الإدارة الحسنة على النحو الذي تقدم " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٣) .

(٢) أنظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٦ ص ٢٤٠ – ٢٤١ – ولا يرى الطعن في العقد بالدعوى البولصية ويورد أقوال الفقهاء والفرنسيين في ذلك .

" ٢ — أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة " (١) .

ويؤخذ من هذا النص أن الراهن من حقه أن يقبض ما استحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل تنبيه الملكية ، فإن الأجرة في هذه الحالة تعتبر ثماراً مدنية للعقار المرهون، وهي من حق الراهن أي مالك هذا العقار مادامت عن مدة تسبق إلحاق الثمار بالعقار أي تسبق تسجيل تنبيه نزع الملكية .

فإذا قبض الراهن الأجرة مقدماً أو حول بها مقدماً ، وجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات . وهنا يعتبر القانون قبض الأجرة أو الحوالة بها مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات أقرب إلى أعمال التصرف ، فيوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة قبل قيد الرهن ، حتى تكون نافذة في حق الدائن المرتهن لكامل المدة المعجلة . ومادامت المخالصة أو الحوالة قد سجلت قبل قيد الرهن ، فقد علم بها الدائن المرتهن أو ينبغي أن يعلم بها ، وقد أقدم على ارتهان العقار مع تعجيل أجرته لمدة طويلة ، فيكون راضياً بذلك . أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة غير مسجلة ، فلا تسري إلا لمدة ثلاث سنوات ، مع وجوب أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أي قبل إلحاق الثمار بالعقار وعدم جواز تصرف الراهن في الثمار . فإذا قبض الراهن الأجرة معجلة لمدة خمس سنوات مثلا ، وسجل المخالصة قبل قيد الدائن المرتهن حق رهنه ، فقد علم هذا الدائن بما عجل من الأجرة أو ينبغي أن يكون عالماً بذلك ، فيكون راضياً بما تم ولا سبيل إلى الشكوى . وإذا لم

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يجعل مدة المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً سنة واحدة . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٤١ في المشروع النهائي ، بعد رفع المدة إلى ثلاث سنوات . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٥ — ص ٤٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . ولكن يقابله المادة ٢ من قانون التسجيل : يجب أيضاً تسجيل ما يأتي: (أولا) العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . (ثانياً) الإيجارات التي تزيد مدتها على تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس ، غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك وعدم اعتماد ما دفع مقدماً زائداً عن أجرة ثلاث سنوات .

يسجل الراهن المخالصة ، فإنها لا تسري في حق الدائن المرتهن إلا لمدة ثلاث سنوات فقط ، ولا تعتبر أجرة السنتين الأخريين من الخمس السنوات قد عجلتا ، ويشترط في ذلك أن تكون المخالصة (أو الحوالة) ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسري في حق الدائن إلا في حدود الإدارة الحسنة.

(الفرض الثاني) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات . وهنا يعتبر القانون أن هذا عمل عادي ، فلا يوجب تسجيل المخالصة أو الحوالة . ولكنه يشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أي قبل إلحاق الثمار بالعقار حيث لا يكون للراهن الحق في الثمار من ذلك الوقت. فإذا قبض الراهن الأجرة مقدماً لمدة ثلاث سنوات أو حول بها مقدماً لمدة ثلاث سنوات ، وكانت المخالصة أو الحوالة ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنها تسري في حق الدائن المرتهن ، ويجب على هذا الدائن أن يعتبر العقار المرهون قد عجلت أجرته لمدة ثلاث سنوات . فإذا لم تكن المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يعتد بها إلا بالقدر الذي يتفق مع حسن الإدارة .

ويلاحظ هنا ، كما لوحظ في إيجار العقار المرهون ، أنه إذا كانت المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن هناك احتمالا أن يكون الراهن قد أدرك أن الدائن المرتهن معتزم على اتخاذ إجراءات التنفيذ ، فبادر بالتواطؤ مع المستأجر إلى قبض الأجرة أو الحوالة بها لمدة ثلاث سنوات حتى يخفف من آثار نزع ملكية العقار المرهون. فإذا استطاع الدائن المرتهن إثبات ذلك ، جاز له أن يطعن في تعجيل الأجرة بالغش والتواطؤ بين الراهن والمستأجر ، ويطلب اعتبار المخالصة أو الحوالة غير نافذة في حقه [1] .

١٨٠ – بيع الثمار قبل جنيها : وهنا تكون ثمار العقار ثماراً مستحدثة ، فقد زرعها الراهن في العقار المرهون ونبتت ، فباعها وهي لا تزال في الأرض . ولما كانت المادة ١٠٣٧ [2] مدني قد نصت على أنه " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار " ، فإن الثمار المستحدثة إذا كانت الأرض قد أنتجتها أو ساهمت في إنتاجها في مدة تالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن ما أنتجته الأرض في هذه المدة يكون ملحقاً بالعقار ، ولا يجوز للراهن بيعه إلا إذا كان ذلك يعد من أعمال الإدارة الحسنة .

---

(١) أنظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٧ ص ٢٤٣ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٦٠ .

أما إذا كانت الثمار قد بيعت وهي لا تزال في الأرض أي قبل جنيها ، وكان البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فهناك رأي يذهب إلى أن البيع ، حتى في هذه الحالة، لا يسري في حق الدائن المرتهن . ذلك أن الثمار لم تجن ، وهي لا تزال عقاراً ملتصقاً بالأرض، فلا ينفذ بيعها باعتبارها منقولا في مواجهة الدائن المرتهن ، ويستطيع هذا اعتبارها عقاراً مرهوناً حتى يتم فصلها من الأرض [١] .

ولكن هذا الرأي لم يرجح ، والرأي الراجح هو عكس ذلك . فيستطيع الراهن أن يبيع الثمار قبل جنيها ، بشرط أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل نزع الملكية. ويعتبر ذلك بمثابة تعجيل الأجرة ، وهو جائز كما قدمنا [٢] .

أما إذا كان البيع غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يسري في حق الدائن المرتهن . ومن حق هذا الدائن أن يستبقي المحصولات في الأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجرى توزيع ثمنها كما يجرى توزيع ثمن العقار نفسه . وكذلك لو كان البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولكن الدائن المرتهن ادعى أن هذا البيع كان عن تواطؤ بين الراهن البائع والمشترى للإضرار بحقه ، فإن له أن يطعن في هذا البيع بالغش ، ويعتبره غير نافذ في حقه [٣] .

١٨١ – حق الراهن في استعمال العقار المرهون : قدمنا أن الرهن الرسمي لا يجرد الراهن من ملكية العقار المرهون ، ولا من حيازته ، فيبقى العقار المرهون في يده ، يستعمله كما كان يستعمله قبل الرهن [٤] . فإذا كان العقار منزلا وكان يسكنه، استمر ساكناً له بعد الرهن [٥] . وإذا كان العقار أرضاً فضاء ، وكان يصطاد فيها أو يستعملها للإقامة اليوم كله ، كان له أن يبقى في هذه الأرض وأن يصطاد ، كما كان الأمر قبل الرهن .

---

(١) جارسونيه وسيزاد برو في قانون المرافعات ٤ فقرة ٣٦٣ – كيش في طرق التنفيذ فقرة ٢١٠ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٢٩١ – أنسيكلوبيدي داللوز لفظ Fruits فقرة ٩١ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٧٨ ص ٢٤٥ .

(٣) أنظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٧٨ .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ويستبقي الراهن حق التصرف في العقار المرهون ، ويستبقي كذلك عنصري الملكية للآخرين ، حق الاستعمال وحق الاستغلال . فله أن يستعمل العقار بنفسه، وله أن يستغله فيجني ثماره " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤١) .

(٥) سمير تناغو فقرة ٣٠ ص ١١٢ .

ولا يقيد من سلطة الراهن في استعمال العقار المرهون إلا مراعاة حق الدائن المرتهن ، فليس له أن ينقص من قيمة العقار في استعماله إياه . وليس له أن يهدم العقار المرهون ، إلا إذا كان يريد من وراء هدمه أن يقيم على الأرض بناء آخر لا يقل عن البناء الأول . كذلك ليس له أن يترك البناء دون وقاية حتى يتخرب ، وللدائن المرتهن أن يعترض على هذا الموقف السلبي ، وأن يطلب عند الاقتضاء تعيين حارس يتعهد العقار المرهون بالحفظ والعناية ، حتى لا يتهدده بالهلاك [1] . وليس للراهن أن ينتزع من العقار المرهون العقارات بالتخصيص الملحقة به ، إلا إذا قصد من ذلك إحلال عقارات أخرى محلها . فإذا لم يفعل ، كان للدائن المرتهن أن يسترد العقارات بالتخصيص وأن يعيدها إلى ما كانت عليه ، إلا إذا حازها حائز حسن النية فتملكها بالحيازة . وعند ذلك يجوز للدائن المرتهن ، إذا كان العقار المرهون قد نقصت قيمته نقصاً كبيراً بانتزاع العقارات بالتخصيص منه ، أن يطلب استكمال الرهن ، أو تقديم رهن آخر مكانه ، أو إسقاط أجل الدين والمطالبة بالدين فوراً قبل حلول ميعاده الأصلي .

المبحث الثاني

آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالدائن المرتهن

١٨٢ – نصوص قانونية : تنص المادة ١٠٥٠ مدني على ما يأتي :

" إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .

وتنص المادة ١٠٥١ مدني على ما يأتي :

" ١ – للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات " .

" ٢ – وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليه العقار " .

وتنص المادة ١٠٥٢ مدني على ما يأتي :

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ٧ ص ٤٩ – شمس الدين الوكيل فقرة ٧٣ .

" ١ — يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن".

" ٢ — ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن يتزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه " (١) .

وهذه النصوص تنظم علاقة الدائن المرتهن بالراهن في تنفيذ الأول بدينه على العقار المرهون وهي تعرض للمسائل الآتية : (١) تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الـــذي له . (٢) التنفيذ على الكفيل العيني أي الراهن غير المدين . (٣) بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . (٤) بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات أو شرط الطريق الممهد .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ١٠٥٠ : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن المشروع التمهيدي كان يحتوي على فقرة أولى تجرى على الوجه الآتي : " يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق ، شأنه في ذلك شأن كل دائن عادة ، وذلك مع مراعاة أحكام المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ " . وحذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة " لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة " ، ووافقت على بقية النص تحت رقم ١١٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٦ — ص ٥٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

م ١٠٥١ : ورد هذا النص في المادة ١٤٦٠ من الشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١١٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٨ — ص ٦٠) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩٧/٥٧٣ فقرة أولى : يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين، أن يشرع، بعد التنبيه على المدين بالوفاء وإنذاره ببيع العقار ، في نزع ملكية العقار المرهون وبيعه في المواعيد المبينة في قانون المرافعات والأوجه الموضحة به ، وهذا فضلا عما له من حق المطالبة على المدين شخصياً .

م ١٠٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٦١ من المشروع التمهيدي لم يكن يشتمل على عبارة " أو قسط منه " في الفقرة الثانية . وأدخلت لجنة المراجعة على النص بعض تعديلات لفظية ، وأقرته تحت رقم ١١٤٧ في المشروع النهائي . وأضاف مجلس النواب عبارة " أو قسط منه " قبل كلمة " الاتفاق " في الفقرة الثانية ، فصار النص تحت رقم ١١٣٣ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٠ — ص ٦٣) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

١٨٣ – تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذي له : رأينا [١] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٥١ مدني تنص على أن " للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ، ويطلب بيعه في المواعيد وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات " . وكانت المادة ١٠٥٠ مدني في مشروعها التمهيدي تحتوي على فقرة أولى تنص على أنه " يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق، شأنه في ذلك شأن كل دائن عادي، وذلك مع مراعاة المادتين ٣٢٨ و٣٢٩"، فحذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة " لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة " [٢]. ويتبين من هذه النصوص أن الدائن المرتهن يتقدم للتنفيذ بحقه ، عند حلول أجل هذا الحق ، بصفتين :

(أولا) صفته باعتباره دائناً عادياً كسائر الدائنين ، وبهذه الصفة يكون له التنفيذ بحقه على جميع أموال المدين ، شأنه في ذلك شأن أي دائن عادي . فله أن ينفذ على عقارات المدين ومنقولاته دون أن يكون له فيها حق التقدم ، لأنه إنما يتقدم كدائن عادي . ويجب أن يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار أو العقارات التي ينفذ عليها ، والغالب أن يكون حقه مع الرهن الرسمي في ورقة واحدة ، فتكون ورقة رسمية . ومن ثم لا يحتاج إلى حكم ، وله أن ينفذ بهذه الورقة الرسمية ، ويختار أي منقول أو عقار للمدين للتنفيذ عليه . فإذا اختار عقاراً أو عقارات وهو الغالب ، أعلن التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، واستمر في التنفيذ حتى يستوفي حقه أو بعض حقه من هذا العقار أو العقارات .

ولكن الدائن يتقيد في ذلك بقيدين : (١) ألا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه (م ٣٢٩ من المشروع التمهيدي) . (٢) ألا ينفذ الدائن على أموال المدين غير المرهونة إلا إذا كان العقار المرهون لا يفي بالدين [٣] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٨٢ في الهامش .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " للدائن المرتهن صفتان : (١) صفة باعتباره دائناً كسائر الدائنين ، أموال المدين ضمان عام له ، فله أن ينفذ عليها جميعاً دون أن يكون له حق التقدم . ويراعى في التنفيذ القيود العامة ، وأهمها أنه لا ينفذ على مال غير مرهون قبل التنفيذ على المال المرهون (م ٣٢٨ من المشروع) ، وأنه لا ينفذ على مال تكون قيمته أكبر بكثير من حقه (م ٣٢٩ من المشروع) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦١) .

(ثانياً) صفته باعتباره دائناً مرتهناً ، وحق رهنه هنا يتركز في العقار المرهون . فله، بعد التنبيه على المدين بالوفاء ، أن ينفذ بحقه على العقار المرهون . وهنا يكون حقه في العقار المرهون ثابتاً في ورقة رسمية حتماً ، لأن الرهن الرسمي يجب أن يكون في ورقة رسمية . ومن ثم لا يحتاج الدائن المرتهن إلى حكم ، بل ينفذ بموجب هذه الورقة الرسمية ، ويبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين . فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أي من كفيل عيني ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء . فالدائن المرتهن يستوفي حقه من العقار المرهون طبقاً للإجراءات القانونية ، فيطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات . وهو باعتباره دائناً مرتهناً ، يتقدم في استيفاء حقه من العقار المرهون بحسب مرتبته ، بل وله حق تتبع هذا العقار كما سيجيء كل هذا مع مراعاة ألا ينفذ الدائن على العقار ، إلا بالقدر الذي يفي بالحق (م ٣٢٩ من المشروع) .

وتنتهي الإجراءات إلى بيع العقار المرهون جبراً في المزاد ، ويستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمنه . وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا ، لمخالفته للنظام العام . ذلك أن هذه الإجراءات قد رسمها القانون لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن ، فالإخلال بشيء منها يكون باطلا ، إذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن . وسنرى فيما يلي بطلان الاتفاق على أن يتملك الدائن المرتهن العقار المرهون إذا لم يف المدين بالدين [1]، وبطلان الاتفاق على بيع العقار المرهون دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون [2] .

١٨٤ – التنفيذ على الكفيل العيني : وقد يتفق أن يكون الراهن هو غير المدين ، وهذا هو الكفيل العيني . وقد رأينا أنه " إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين،

---

(١) أنظر ما يلي فقرة ١٨٥ .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ١٨٦ – وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " للدائن المرتهن صفتان : (أ) .... (ب) صفته باعتباره دائناً مرتهناً ، وحق الرهن يتركز في العقار المرهون . وهو سلطة تخول الدائن أن يستوفي حقه من هذا العقار طبقاً للإجراءات التي نص عليها تقنين المرافعات، مع مراعاة ألا ينفذ العقار إلا بالقدر الذي يفي بالحق (م ٣٢٩ من المشروع) . فالدائن المرتهن لا يستوفي إذن حقه من العقار المرهون إلا طبقاً لإجراءات معينة تنتهي آخر الأمر إلى بيع العقار جبراً في المزاد ، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، لأن الإجراءات التي فرضها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالإخلال بشيء من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان ، إذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع رضاه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦١ – ص ٦٢) .

ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " (م ١٠٥٠ مدني) . ورأينا [١] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٥١ تنص على ما يأتي : " وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليه العقار " .

ويؤخذ من هذه النصوص أن الكفيل العيني إنما التزم عينياً بوفاء الدين المضمون ، بأن رهن مالا له رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً في هذا الدين . فإذا كان الكفيل العيني قد رهن عقاراً له في الدين رهناً رسمياً ، وحل الدين ، جاز للدائن المرتهن ، بعد اتباع الإجراءات المقررة ، أن يقوم بالتنفيذ على هذا العقار وحده دون سائر أموال الكفيل العيني ، فإن هذا الكفيل لا يجب عليه الضمان العام في جميع أمواله للوفاء بالدين ، بل هو غير مسئول عن الدين إلا في حدود العقار الذي رهنه رهناً رسمياً ، فلا يجوز إذن للدائن المرتهن أن ينفذ على أي مال للكفيل العيني غير العقار المرهون ، وتقول المادة ١٠٥٠ مدني في هذا الصدد : " إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ..... " . ولم يقل النص : فلا يجوز التنفيذ إلا على ما رهن الكفيل من المال ، لأن هذه العبارة قد توهم أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن ينفذ إلا على العقار المرهون ، في حين أنه يستطيع أن ينفذ ، إلى جانب ذلك ، على مال المدين نفسه ، باعتبار الدائن دائناً عادياً ، بما له من ضمان عام على مال مدينه . بل قد يكون المدين رهن مالا آخر في الدين ، فيجوز للدائن المرتهن في هذه الحالة أن ينفذ على هذا المال الآخر كما ينفذ على عقار الكفيل العيني المرهون . وعلى ذلك يكون للدائن المرتهن أن يبدأ التنفيذ على عقار الكفيل العيني ، أو يبدأه على العين المرهونة المملوكة للمدين ، أو ينفذ على المالين معاً إذ لم يكن مال منهما كافياً للوفاء بالدين . وإذا لم يكن المدين قد رهن في الدين مالا له ، جاز للدائن كما قدمنا أن ينفذ على أي مال للمدين [٢] كدائن عادي . ولكن لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن على التنفيذ أولا على أموال المدين ، مرهونة في الدين أو غير مرهونة ، أي أنه ليس له حق تجريد المدين أولا قبل التنفيذ على عقاره المرهون ، إلا إذا وجد اتفاق على هذا الأمر . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٥٠ مدني كما رأينا : " ولا يكون له (للكفيل العيني) حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " [٣] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٩٣ — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٥ ص ٢٦٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٧ ص ١٢٣ — أحمد سلامة فقرة ٧٥ ص ٢٦٠ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : وسلطة الدائن المرتهن على العقار المرهون واحدة ، سواء كان العقار المرهون مملوكا للمدين نفسه كما هو الغالب ، أو كان مملوكا لكفيل عيني . فيرجع الدائـــن =

ولما كان الكفيل العيني غير مسئول عن الدين إلا في حدود العقار المرهون ، فإن له أن يتفادى أي إجراء موجه ضده من إجراءات التنفيذ المتقدم ذكرها إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليه العقار [1] . وعلى ذلك يستطيع الكفيل العيني ، إذا أراد توقي إجراءات التنفيذ ، أن يتخلى عن العقار الذي رهنه كما يتخلى الحائز للعقار المرهون ، ويتبع في ذلك ما يتبعه الحائز من أوضاع، ويسرى عليه ما يسري على الحائز من أحكام . وتقول المادة ١٠٧١ مدني في تخلي الحائز عن العقار المرهون ما يأتي : " ١ — تكون تخليه العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمس أيام من وقت التقرير بها . ٢ — ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك ". وعلى ذلك يتخلى الكفيل العيني عن العقار المرهون بتقرير يقدمه أمام قلم كتاب محكمة العقار الابتدائية ، ويؤشر به في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . وعليه أن يعلن الدائن المرتهن بالتخلية في خمسة أيام من وقت التقرير بها . وعندئذ لا يستمر في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني ، ولو أنه يبقى مالكاً للعقار . ويجوز لكل ذي مصلحة ، ويدخل في ذلك الدائن المرتهن والكفيل العيني نفسه ، أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس يتخذ الإجراءات في مواجهته، وإذا طلب الكفيل العيني تعيينه حارساً وجب تعيينه . وتتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ضد الحارس ، وبعد بيع العقار واستيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمنه ، أن بقي شيء من هذا الثمن كان من حق الكفيل العيني ، لأنه يبقى مالكاً للعقار المرهون كما قدمنا [2] .

= على العقار المملوك للكفيل ولا يرجع من مال هذا الكفيل إلا على هذا العقار ، وهذا ما تقضي به المادة (١٠٥٠ مدني) ، فهي تنص على أنه إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . وقد احتاط النص فلم يقل إن التنفيذ لا يجوز إلا على ما رهن الكفيل ، بل قال إن التنفيذ لا يجوز على مال الكفيل إلا ما رهن ، حتى لا ينفي جواز التنفيذ على مال المدين بما للدائن من ضمان عام . ولكن لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن أن يرجع أولا على مال المدين (وهذا هو حق التجريد) لأن عقار الكفيل مرهون في الدين ، ويجوز للدائن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان في مال المدين عين أخرى مرهونة في نفس الدين ، وللدائن أن يبدأ التنفيذ على أي من العينين المرهونين " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(١) أنظر م ١٠٥١/٢ مدني آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ويستطيع الكفيل العيني أن يتخلص من توجيه الإجراءات ضده ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

١٨٥ – بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء : رأينا [١] أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدني تنص على أن " يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان ..... ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن " . فإذا اتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يتملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأي ثمن آخر وقد يكون أكبر من الدين المستحق ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام [1] . وهذا الاتفاق يعرف باسم (pacte commissoire) ، ويلجأ إليه الدائن المرتهن حتى يستغل موقف الراهن . وموقف الراهن يكون عادة ضعيفاً ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه الشرط ، وكثيراً ما يعتقد الراهن أن الدين سيوفي عند حلول أجله ، ونظراً لضعف مركزه يقبل هذا الشرط ، ويجعل الثمن هو نفس الدين المستحق ، أو إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً عن هذا الدين يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق ، ولكنه لا يصل عادة إلى قيمة العقار [٢] . وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنص صراحة على أن هذا الاتفاق يكون باطلا ، أياً كان الثمن الذي اتفق عليه [٣] ، وهو لا يكون عادة إلا أقل من القيمة الحقيقية للعقار لأن الفرق بين هذه القيمة والثمن هو الذي يستفيده الدائن المرتهن [٤] . ويغلب أن يوضع هذا الشرط الباطل في عقد الرهن الرسمي ذاته ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق بعد عقد الرهن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(1) مفاد المادة ١٠٥٢ من القانون المدني أن اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير للعقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلا متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين ، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن يتزل للدائن عن ا لعقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه .
(جلسة ١٩٨٢/٤/١٥ الطعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٣ ص ٤١٣) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٤٥ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٩١ .

(٣) ويكون أيضاً باطلا بطريق القياس شرط تملك الدائن المرتهن مالا آخر للراهن في مقابل الدين ، أو شرط حصوله بعد بيع العقار على كل ثمنه ولو كان أكثر من الدين المضمون (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩٢ ص ٤٠٧ – محمد علي إمام فقرة ٣٢٤ ص ٣٣٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ ص ١٢٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٥ – ص ٩٦) .

(٤) وحتى لو كان الثمن يساوي القيمة الحقيقية للعقار المرهون أو كان أكثر من هذه القيمة ، فإن الاتفاق يكون باطلا ، لأن المشرع لا يريد أن يكون هذا الأمر محل تحقيق وخبرة طويلة يحتدم فيها الخلاف . على أن هذا الغرض يكاد لا يتحقق ، لأن الدائن المرتهن يحرص عادة على جعل الثمن أقل من القيمة الحقيقية للعقار .

الرسمي ، فيبرم في اتفاق لاحق . والاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر يكون باطلا لنفس الأسباب ، وقد نص المشرع صراحة على ذلك إذ قال كما رأينا : " ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن " [١] . وبطلان الاتفاق لا يمس عقد الرهن الرسمي نفسه ، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام ، ولكن عقد الرهن الرسمي يبقى صحيحاً [٢] . على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الشرط الدافع لإبرام عقد الرهن ، فإن عقد الرهن يبطل أيضاً كبطلان الاتفاق . وقد نصت المادة ١٤٣ مدني في هذا الصدد على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله " [٣] .

ولا يصح هذا الاتفاق إلا إذا أبرم بعد حلول الدين أو حلول قسط منه ، فإن مظنة ضعف الراهن تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدني على ذلك ، إذ تقول كما رأينا [٤] : " ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن يتزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه " . فيجوز إذن، بعد حلول الدين كله أو بعضه ، للراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، أن يتفق مع الدائن المرتهن على أن يتزل له عن العقار المرهون في نظير الدين ، ويكون هذا وفاء بمقابل . بل يجوز للراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن في هذه الحالة على أن يبيع له العقار المرهون بثمن أياً كان ، أكبر أو مساو أو اقل من الدين المستحق . فإن الراهن لا يكون في مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء ، ويطلب بيع العقار المرهون طبقاً للإجراءات التي قررها القانون [٥] .

---

(١) جمال الدين زكي فقرة ١٧٨ — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٧ ص ٢٧٣ .

(٢) بيدان وقواران فقرة ٢٢٢ — محمد كامل مرسي فقرة ٨٢ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩٣ — سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١٣٦ — ولا يمنع بطلان شرط التملك عند عم الوفاء من أن يدخل الدائن المرتهن في المزاد الجبري ، ومن رسو المزاد عليه ، لأن المزاد الجبري يكون محوطاً بالضمانات التي يتطلبها القانون (سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١٣٦) .

(٣) سمير تناغو فقرة ٣١ ص ١٢٤ هامش ١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٥) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " فيقع باطلا كل اتفاق يعطي الدائن الحق ، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله ، في أن يتملك العقار المرهون بأي ثمن كان ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء ، أو في أن يبيعه دون أن يراعى الإجراءات التي فرضها القانون ، وهذا هو شرط الطريق الممهد ، سواء أبرم الاتفاق في عقد الرهن ذاته أو أبرم بعده مادام قد تم قبل حلول الدين . أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ، وأصبح هذا على بينة من الأمر . فيجوز الاتفاق حينئذ على أن يتزل الراهن عن العقار المرهون وفاء للدين أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين =

١٨٦ – بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات : وهذا أيضاً شرط باطل إذ يقارب شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء ، ويسمى عادة بشرط الطريق الممهد (clause de voie parée) . وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع العقار المرهون بالممارسة أو بأية طريقة كانت دون اتباع الإجراءات التي فرضها تقنين المرافعات في البيوع الجبرية [١] . ويخشى هنا أيضاً من استغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط . وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع العقار بأكبر قيمة ممكنة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٢ مدني على ذلك الحكم ، إذ تقول كما رأينا [٢] " يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن ..... يبيعه (العقار المرهون) دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن " . فيكون إذن باطلا ، لمخالفته للنظام العام ، كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع العقار المرهون ، عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، دون اتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية . وسواء عقد هذا الاتفاق عند عقد الرهن الرسمي أو عقد بعد إبرام الرهن ، فإنه يكون باطلا في الحالتين . ويقتصر أثر البطلان هنا أيضاً على الشرط نفسه، ويبقى عقد الرهن الرسمي صحيحاً [٣]، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع للراهن المرتهن على التعاقد فيبطل الشرط والرهن معاً ، كما قدمنا في شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء [٤] .

= أكبر أو أقل من الدين ، أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني ، وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه ، إذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢) .

(١) لم يكن مسموحاً في القانون الروماني أن يبيع الدائن المرتهن الشيء المرهون ، ما لم يوجد اتفاق على إعطائه هذا الحق . وقد أصبح هذا الاتفاق مفترضاً في عهد أولبيان ، وأصبح للدائن المرتهن الحق في أن يبيع الشيء المرهون بالطريقة التي يختارها ، بالمزاد أو بالممارسة . وفي القانون الفرنسي القديم حدث تطور امتنع بموجبه على الدائن المرتهن أن يتملك الشيء المرهون أو أن يستولي على حيازته ، وأصبح واجباً عليه أن يتخذ إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون ، شأنه في ذلك شأن أي دائن آخر (بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٣) بوار ٢ فقرة ١٠٣٨ – بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٩ – بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤٤٤ .

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ، وقد سبق إيرادها آنفاً فقرة ١٨٥ في الهامش . وأنظر بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٨٩ .

أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول أجل الدين كله أو حلول قسط منه ، فإن الاتفاق يصح ، لأن مظنة استغلال الراهن في هذه الحالة تكون قد انتفت ، كما رأيناها قد انتفت في شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء . ولم تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدني ، كما رأينا [١] ، صراحة على جواز الاتفاق إذا عقد بعد حلول الدين كله أو بعضه ، كما نصت على جواز الاتفاق في هذه الحالة على تملك العقار المرهون عن عدم الوفاء . ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الحالة الثانية ، والقول بصحة الاتفاق في الحالتين [٢] . ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص ، فهي تقول : " أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ، وأصبح هذا على بينة من الأمر . فيجوز الاتفاق حينئذ .... على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني ، وقد يكون في هذا الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه ، إذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد " [٣] .

الفرع الثاني

أثر الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير

١٨٧ — ما هو المقصود بالغير هنا : المقصود بالغير هنا ليس هو الراهن ولا الدائن المرتهن ، فإن هذين هما المتعاقدان في عقد الرهن ، فلا يعتبران من الغير . وقد سبق الكلام في آثار الرهن الرسمي بالنسبة إليهما .

وإنما المقصود بالغير هنا هو كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الرسمي . وعلى ذلك يشمل الغير الفئات الثلاث الآتية :

---

(١) نظر آنفاً فقرة ١٨٢ .

(٢) وقد أجاز القضاء الفرنسي أن يوكل للراهن الدائن المرتهن ، بعد استحقاق أجل الدين ، في بيع العقار المرهون واستيفاء حقه من ثمنه (جيوار ٢ فقرة ١٠٣٩ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٢٩٠ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٤٥ و ١٣ فقرة ٩٠٨) ، حتى لو كانت الوكالة لا يجوز الرجوع فيها بإرادة الراهن وحده إذا أعطيت بعد عقد الرهن بمدة طويلة ، وبوجه خاص إذا أعطيت بعد حلول الدين المضمون (نقض فرنسي ٢٥ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٣ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٥ ص ٤٨٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٢ — شمس الدين الوكيل فقرة ٨٨ ص ٢٧٥ — ويجوز بطبيعة الحال لأي دائن آخر يكون طرفا في إجراءات التنفيذ ألا يعمل بهذا الاتفاق لأنه ليس طرفاً فيه ، وينفذ على العقار المرهون وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات (شمس الدين الوكيل فقرة ٨٨ ص ٢٧٥) .

(١) كل شخص له حق عيني تبعي على العقار المرهون . وتتضمن هذه الفئة دائناً آخر مرتهناً رهناً رسمياً ، ودائناً له حق اختصاص على العقار المرهون ، ودائناً مرتهناً العقار المرهون رهن حيازة ، ودائناً له حق امتياز على العقار المرهون . فإن كلا من هؤلاء الدائنين له حق عيني تبعي على العقار المرهون ، ويضار من وجود الرهن الرسمي إذا تقدم عليه صاحب هذا الحق وتقاضى حقه قبله من العقار المرهون .

(٢) كل دائن عادي للراهن ليس له حق عيني على العقار المرهون ، لأن هؤلاء الدائنين العاديين من حقهم لتقاضي ديونهم أن ينفذوا على العقار المرهون ، ويكونون جميعاً على قدم المساواة . فهم إذن يضارون إذا كان هناك دائن مرتهن رهناً رسمياً للعقار، وكان من حقه أن يتقدم عليهم جميعاً في تقاضي حقه من العقار المرهون .

(٣) كل شخص له حق عيني أصلي على العقار المرهون . مثل ذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى مالك آخر ، فإن هذا المالك الآخر يضار بوجود الرهن الرسمي على العقار إذا كان الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار وهو في يد المالك الآخر . وكذلك الحال بالنسبة إلى صاحب حق الانتفاع ، وبالنسبة إلى صاحب حق الرقبة ، وبالنسبة إلى صاحب حق الحكر . فأن هؤلاء جميعاً يضارون بوجود حق الرهن الرسمي على العقار، إذا تمكن الدائن المرتهن من التقدم عليهم في استيفاء حقه من العقار المرهون.

فيكفينا هنا أن نقول ، كما قدمنا ، إن الغير هو كل شخص له حق يضار من وجود الرهن الرسمي . ونقتصر على هذه الفئات الثلاث المتقدمة ، فهم جميعاً كما رأينا يضارون بوجود حق الرهن الرسمي إذا كان لصاحب هذا الحق أن يتقدم عليهم في استيفاء حقه من العقار المرهون [1] .

١٨٨ – يجب قيد الرهن الرسمي أولا حتى يستطيع الدائن المرتهن استعمال حق التقدم وحق التتبع بالنسبة إلى الغير – نص قانون : ولما كان الغير لا يعلم ، أو يجوز أنه لا يعلم ، بوجود حق رهن رسمي على العقار المرهون قبل أن يتعامل فيه ، فقد حصر القانون طريقة إعلام الغير بوجود حق رهن رسمي على العقار يقيد هذا الرهن الرسمي ، فيصبح الرهن الرسمي المقيد معلوماً لدى الجميع ، أو يمكن للجميع العلم

(١) بيدان وڤواران ١٤ فقرة ٨٦٢ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥٨ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٤٤ – سليمان مرقس فقرة ٩٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ٦٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٠ – سمير تناغو ص ١٢٦ .

به إذا هم قصدوا مكتب الشهر وبحثوا عما يثقل العقار من حقوق عينية تكون نافذة في حقهم .

وقد نصت المادة ١٠٥٣ مدني في هذا الصدد على ما يأتي :

" ١ — لا يكون الرهن نافذا 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 " .

" ٢ — ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة الغير لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٦٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد بقلم كتاب المحكمة أو المحاكم الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار المرهون، وتم هذا القيد قبل أن يكسب الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس " . وفي لجنة لمراجعة حذفت العبارة الخاصة بجهة حصول القيد مراعاة للتنسيق مع الأحكام الخاصة بالتسجيل من حيث بيان جهة حصوله ، وأضيفت فقرة ثانية للنص تجرى على الوجه الآتي : " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا للتمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي . كل ذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١١٢١ " ، وأصبح رقم المادة ١١٤٨ في المشرع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، بعد حذف عبارة " كل ذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١١٢١ " من آخر الفقرة الثانية . وفي مجلس الشيوخ أضيفت عبارة " لمصلحة دائن آخر " بعد عبارة " مرتبة القيد " وأن تصدر الفقرة المذكورة بكلمتي " ولا " بدلا من " لا " ، وأصبح رقم المادة ١٠٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٤ — ص ٦٦) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " شهر الرهن يكون بقيده ، ويتم القيد في المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار المرهون ، أما العقد الرسمي فيتم أمام أية محكمة ولو لم تكن محكمة العقار. وحتى يتم القيد يجب أن يقدم الدائن أو من ينوب عنه نسخة رسمية من عقد الرهن ، ويرفق بها قائمة (bordereuse) تشتمل على البيانات المذكورة في المادة ١٤٦٣ من المشروع .... من هذه البيانات ما هو جوهري كاسم الراهن ولقبه وموطنه وكتعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا ، فإذا أغفل بيان من هذه البيانات الجوهرية كان القيد باطلا ، ويطلب البطلان من وقع عليه الضرر ، ويبقى الرهن على كل حال ، ولكن يجب إجراء قيد جديد يأخذ مرتبته من وقت إجرائه . ومن البيانات ما ليس بجوهري فلا يترتب على إغفاله البطلان ، ولكن ينتقص من أثر القيد بالقدر الذي يمنع الضرر . مثل ذلك أن يذكر في القيد مبلغ أقل من الدين المضمون ، فيقتصر أثر القيد على هذا المبلغ . أما إذا ذكر في القيد مبلغ أكبر ، فلا ينفذ أثر القيد إلا بقدر الدين . ومثل ذلك أيضاً أن يغفل ذكر الموطن المختار للدائن ، فيترتب على ذلك أن إعـــلان =

ويفهم من هذا النص أن الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير ، إلا إذا قيد عقد الرهن الرسمي ، أو قيد الحكم المثبت للرهن الرسمي إذا صدر حكم بإثبات الرهن ، قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس وسيأتي ذكرها عند الكلام في القيد . ويراد بكسب الغير حقاً عينياً على العقار أن يكون هذا الحق شهر ، بأن قيد هو الآخر أو سجل قبل قيد حق الرهن الرسمي .

فإذا تنازع الدائن المرتهن رهناً رسمياً مع الغير ، نظر هل هذا الغير قد قيد حقه العيني التبعي ، أو سجل حقه العيني الأصلي ، فإذا كان القيد أو التسجيل قد تم قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حقه ، فقد فات هذا الحق على الدائن المرتهن ، إذ يتقدم عليه الغير الذي قيد حقه أو سجله قبل قيد الرهن الرسمي . أما إذا كان قيد الرهن الرسمي قبل قيد الحق العيني التبعي ، أو قبل تسجيل الحق العيني الأصلي ، أو وقع قيد الرهن الرسمي مطلقاً وذلك بالنسبة إلى الدائنين العاديين ، فعند ذلك يتقدم الدائن المرتهن رهناً رسمياً على صاحب الحق العيني التبعي وعلى الدائن العادي ، وكذلك يتتبع العقار المرهون في يد من انتقلت إليه ملكيته [1] .

وكل ذلك إذا أراد الدائن المرتهن رهناً رسمياً أن يتمسك بحق رهنه الثابت بالعقد أو الحكم . أما إذا تمسك بتحويل هذا الحق للغير ، فيجب أن يؤشر بهذا التحويل (أو هذه الحوالة) في هامش القيد الأصلي لرهنه ، وكذلك يجب التأشير في هامش القيد الأصلي

= الأوراق في قلم كتاب المحكمة يكون صحيحاً . ومثل ذلك أخيراً أن يغفل ذكر مصدر الحق المضمون ، فلا يترتب على ذلك ضرر ما ، ولا يبطل القيد ولا ينقص من أثره . وفي لجنة المراجعة أو بحث المادتان ١٤٦٣ و ١٤٦٤ من المشروع ، ووافق مجلس النواب على المادة . واستعاضت لجنة الشيوخ عن حكم هذه المادة ومواد أخرى بنص عام يحيل ، في إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، إلى الأحكام الواردة في قانون الشهر العقاري ، لأن هذا القانون يتضمن كل التفاصيل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٠ — ص ٧٨) .

التقنين المدني السابق : م ٦٨٩/٥٦٥ : لا يصح التمسك بحق الرهن العقاري ، إن لم يسجل في قلم كتاب المحكمة التابع إليها مركز العقار قبل التصرف فيه للغير من قبل مالكه الراهن له ، وهذا مع عدم الإخلال بالقواعد المقررة في مواد التفليس .

(1) تنص المادة ٢/١٠٥٣ من القانون المدني أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ عن حلول شخص محل الدائن في هذا الحكم بحكم القانون أو الاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي ، وهو نفس المعنى الذي تنص عليه المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، ومفاد هذا النص أن من يحل محل الدائن المرتهن في الحق المضمون بالرهن لا يجوز له أن يتمسك بالرهن في مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بما يفيد هذا الحلول ، ولا شأن لذلك بنفاذ الحلول في مواجهة الغير . (جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن رقم ٣٨٨ ق س ٢٨ ص ٧٤٥) .

للرهن بحلول شخص آخر محل الدائن المرتهن رهناً رسمياً حلولا قانونياً أو حلولا اتفاقياً ، وكذلك بالتنازل عن مرتبة القيد الأصلي لمصلحة دائن آخر متأخر في المرتبة أو دائن عادي (أنظر م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري) [١] .

ويخلص من كل ذلك أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، إذا كان قد قيد حق رهنه أولا ، يستطيع أن يستعمل حق التقدم بالنسبة إلى دائن ذي حق عيني تبعي (دائن آخر مرتهن رهناً رسمياً ، أو دائن ذي حق اختصاص ، أو دائن ذي رهن حيازي) أو بالنسبة إلى دائن عادي . وله كذلك أن يستعمل حق التتبع ، إذا كان قد قيد حق رهنه أولا ، بالنسبة إلى شخص انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

فهناك إذن أمران :

(١) قيد الرهن الرسمي أولا .

(٢) استعمل الدائن المرتهن، بناء على الأسبقية في القيد ، حق التقدم وحق التتبع.

ونعالج من مبحثين متتاليين :

(١) قيد الرهن الرسمي .

(٢) استعمال حق التقدم وحق التتبع .

المبحث الأول

قيد الرهن الرسمي

١٨٩ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٥٤ مدني على ما يأتي :

" تتبع في إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المرتبة على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري " [٢] .

---

(١) م ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري : لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحكم بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمحو القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٤٦٣ و ١٤٦٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : م ١٤٣٦ " يجب لإجراء القيد أن يقدم الدائن المرتهن ، أو أي شخص آخر ينوب عنه ، نسخة رسمية من عقد الرهن ، وأن يرفق بها قائمة تشتمل البيانات الآتية : (أ) اسم الدائن ولقبه وحرفته وموطنه الأصلي ، =

ويفهم من هذا النص أن جميع أحكام قيد الرهن الرسمي ، من إجراءات وتجديد ومحو وإلغاء المحو وغير ذلك ، تؤخذ من قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ . وكان هذا القانون قد صدر قبل صدور التقنين المدني الجديد ، فحذف من التقنين المدني الجديد جميع النصوص الخاصة بأحكام قيد الرهن الرسمي ، واكتفى بالإحالة إلى قانون تنظيم الشهر العقاري .

ونلاحظ بادئ ذي بدء أن قيد الرهن الرسمي ليس إلا طريقة لإعلام الغير بأن هناك رهناً رسمياً يثقل العقار المراد التعامل فيه ، فيحترس الغير عند التعامل ويحسب حساب هذا الرهن [1] .

وننتقل إلى نظام قيد الرهن الرسمي كما هو وارد في قانون تنظيم الشهر العقاري، فإن هذا القانون هو الذي يحكم الآن نظام قيد الرهن الرسمي كما نصت المادة ١٠٥٤ مدني فيما أسلفناه .

= وموطنه المختار في دائرة المحكمة ، على أن يكون للدائن حق تغير هذا الموطن المختار فيما بعد، فإن لم يختر له موطنا صح إعلان الأوراق ، إن وجدت ، في قلم كتاب المحكمة . (ب) اسم المدين ولقبه وحرفته وموطنه . (ج) تاريخ عقد الرهن وقلم الكتاب الذي تم أمامه هذا العقد . (د) مصدر الحق المضمون بالرهن، ومقدار هذا الحق كاملا ، وميعاد استحقاقه . (هـ) بيان يتضمن تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً " . م ١٤٦٤ : " لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في المادة السابقة بطلان القيد ، إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير ، ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها . على أنه يجوز للقاضي أن يبطل القيد أو أن ينقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه " . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقم المادة ١١٤٩ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة . واستعاضت لجنة مجلس الشيوخ عن حكم هذه المادة ومواد محذوفة أخرى بنص عام ، يحيل في إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المرتبة على ذلك كله إلى الأحكام الواردة في قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، لأن هذا القانون تضمن كل التفصيلات الواردة في المواد المتقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٩٥٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٦٦ — ص ٧٨) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩٠/٥٦٦ : يسجل الرهن بناء على قائمة تقدم في نسختين وتشتمل على: (أولا) على اسم الدائن ولقبه وصفته ومحل سكناه وبيان المحل الذي اختاره في دائرة المحكمة . (ثانيا) على اسم المدين أو المالك الذي رهن إذا كان غير المدين ، وعلى لقبه وصناعته ومسكنه . (ثالثاً) على تاريخ عقد الرهن ونوعه وبيان قلم كتاب المحكمة الذي وقع فيه هذا العقد . (رابعاً) على مقدار مبلغ الدين وبيان أصله. (خامساً) على بيان العقار المرهون بياناً كافياً ، وإن لم يعين محل في العقد ، فتعلن الأوراق عند الاقتضاء بتسليمها لقلم كتاب المحكمة ، ويعتبر إعلانها على هذا الوجه صحيحاً .

(١) أنظر في هذه المناسبة نظرية الأستاذ شفيق شحاته (النظرية العامة للتأمين العيني ١ ص ٤١ – ص ٤٣)، وردي عليها في (الوسيط ٢ ص ٧٧٢ هامش ٢) .

وقبل ذلك نذكر ما نصت عليه المادة ١٠٥٥ مدني ، فقد نصت هذه المادة على ما يأتي : "مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك" [١] . فالأصل إذن أن يتحمل الراهن ، سواء كان هو المدين نفسه أو غيره ، جميع مصروفات القيد، من إجراء وتجديد ومحو . ومع ذلك يجوز أن يتفق الرهن مع الدائن المرتهن على تكون هذه المصروفات ، أو بعض منها ، على غير الراهن . فيجوز مثلا الاتفاق على أن تكون هذه المصروفات على الدائن المرتهن نفسه ، أو على المدين إذا لم يكن هو الراهن . ويجوز الاتفاق على أن تكون مصروفات محو القيد على الدائن المرتهن ، أو على المدين غير الراهن . ويلاحظ أنه إذا جعلت المصروفات أو بعضها على المدين غير الراهن ، وجب الحصول على رضاء المدين بذلك . وجعل المصروفات في الأصل على الراهن معقول ، لأن الدائن المرتهن لا يتحمل عادة شيئاً من المصروفات ، ولأن الراهن يكون في أغلب الأحوال هو المدين [٢] .

يبقى بعد ذلك أن نستعرض المسائل الأساسية في قيد الرهن الرسمي ، كما وردت في قانون تنظيم الشهر العقار ، وهي مسائل ثلاث : (١) إجراء القيد . (٢) تجديد القيد. (٣) خر القيد وإلغاء المحو .

§ ١ – إجراء القيد
(Insription)

١٩٠ – وجوب قيد الرهن حتى يكون حجة على الغير : تنص المادة ١٢ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن " جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٧٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤١ ؛ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٩ – ص ٨٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " مصروفات القيد وتجديده ومحوه تكون على الراهن. ما لم يتفق على غير ذلك . وقد تقدم أن مصروفات عقد الرهن نفسه تكون على الراهن أيضاً. وهذا تطبيق القاعدة العامة التي تقضي بأن المدين هو الذي يتحمل مصروفات الدين " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٩) .

ويلاحظ أن مصروفات العقد والقيد والتجديد مضمونة بالرهن وفي مرتبته ، دون حاجة لذكر ذلك . وقد نصت المادة ١/١٠٥٨ مدني على أنه " يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنيا في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها " (أنظر ما يلي فقرة ٢٠٩) .

العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير " .

ويؤخذ من هذا النص أن الحقوق العينية العقارية التبعية — وتشمل حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازي العقاري وحق الامتياز العقاري الخاص — يجب شهرها في مكاتب الشهر العقاري , فإذا لم تقيد ، لا يبطل الرهن ، وإنما لا يكون حجة على الغير . فإذا لم يقيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حق رهنه ، لم يكن هذا الرهن حجة على الغير ، لا من حيث التقدم بالنسبة إلى الدائنين ذوي الحقوق العينية العقارية التبعية على العقار المرهون بالنسبة إلى الدائنين العاديين ، ولا من حيث التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون .

فإذا فرض مثلا أن دائناً مرتهناً رهناً رسمياً لم يقيد رهنه ، أو قيده بعد أن شهر المتزاحمون معه حقوقهم ، لم يتقدم هذا الدائن المرتهن على أي من هؤلاء ، وكذلك لم يستطع استعمال حق التتبع [1] .

أما إذا قيد الدائن المرتهن رهناً رسمياً حقه قبل أن يشهر المتزاحمون معه حقوقهم ، فإنه يكون له حق التقدم على الدائن ذي الحق العيني العقاري التبعي ، وعلى الدائنين العاديين وهؤلاء لا يشهرون حقوقهم [2] ، ويكون له حق التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون [3] .

ويترتب على ضرورة القيد في نفاذ الرهن على الغير لا في صحة الرهن ، أنه إذا وقع القيد باطلا لم يؤثر ذلك في صحة الرهن . ويجوز إجراء قيد جديد بموجب الرهن ذاته الذي

---

(١) قد قضت محكمة النقض بأن هدف المشرع بالأحكام الواردة في المادتين ١٢ و ٥٨ من القانون رقم ١١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، والمادة ١١١٤ و ١٠٥٤ من التقنين المدني الجديد ، تنظيم شهر التصرفات العقارية ، حماية للائتمان العقاري . فتعتبر هذه الأحكام لذلك متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم تكون القواعد التي قررتها قواعد آمرة واجبة التطبيق حقاً ، ولا تسوغ مخالفتها بمقولة " إن من تبرعت لمصلحته قد تنازل عن التمسك " . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه ، وإن كان الطاعن من فريق الغير ، إلا أنه ليس له أن يستفيد من عدم قيد الرهن وفقاً للقانون ، لتنازله عن حقه في ذلك وقبوله سريان الرهن بالنسبة إليه ، فأن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض ٩ يونية سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٤٢٥).

(٢) وإنما قد يحدث ما يقف الدائن المرتهن عن إجراء قيده ، كبيع العقار المرهون أو إفلاس الراهن ، وسيأتي بيان ذلك تفصيلا فيما يلي . فإذا حدث شيء من ذلك ، لم يستطع الدائن المرتهن قيد رهنه ، فيتساوى مع الدائن العادي ولا يتقدم عليه .

(٣) وإذا قيد الدائن الرهن ، جاز له أن يحتج به على المشترى الذي سجل عقده بعد القيد ، ولو كان هذا العقد ثابت التاريخ قبل القيد (استئناف مختلط ٨ يونية ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢) .

يظل صحيحاً ، ولكن لا يحتج بهذا القيد على الغير إلا من تاريخ إجراء القيد الجديد [1] . ويترتب على عدم ضرورة القيد فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، أن الراهن لا يجوز له أن يتمسك ببطلان القيد ، أو بسقوطه لعدم التجديد [2] .

١٩١ – اختلاف القيد عن التسجيل : وقد رأينا أن التسجيل (transcription) يكون بنقل صورة كاملة من المحرر في سجل معد لذلك أو هو حفظ المحرر نفسه كما هو والاكتفاء بإعطاء صور فوتوغرافية لأصحاب التأمين . أما القيد (inscription) فهو نقل بعض بيانات مستخرجة من المحرر الذي يتضمن عقد الرهن ، وتدوينها في سجل خاص . ولا تؤخذ بيانات القيد من المحرر مباشرة ، وإنما يقدمها طالب القيد في قائمة خاصة (bordereau) ، وسنعود إلى ذلك تفصيلا فيما يلي . ويكفي الآن أن نذكر أن القيد يتم ، طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري ، بذكر القائمة (bordereau) المحتوية على البيانات في سجل خاص حسب تاريخ تقديمها ، ثم حفظها مع القوائم الأخرى في سجل بعد التأشير عليها بتاريخ قيدها ورقمه في هذا السجل الخاص ، وإعطاء مقدمها صورة فوتوغرافية منها .

وقد أوجبت اللائحة التنفيذية من قانون الشهر العقاري على الدائن المرتهن تحرير قائمة القيد من نسخة أصلية بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ يطلب من مكتب الشهر العقاري ومأمورياته (م ١٩ اللائحة التنفيذية) ، ويضمنها البيانات المطلوبة ، ويوقع هذه القائمة ويقدمها مع صورة عقد الرهن التنفيذية إلى مكتب الشهر الواقع في دائرته العقار المرهون . فيتحقق المكتب من مطابقة بيانات القائمة لما ورد في عقد الرهن، ثم يدرجها في دفتر معد لإثبات البيانات المعينة للمحررات أو القوائم المقدمة للشهر بأرقام متتابعة بحسب أسبقية تقديمها مع ذكر تاريخ اليوم والساعة (م ١٦ من اللائحة التنفيذية) . ثم يضع على القائمة الرقم والتاريخ اللذين قيدت بهما في هذا الدفتر ، ويصدرها ويستخرج منها صورتين فوتوغرافيتين ، يسلم إحداهما مع صورة العقد التنفيذية لطالب القيد بعد التأشير عليها بمطابقتها للأصل ، ويرسل الأخرى إلى دار المحفوظات بالمكتب الرئيسي (م ١٩ من اللائحة التنفيذية) . ويحفظ القائمة الأصلية في ضمن مجلدات تتكون من مجموع المحررات والقوائم التي تم شهرها ، بحسب أرقامها المتتابعة (م ٢١ من اللائحة التنفيذية) .

---

(١) استئناف وطني ٢١ أبريل سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ رقم ٤١ ص ٢٠٠ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ٨٦١ – سليمان مرقس فقرة ٩٠ ص ١٥١ .

١٩٢ – أين يجرى القيد : منذ صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، يجب إجراء القيد في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصه . وإذا كان العقار أو العقارات واقعة في دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، وجب إجراء الشهر في كل مكتب منها ، ولا يكون للشهر الذي يتم في أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقار أو جزء العقار الذي يقع في دائرة اختصاصه (م ٥ قانون الشهر العقاري) .

فإذا أجرى القيد في مكتب واحد بالنسبة إلى عقار يقع في دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، لم يسر هذا القيد إلا بالنسبة إلى جزء العقار الواقع في اختصاص هذا المكتب . وإذا كانت العقارات متعددة وواقعة في دوائر اختصاص مكاتب متعددة ، ولم يجر الشهر إلا في مكتب واحد منها ، لم يسر هذا القيد إلا بالنسبة إلى العقار أو جزء العقار الواقع في دائرة اختصاص المكتب الذي أجرى فيه القيد .

١٩٣ – طالب القيد : تنص المادة ٢٠ من قانون تنظيم الشهر العقار على أن " تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم " .

وذو الشأن في طلب قيد الرهن الرسمي هو الدائن المرتهن . فيجوز لهذا أن يطلب القيد ، سواء كان كامل الأهلية أو ناقص الأهلية . ولا يشترط فيه إلا التمييز ، لأن القيد من الأعمال النافعة له نفعاً محضاً [١] .

فإذا كان الدائن المرتهن قاصراً أو محجوراً عليه ، جاز كذلك أن يباشر القيد الولي أو الوصي أو القيم ، بحسب الأحوال .

وإذا كان الدائن المرتهن رشيداً غير محجور عليه ، جاز أن ينوب عنه في طلب القيد وكيله الخاص أو العام [٢] .

ويجوز ، فوق ذلك ، لفضولي أن يطلب القيد لحساب الدائن المرتهن ، متى توافرت فيه شروط الفضالة . فإذا أقر الدائن المرتهن هذا القيد نفذ ، وإلا جاز له وللراهن طلب محوه [٣] .

ويجوز لدائني الدائن المرتهن أن يطلبوا القيد باسم هذا الدائن ونيابة عنه [٤] . ويلاحظ أن دائني الدائن المرتهن يطلبون في هذه الحالة استعمال حق مدينهم الدائن المرتهن، فيجب توافر شروط الدعوى غير المباشرة .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧١٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢١ – محمد كامل مرسي فقرة ٨٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢٢ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧١٠ – محمد كامل مرسي فقرة ٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

وإذا حول الدين المضمون بالرهن ، جاز للمحال له طلب القيد باسمه ولا يشترط في ذلك أن تكون الحوالة بعقد رسمي ، فيجوز أن تكون بورقة عرفية [1] .

ويجوز لورثة الدائن المرتهن أن يطلبوا إجراء القيد ، باسمهم أو باسم المتوفي [2] .

ولكن لا يجوز لمكتب الشهر العقار إجراء القيد من تلقاء نفسه (م ٢٠ من قانون الشهر العقاري) [3] .

١٩٤ – ضد من يكون القيد : يكون القيد ضد مالك العقار المرهون وقت الرهن ، سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه أو كان كفيلا عينياً . فلو أن مالك العقار المرهون قد تغير في الفترة ما بين الرهن وقيده ، فالعبرة بوقت الرهن لا بوقت قيده، ويقيد الرهن ضد مالك العقار وقت الرهن .

وقد يموت الراهن بعد الرهن وقبل القيد ، فيكون في هذه الحالة للدائن المرتهن الخيار بين طلب القيد ضد ورثته أو طلب القيد ضد الراهن الميت . وقد أجيز إجراء القيد ضد الراهن الميت بالرغم من موته تيسيراً على الدائن المرتهن ، فقد يجهل هذا جميع ورثة الراهن الميت ، فأجيز له الاكتفاء بقيد الرهن ضد الراهن الميت (م ٢١٤٩ مدني فرنسي) [4] .

وقد اشترط المشرع المصري أن تشمل المحررات المقدمة للشهر ، فوق البيانات الخاصة بموضوعها ، جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخص كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه (م ٢٢ من قانون الشهر العقاري) .

وأوجبت اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري أن تعد مكاتب الشهر دفاتر هجائية للفهارس ، وأن يخصص فهرس لكل ناحية أو مدينة تدرج فيه أسماء جميع الأطراف في المحررات أو جميع ذوي الشأن فيها (م ٢٥ لائحة تنفيذية) ، وأن تعد سنوياً بكل مكتب من مكاتب الشهر دفاتر هجائية للفهارس تمسك عن كل محافظة ، وترسل في نهاية كل عام إلى مكتب الشهر الرئيسي لتحفظ بدار المحفوظات فيه (م ٢٦ لائحة تنفيذية) . ويستدل بهذه الفهارس على التصرفات والقيود التي قد تكون أجريت ضد شخص معين في وقت

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٤١ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٤ – ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢١ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٢٣ – سليمان مرقس فقرة ٩٤ .

(٤) محمد كامل مرسي فقرة ٨٨ – سليمان مرقس فقرة ٩٥ .

معين . فمن أراد أن يتعامل مع شخص معين بأن يرهن منه عقاراً مثلا ، كانت له مصلحة في الإطلاع على ما قد يكون صدر من مالك العقار المرهون من تسجيلات وقيود واردة بالفهارس . فيطلب بياناتها إن وجدت ، أو بياناً بعدم وجود شيء من ذلك (م ٢٨ لائحة تنفيذية) [١] .

١٩٥ – تقديم طلب القيد والتأشير على المحرر بصلاحيته للشهر :

ويقدم طلب القيد للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها (م ٢١ – ٢٣ من الشهر العقاري المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) .

ويؤدي رسم قدره مائتان قرش عند تقديم الطلب ، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب ، وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلباً بالامتداد وأدى عنه الرسم المطلوب (م ٢٤ من قانون الشهر العقاري المعدلة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) .

وتدون الطلبات ، على حسب تواريخ وساعات تقديمها ، بدفتر يعد لذلك بالمأمورية (م ٢٥ قانون الشهر العقاري) .

وتعيد المأمورية للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها في قبول إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفي فيه . فإذا لم يتقدم الطالب لتسلم هذه النسخة في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليها ، أرسلت إليه في محل إقامته المبين في الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م ٢٦ من قانون الشهر العقاري) . وللمأمورية ، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب صاحب الشأن أن تستوفي البيانات فيما يتعلق بوصف العقار وأصل الملكية أو الحق العيني مما يكون قد قدم إليها من طلبات أو مستندات متى كان لديها أصولها أو صورها ، وفي هذه الحالة يجب تصوير كل مستند يستعان به على نفقة صاحب الشأن (م ٢٧ من قانون الشهر العقاري) .

وتنص المادة ٢٧ مكرر المضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه "لصاحب الشأن عند الاقتضاء أن يستصدر أمراً على عريضة من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع في دائرتها العقار موضوع إجراءات الشهر بالترخيص للموظف المختص بدخول العقار لمعاينته والحصول على البيانات والمعلومات اللازمة لإجراء الشهر وأن يصطحب من يعاونه في ذلك " .

---

(١) أنظر ذلك النظام ، وفي أنه قد لا يؤدي إلى الغرض لأن نظام الشهر عندنا نظام شخصي : سليمان مرقس فقرة ٩٥ .

ومتى أشر على الطلب بقبول إجراء الشهر ، قدم صاحب الشأن مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب ، ويعد بالمأمورية دفتر تدون فيه مشروعات المحررات على حسب تواريخ وساعات تقديمها . وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به ، فإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر في خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه ، أرسل إليه في محل إقامته المبين في الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول (م ٢٨ من قانون الشهر العقاري) . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيتها للشهر (م ٢٩ من قانون الشهر العقاري) .

ويتبين من كل ما تقدم أن إجراء القيد يتضمن مرحلتين :

(أ) **المرحلة التمهيدية لقبول إجراء الشهر** : يتقدم الدائن المرتهن أو من ينوب عنه بطلب إجراء القيد إلى المأمورية التي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصها . ويجب أن يتضمن الطلب بيانات معنية ، أخصها ما يتصل بطرفي عقد الرهن ، وبتعيين العقار المرهون من حيث موقعه ومساحته وحدوده ، وبصفة خاصة ما يتعلق بعقد الرهن ومقدار الدين الذي يضمنه . ويدون الطلب السالف الذكر حسب تاريخ التقديم وساعته في دفتر معد لذلك في كل مأمورية ، ويسمى دفتر أسبقية طلبات الشهر . وتتولى المأمورية فحص الطلب من الناحية القانونية ، ثم ترسله إلى الجهة المختصة للتثبت من مساحة العقار وحدوده . وترسل نسخة من الطلب إلى من قدمه ، مؤشراً عليها بقبول إجراء القيد . وعند ذلك يجب على صاحب الشأن أو من ينوب عنه أن يرسل للمأمورية المختصة مشروع عقد الرهن الرسمي المراد قيده ، مرفقاً به النسخة المؤشر عليها بقبول طلب القيد .

(ب) **المرحلة النهائية لقيد الرهن** : وتبدأ هذه المرحلة بتقديم عقد الرهن الرسمي المراد قيده إلى مكتب الشهر المختص ، ويجب أن يرفق عقد الرهن عند تقديمه بقائمة قيد تشتمل على بيانات سيأتي ذكرها . ويعد بالمكتب دفتر تثبت فيه قوائم القيد بأرقام متتابعة ، وفقاً لتاريخ وساعات تقديمها . ومنذ ذلك الوقت يعتبر الرهن مقيداً ، فيسرى في حقه الغير.

وهذه الخطوات التي رسمت لإجراء قيد الرهن الرسمي هي نفس الخطوات التي تتبع في قيد الحقوق العينية العقارية التبعية غير الرهن الرسمي : حق الاختصاص وحق الرهن الحيازي العقاري وحقوق الامتياز الخاصة العقارية .

١٩٦ – البيانات القانونية الواجب ذكرها في قائمة القيد : تنص المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي :

" إذا كان شهر المحرر بطريق القيد ، وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على البيانات الآتية " .

" (أولا) اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ومحله المختار في دائرة المحكمة فإن لم يختر له محلا صح إعلان الأوراق إليه في قلم كتاب المحكمة " .

" (ثانياً) اسم المدين أو المالك الذي ترتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين ، ولقبه وصناعته ومحل إقامته " .

" (ثالثاً) تاريخ السند والجهة التي تم أمامها أو صدر منها " .

" (رابعاً) مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه " .

" (خامساً) بيان يتضمن تعيين العقار الذي رتب عليه الحق تعييناً دقيقاً " .

" (سادساً) في حالة رهن الحيازة العقاري ، بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه في عقد الرهن " .

ولما كان البيان السادس خاصاً بالرهن الحيازي العقاري ، فنقتصر على البيانات الخمسة الأولى ، ونقول كلمة موجزها في كل منها : الدائن والمدين وسند الدين والدين المضمون والعقار المرهون .

١٩٧ — الدائن : لا تقتصر قائمة القيد على ذكر اسم الدائن المرتهن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ، بل تذكر أيضا المحل المختار الذي اختاره الدائن في دائرة المحكمة التي يكون فيها العقار المرهون ، حتى لو كان المحل الحقيقي لإقامة الدائن في دائرة هذه المحكمة ، فقد يغير الدائن هذا المحل الحقيقي فلا يجب التغيير هذا المحل المختار .

والغرض من أن يكون للدائن محل مختار في دائرة المحكمة أن يتسنى إعلانه في هذا المحل ، فيكون الإعلان صحيحاً . فمن أراد مثلا تطهير العقار يتسنى له إعلان الدائن في المحل المختار ، ويكون الإعلان صحيحاً حتى لو غير الدائن محل إقامته الحقيقي [١] .

ويجوز للدائن المرتهن أن يغير محله المختار بآخر في دائرة العقار المرهون ، إذا أشر بهذا التغيير في هامش القيد [٢] . ويجوز ذلك أيضاً لمن حول إليه الدين المضمون [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٧٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٢٦ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٩٤ .

(٣) وتشترط المادة ٢٤٥٢ مدني فرنسي في هذه الحوالة أن تكون بعقد رسمي ، منعا للإضرار بالدائن الأصلي فيما لو قدم شخص حوالة عرفية مزورة وطلب بموجبها تغيير المحل المختار حتى لا تصل إلى الدائن الأصلي إعلانات الإجراءات المتعلقة بنزع ملكية العقار أو تطهيره (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٢٦) .

وإذا لم يختر الدائن المرتهن محلا مختاراً ، صح إعلان الأوراق إليه في قلم كتاب محكمة العقار .

١٩٨ — المدين : يجب أن يذكر في قائمة القيد اسم المدين ولقبه وصناعته ومحل إقامته . والمقصود بالمدين هنا مالك العقار المرهون ، سواء كان هو المدين كما هو الغالب أو كان غير المدين بأن كان كفيلا عينياً يملك العقار المرهون .

ولما كان نظام الشهر عندنا نظاماً شخصياً لا عينياً ، فإن ذكر اسم المدين أو مالك العقار المرهون وكل البيانات التي تدل عليه هام جداً . فإذا كان اللقب والصناعة ومحل الإقامة لا تكفي للتعريف بالمدين أو مالك العقار المرهون ، فإنه يجب أيضاً ذكر سنه وجنسيته واسم أبيه وجده لأبيه (م ٢٢ من قانون الشهر العقاري) .

والمهم أن يكون المدين أو مالك العقار المرهون معروفاً تعريفاً كافياً بحيث لا يقع لبس فيه ، فمعرفة مالك العقار هي وحدها التي تعين على الكشف عن الحالة القانونية للعقار في نظام شخصي للشهر .

١٩٩ — سند الدين : وتذكر القائمة تاريخ هذا السند ، وذكر التاريخ يفيد في التحقق من توافر أهلية التصرف للرهن وقت الرهن ، إذ أن سند الدين يكون في العادة سابقاً في التاريخ على الرهن ذاته [١] .

ويجب أن تذكر القائمة أيضاً الجهة التي تم أمامها أو صدر منها السند ، لأن ذلك يفيد في التحقق من اختصاص تلك الجهة بتحرير عقد الرهن . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يشترط ذكر البيانات الكاملة عن طبيعة الدين ، بل يكفي أن يذكر أن الدين نشأ بموجب عقد رسمي يعين تاريخه وقلم العقود الرسمية الذي حرر فيه [٢] .

٢٠٠ — الدين المضمون : وذكر القانون أن قائمة القيد تذكر عن الدين المضمون أموراً ثلاثة :

(١) **مصدر الدين المضمون** : فيتيسر التحقق من صحة هذا الدين وبقائه قائماً لم ينقض ، إذ يستطاع تعقب مصير الدين إذا ما انقضى ، فإنه يترتب على انقضائه زوال الرهن بصفة تبعية . واشتراط بيان مصدر الدين المضمون يفوت على المدين فرصة الإبقاء

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٣٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٢٨ — جرانمولان فقرة ٣٧٧ — محمد كامل مرسي فقرة ٩٦ — سليمان مرقس فقرة ٩٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ .

على مرتبة متقدمة لصالح أحد الدائنين ، إذ أنه يتيسر ذلك إذا لم يحدد مصدر الدين المضمون. فقد يكون الشخص مديناً لآخر بعدة ديون مختلفة المصادر ، أحدها مضمون برهن سدد المدين . فيستخدم الرهن ضماناً لدين من الديون الأخرى ، مع أن القانون المصري قرر بنص صريح أن الرهن يتبع ديناً معيناً دون غيره في صحتـــه وانقضـــائه (م ١/١٠٤٢ مدني) .

(٢) **تعيين مقدار الدين كاملا** : فعلى ضوء هذا التعيين يتحدد موقف من يريد أن يتعامل مع المدين في العقار المرهون . فإن كان مشترياً ، فإنه يعينه معرفة قدر الديون التي يضمنها العقار ، لأن القانون أجاز له أن يقضيها عن المدين ويحل محل الدائنين فيها . وإن كان دائناً مرتهناً آخر ، فإنه يعنيه معرفة صلاحية العقار لتقديم ضمان فعال لدينه ، من معرفة الدين المضمون بالرهن والذي يسبق دينه [١] .

(٣) **ذكر ميعاد استحقاق الدين** : حتى يتيسر على المطلع معرفة مصير الدين ، والتحقق من أن المدين قد قام بالوفاء به .

هذا ويلاحظ أنه يجب أن يذكر في قائمة القيد ذكر الدين ولو كان احتمالياً أو مستقبلا ، وبيان مصدره، وتعيين مقدار هذا الدين (الحد الأقصى)، وميعاد الاستحقاق . وقد قضي بأن ميعاد الاستحقاق لا يشترط أن يكون تاريخاً معيناً ، بل يجوز أن يكون تاريخاً ممتداً كما في عقد الإيجار ، حيث لا يعرف بالضبط أي قسط من الإيجار سيتأخر المستأجر عن الوفاء به ، فيكفي أن يذكر أن الرهن ضامن للأجرة طوال مدة الإيجار [٢] .

٢٠١ – العقار المرهون : وقد جاء في المادة ٢٢ من قانون الشهر العقاري ما يجب أن يذكر في هذا الصدد ، إذ نصت هذه المادة على ما يأتي :

" البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده . فإن كان من الأراضي الزراعية ، وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة. وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية فيها ، وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد " .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الدين المضمون أجرة مستحقة بعقد إيجار قابل للتجديد ، وكان القيد لم يذكر إلا أجرة سنتين معينتين بالذات هما مدة الإيجار الأصلية ، فلا يضمن القيد الأجرة عن المدة المحددة (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢ – وقد قضي أيضاً بأنه يكفي في القيد ذكر عقد الرهن وتاريخه ومكان تحريره ، ولو تضمن بيانات غير دقيقة عن نوع الدين ذاته (استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢) .

ويلاحظ وجوب تطابق البيانات الواردة في عقد الرهن مع تلك التي جاءت في قائمة القيد ، وقد استلزم قانون الشهر العقاري عند تقديم طلب الشهر في المرحلة النهائية، أن يقدم عقد الرهن الرسمي مقروناً بقائمة القيد [1] .

ويلاحظ أن ما جاء خاصاً بالعقار المرهون والدين المضمون يعتبر لمبدأ تخصيص الرهن. على أن التخصيص الوارد في عقد الرهن لا يغني عن ذكر هذه البيانات في قائمة القيد ، ففي عقد الرهن التخصيص شرط لازم لانعقاده ، أما في قائمة القيد فالبيانات واجبة لسريان الرهن على الغير [2] .

وقضت الفقرة السادسة من المادة ٢٢ من قانون الشهر العقاري المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ بأنه يجب أن يشتمل الطلب أيضاً على " البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف وذلك في العقود والإشهادات ، وكذلك أحكام صحة التعاقد والقسمة وتثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الحق أو التسليم للمدعى بطلباته وأحكام توثيق الصلح بين الخصوم وإثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة وأوامر الاختصاص . ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق وسبب انتقال الملكية أو الحق العيني ورقم وتاريخ شهر سند الملكية أو الحق العيني إن كان مشهراً " .

٢٠٢ – جزاء عدم الدقة في ذكر مقدار الدين المضمون: وقد عني المشرع في قانون تنظيم الشهر العقاري ببيان جزاء تخلف بعض البيانات المتقدمة أو الخطأ فيها .

وعني بنوع خاص بعدم الدقة في ذكر مقدار الدين المضمون ، فخصص له نصاً هو المادة ٤٢ من قانون تنظيم الشهر العقاري .

وقد نصت المادة ٤٢ من هذا القانون على أنه " يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل " .

فإذا كان مبلغ الدين المضمون بالرهن هو مبلغ ٤٥٠٠ ، فإن ذكر هذا المبلغ على حقيقته في قائمة القيد ، تطابقت قائمة القيد مع الحقيقة ، ووجب الأخذ بمبلغ ٤٥٠٠ كما هو .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب في جميع البيانات التي تذكر في قائمة القيد أن تكون مطابقة لما يرد في عقد الرهن ، وإلا فلا عبرة بها (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٤) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧٢ هامش ٣ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص ، فإن هذا البطلان لا يزول بالتخصيص الوارد في قائمة القيد : استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٥ .

وإذا ذكر في قائمة القيد خطا مبلغ أقل من ٤٥٠٠ ، فإن ذكر مثلا مبلغ ٤٠٠٠، كانت العبرة بما ذكر في قائمة القيد ، واعتبر مقدار الدين بالنسبة إلى الغير هو ٤٠٠٠ فقط.

وإن ذكر في قائمة القيد مبلغ أكثر من ٤٥٠٠ ، بأن ذكر مثلا مبلغ ٤٨٠٠ ، كانت العبرة هنا ، لا بما ذكر في قائمة القيد لأن المذكور في هذه القائمة أكثر من المستحق ولا يجوز أن يلزم المدين بأكثر مما هو مستحق عليه ، بل تكون العبرة بمقدار الدين الحقيقي المستحق على المدين ، أي بمبلغ ٤٥٠٠ لا أكثر [١] .

٢٠٣ – جزاء تخلف بعض البيانات الأخرى أو الخطأ فيها :

نستعرض أولا الحالة في فرنسا ، فقد كان لها تأثير كبير في مصر .

قبل أول مارس سنة ١٩١٨ لم يكن هناك تشريع ينظم هذه الحالة ، فكان القضاء الفرنسي يفرق بين البيانات الجوهرية (mentions substantielles) ، والبيانات الثانوية (mentions accessories) ، فيجعل بطلان القيد جزاء الخطأ في البيانات الجوهرية أو تخلفها ، ولا يترتب البطلان على التخلف أو الخطأ في البيانات الثانوية . ثم صدر قانون أول مارس سنة ١٩١٨ ، فعدل عن التقسيم إلى بيانات جوهرية وبيانات ثانوية . وجعل إغفال أي بيان أو الخطأ فيه يترتب عليه بطلان القيد بشرط أن ينتج عن ذلك ضرر للغير، ولا يطلب البطلان إلا من أصابه الضرر ، وللمحاكم أن تبطل القيد أو تنقص من أثره تبعاً لماهية الضرر وجسامته . ولا يزال هذا القانون معمولا به في فرنسا إلى اليوم .

أما في مصر ، فلم يكن هناك تشريع كذلك ينظم هذا الأمر ، وكان التقنين المدني السابق خلواً من أي نص على ذلك ، وترك الأمر للقضاء . فسار القضاء المصري على ما سار عليه القضاء الفرنسي قبل أول مارس سنة ١٩١٨ ، وميز في البيانات بين ما هو جوهري ، وما هو ثانوي . وتعتبر البيانات جوهرية إذا كان ذكرها يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن ، وإغفالها يهدر هذا المبدأ . فإن تخلف بيان من هذه البيانات الجوهرية أو حصل خطأ فيه ، فإن التخلف أو الخطأ يترتب عليه بطلان القيد . مثل ذلك أن تخلو قائمة القيد من ذكر اسم الراهن ، أو تعيين مقدار الدين المضمون أو تحديد العقار المرهون ، فإن هذه

---

(١) ويقال في هذا الصدد : " والمشروع بتقرير الحكم المتقدم أراد حماية الغير من ناحية ، وذلك بالأخذ بقدر الدين الوارد في قائمة القيد . ولكنه من ناحية أخرى ، حرص على عدم تحميل العقار بما يجاوز حقيقة الالتزام ، وعلى هذا النحو اعتد بهذه الحقيقة حتى ولو جاء ما يخالفها في قائمة القيد (شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٥) .

البيانات جوهرية ويقتضيها مبدأ تخصيص الرهن ، فإغفالها أو الخطأ فيها يجعل القيـــد باطلا [١] . وتكون البيانات ثانوية إذا لم يقتضها مبدأ تخصيص الرهن ، وإنما استلزمها المشرع لاعتبارات إدارية تتعلق بتنظيم أحكام الشهر وتيسير إجراءاته . مثل ذلك ما يتصل بذكر رقم العقار المرهون إذا كان منزلا ، أو ما يتعلق بتعيين محل مختار للدائن المرتهن مادام إعلانه ميسوراً في محل إقامته أو في قلم كتاب المحكمة . فهذه البيانات ثانوية ، لا يستوجب إغفالها أو الخطأ فيها حتماً إبطال القيد . وقد اصطدمت هذه القاعدة بصعاب كثيرة ، فلم يكن هيناً على القضاء من غير نص تشريعي أن يضع حداً فاصلا بين البيانات الجوهرية والبيانات الثانوية [٢] . فكان المرجع الأخير لمحكمة النقض أن تفرض رقابتها على قاضي الموضوع . وأثير التساؤل أيضاً فيما إذا كان القاضي يجب عليه أن يحكم ببطلان القيد ، حتى لو لم يترتب على إغفال البيان أو الخطأ فيه الإضرار بمصالح الغير [٣] . فأراد المشرع المصري حسم هذا الأمر ، فوضع في قانون الشهر العقاري نصاً خاصاً يبين الجزاء المترتب على إغفال بعض بيانات القيد أو الخطأ فيها . فنص في المادة ٤١ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي : " لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في المادة ٣٠ بطلان القيد ، إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير . ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها ، وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه " . وهكذا حلت المادة ٤١ من قانون الشهر العقاري محل قانون أول مارس سنة ١٩١٨ الفرنسي [٤] . فلا تقضي المحكمة ، لإغفال بيان أو الخطأ فيه ، ببطلان القيد من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يتمسك بالبطلان من لحقه ضرر من إغفال البيان أو الخطأ فيه . وعليه يقع إثبات الضرر ، وللقاضي أن يزن الجزاء الذي يحكم به ، فيحدده في نطاق الضرر ومداه [٥] . ويستند في ذلك إلى القواعد

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٧ — وقد اعتبر من البيانات الجوهرية تعيين المدين بكيفية واضحة ، وعتيين العقار المرهون ، وبيان تاريخ العقد ونوعه ، وبيان مقدار الدين وتاريخ حلوله (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٢٨ — ٢٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٧ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٣ — ١٠ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٧) .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥١ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٣ .

(٤) وقد استلهم المشرع الفرنسي قانون أول مارس سنة ١٩١٨ من القانون البلجيكي الصادر بهذا المعنى في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ (شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٢ هامش ٤) .

(٥) فالوصف القانوني للجزاء يقترب من عدم النفاذ أو عدم السريان . ذلك أن القاضي لا يبطل القيد ، وإنما يحكم بجزاء لصالح من أصابه الضرر . وقد لا يقضي ببطلان القيد ، بل يحكم بتعويض الضرر ، فيقنع بالجزاء اللازم لرفع الضرر (شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٣) . .

العامة في المسئولية التقصيرية ، وتتحقق أركان المسئولية هنا بنسبة الخطأ إلى الدائن وهو مفترض من إغفال البيان أو الخطأ فيه ، وبوقوع الضرر ويقع على المضرور عبء إثباته ، ويتوافر صلة السببية بين الخطأ والضرر ، ويتفاوت التعويض بحسب الأحوال ، فتارة يكون بعدم سريان القيد في مواجهة من أصابه الضرر ، وتارة بإهدار أثر القيد بالقدر اللازم لرفع الضرر ، كأن يرد في قائمة القيد مبلغ يجاوز حقيقة الدين فلا يكون القيد سارياً إلا في حدود المقدار الحقيقي للدين ، فالتصوير الجديد للجزاء يختلف عن تصوير الجزاء الذي كان يطبقه القضاءان الفرنسي والمصري عند ما كان يفرقان بين البيانات الجوهرية والبيانات الثانوية ، ففي هذه التفرقة القديمة كان الأمر يتعلق بحسم مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . أما الآن فالجزاء هو مجرد تعويض يحكم به القاضي لمن يثبت أنه أصيب بضرر ، فتارة يكون هذا الجزاء عدم نفاذ القيد ، وتارة يكون إهدار أثر القيد في حدود الضرر ومداه، والقضاء به مسألة موضوعية وليست مسألة قانونية [1] .

٢٠٤ — الحوادث التي تقف إجراء الغير أو تمنع نفاذه : وليس هناك ميعاد حدده القانون لإجراء القيد ، فمتى انعقد الرهن صحيحاً جاز قيده في أي وقت بعد ذلك . غير أن مصلحة الدائن المرتهن توجب عليه المبادرة إلى إجراء القيد بعد انعقاد الرهن صحيحاً ، لأن التأخير في إجراء القيد يعرضه لخطر أن يسبقه غيره إلى إجراء القيد فيتقدم عليه . نفرض مثلا أنه يوجد بعد الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر متأخر في تاريخ رهنه عن الدائن المرتهن الأول ، فإذا تأخر هذا الدائن المرتهن الأول عن إجراء قيد رهنه ، جاز أن يبادر الدائن المرتهن المتأخر إلى إجراء قيد رهنه أولا فيجعله قيده في مرتبة متقدمة ويسبق الدائن

---

(١) أنظر شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٣ — ص ١٩٤ — " ويعاب على هذا التصوير الجديد ، كما يقول فقهاء فرنسيون ومصريون (أوبري ورو ٣ فقرة ٢٧٦ ص ٤٧٧ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٧٥٢ — شمس الدين الوكيل فقرة ٦٢ ص ١٩٤) ، أنه لم يعتد بالحرص على وضع تنظيم آمر يكفل سلامة أحكام الشهر ويضمن صدق المعلومات التي بمكاتب الشهر العقاري ، وهي المرجع الأساسي للدلالة على حالة الائتمان العقاري في الدولة بصفة عامة . بل وقد يغري بعدم تحرى الدقة في ذكر البيانات القانونية في قائمة القيد مادام الجزاء المترتب عليها لن يتحرك إلا إذا تمسك الغير به وأثبت ما أصابه من أضرار ، ولا يخلو هذا الإثبات من الصعوبة في بعض الأحيان . الأمر الذي قد يفضي إلى الإبقاء على قوائم قيد غير مستوفية للشروط القانونية ، مادام أحد لم يطالب القضاء بعدم سريانها في مواجهته . ولعله كان من الأفضل الاستعانة بالمعيار القضائي القديم ، وإخضاعه لتنظيم تشريعي يزيل عنه القلق الذي أصابه في التطبيق ، وذلك بوضع نص عام يحدد البيانات الجوهرية التي تتصل بمبدأ تخصيص الرهن وتحقيق هدف الشهر ، ويقرر بطلان القيد يحكم القانون إذا ما تخلف بيان منها أو ذكر على سبيل الخطأ . أما البيانات الثانوية التي تتصل بالتنظيم الإداري لإجراءات الشهر ، فلا يبطل القيد بسبب نقصها ، إلا إذا أثبت الغير ضرراً لحقه من ذلك تطبيقاً للقواعد العامة في المسئولية " .

المرتهن الأول ويتقاضى حقه قبله من العقار المرهون . ويجوز أيضاً أن يكون هناك مشتر اشترى العقار بعد الرهن ، ويبادر هذا المشترى إلى تسجيل عقد شرائه قبل قيد الرهن ، ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يد المشترى ، ويضيع عليه حق رهنه .

لذلك يجب على الدائن المرتهن ، بمجرد انعقاد رهنه صحيحاً ، أن يبادر إلى قيد رهنه، حتى لا يتعرض لهذه المفاجآت . وإلى جانب ذلك ، فهناك حوادث معينة إذا وقعت قبل قيد الرهن ، ولو انعقد الرهن صحيحاً قبل وقوعها ، منعت من القيد أو جعلته غير نافذ المفعول بالنسبة إلى دائنين ، فيهم إذن الدائن المرتهن أن يبادر إلى قيد رهنه قبل وقوع هذه الحوادث .

ونعرض هنا لهذه الحوادث التي تعطل من مفعول القيد ، وتجعله غير كامل الأثر، هناك حادثان لا شك في أنهما إذا وقعا قبل قيد الرهن ، يكون لهما هذا الأثر : (١) شهر إفلاس الراهن ، وقد أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٣ مدني عندما قالت " وذلك دون أخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس " . (٢) تسجيل دائن حاجز على العقار المرهون التنبيه بنزع الملكية .

وهناك حادثان آخران مختلف في أن يكون لهما هذا الأثر . فقد أريد جعل الإعسار في منزلة الإفلاس ، وأريد أيضاً منع القيد بعد موت الراهن . وسنرى عند إيراد التفاصيل أن الإعسار لا يكون في منزلة الإفلاس ، وأن موت الراهن بعد انعقاد الرهن صحيحاً لا يمنع من قيده قيداً صحيحاً بعد موت الراهن [1] .

ويلاحظ ، قبل التعرض للتفاصيل ، أن القيود التي يقف إجراؤها أو يمنع نفاذها بعد وقوع حوادث معينة هي القيود الجديدة التي يترتب عليها شهر حق لم يكن قد سبق شهره . وعلى ذلك لا يقف قيد التجديد ولا قيد الفوائد ، حتى لو وقعت هذه الحوادث قبل القيد . أما قيد التجديد فيجوز إجراؤه حتى بعد وقوع الحوادث المعينة ، وذلك لأن التجديد لا يشهر حقاً جديداً ، بل يقتصر أثره على أن يحفظ للحق السابق قيده مرتبته التي كسبها

---

(١) وغني عن البيان أنه إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر ، وسجل هذا الشخص التصرف الصادر له ، فإن هذا التسجيل يمنع قيد الرهن إذا لم يكن قيد . وقد نص صراحة على هذا المنع المادة ٦ من قانون ٢٢ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسي والمعدل بمرسوم بقانون صادر في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ . وإذا تم قيد الرهن وتسجيل التصرف الناقل للملكية في يوم واحد ، نفذ المتقدم منهما في الترتيب . ولم يكن ذلك سهلا عندما كان هناك سجلان ، واحد للتسجيل والآخر للقيد . ولكن قانون الشهر العقاري قضي بتوحيد السجلين ، إذ نصت المادة ٣١ منه على أن " يعد بالمكتب دفتر للشهر ، تثبت في المحررات (للتسجيل) وقوائم القيد (القيد) على حسب الأحوال بأرقام متتابعة ، وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها " . (أنظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ١٠٠) .

بالقيد الأول يشترط حول التجديد قبل سقوط القيد الأول [١] . وأما قيد الفوائد التي تستحق بعد وقوع الحادث الذي يقف القيد ، فإنه لا يمتنع إلا في حالة تسجيل تصرف الراهن في العقار المرهون ، لأن انتقال ملكية العقار إلى المتصرف إليه يمنع تحميله بديون نشأت في ذمة الراهن مادام لم يكن محملا بها وقت انتقال الملكية [٢] .

أما في حالتي إفلاس الراهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية على العقار المرهون ، فيجوز قيد الفوائد لأن العقار يكون باقياً على ملك الراهن ، ولأن هذين الحادثين لا يمنعان سريان الفوائد لمصلحة الدائنين ، ولأن الفوائد يكون منصوصاً عليها في القيد الأصلي فيكون قيدها تجديداً لاستحقاقها لا قيداً جديداً ، ولأن الدائن لا يمكن أن ينسب إليه الإهمال في عدم قيد الفوائد قبل ذلك لأنها لم تكن مستحقة [٣] .

وبعد ذلك نعرض بالتفصيل للحوادث الأربعة التي سبق إيرادها وهي الإفلاس ، وتسجيل تنبيه نزع الملكية ، والإعسار ، وموت الراهن .

٢٠٥ — الإفلاس : تنص المادة ٥٩٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس : ..... د — كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضمانا لدين سابق على التأمين " .

وتنص المادة ٥٩٩ تجاري بأن " كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة ٥٩٨ من هذا القانون وخلال الفترة المشار إليها فيها يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضاراً بها ، وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المفلس عن الدفع " . وتنص المادة ٦٠١ تجاري على أنه " ١ — حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع ، وبعد انقضاء ثلاثين يوما من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص . ٢ — يأخذ الدائن صاحب الرهن أو الاختصاص التالي للرهن أو الاختصاص الذي حكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين

---

(١) المنشية ٢ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ١٢٨ ص ٢٨٨ (وقد قرر الحكم أنه إذا بيع العقار ، وسجل عقد البيع في المدة ما بين قيد الرهن وتجديده ، وكان التجديد لم يحصل إلا بعد انقضاء عشر سنوات من القيد الأول ، لم يحتج بقيد الرهن على المشترى) .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٠٥ .

(٣) بلانيول ٢ فقرة ٣٧٧٧ — سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٧١ .

مرتبة هذا التأمين ، ومع ذلك لا يعطي الدائن المذكور من الثمن الناتج عن بيع المال المقرر عليه التأمين إلا ما كان يحصل عليه بغرض نفاذ الرهن أو الاختصاص السابق . ويؤول الفرق إلى جماعة الدائنين .

وتقضي المادة ٦٠٢ تجاري بأن " إذا حكم بعدم نفاذ أي تصرف في حق جماعة الدائنين التزم المتصرف إليه بأن يرد إلى التفليسة ما حصل عليه من المفلس بمقتضى هذا التصرف أو قيمة الشيء وقت قبضه ، كما يلزم بدفع عوائد ما قبضه أو ثماره من تاريخ القبض " .

ويكون للمتصرف إليه الحق في استرداد العوض الذي قدمه للمفلس إذا وجد هذا العوض بعينه في التفليسة ، فإذا لم يوجد كان من حق المتصرف إليه أن يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التي عادت عليها من التصرف وأن يشترط في التفليسة بوصفه دائناً عادياً بما يزيد على قيمة هذه المنفعة .

وتقضي المادة ٦٠٣ تجاري بأنه " يجوز لأمين التفليسة وحده أن يطلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حق جماعة الدائنين إذا وقع التصرف قبل صدور حكم شهر الإفلاس، وذلك وفقاً لأحكام القانون المدني ، ويسرى الحكم الصادر بعدم نفاذ التصّرف في حق جميع الدائنين سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله " .

وتنص المادة ٣/٦٠٥ على أن " أما الدائنون المرتهنون وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة والحاصلون على اختصاص على أموال المدين ، فيجوز لهم إقامة الدعاوى الفردية أو الاستمرار فيها في مواجهة أمين التفليسة ، كما يجوز لهم التنفيذ أو الاستمرار فيه على الأموال التي تقع عليها تأميناتهم " .

ويؤخذ من هذه النصوص :

(أولا) لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بكل رهن أو تأمين اتفاقي آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على التأمين ، وذلك إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس (م ٤/٥٩٨ تجاري) .

(ثانياً) يجوز الحكم بعدم نفاذ حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين وذلك في مواجهة جماعة الدائنين ، إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص (المادة ١/٦٠٢ تجاري) .

(ثالثاً) إذا حكم بعدم نفاذ أي تصرف في حق جماعة الدائنين ، التزم المتصرف إليه بأن يرد إلى التفليسة ما حصل عليه من المفلس بمقتضى هذا التصرف أو قيمة الشيء وقت قبضه ، كما يلزم بدفع عوائد ما قبضه أو ثماره من تاريخ النص (المادة ١/٦٠٢ تجاري) .

(رابعاً) ان أمين التفليسة وحده ، هو الذي يجوز له أن يطلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حق جماعة الدائنين ، إذا وقع التصرف قبل صدور حكم شهر الإفلاس ، وذلك وفقاً لأحكام القانون المدني ، ويسرى الحكم الصادر بعدم نفاذ التصرف في حق جميع الدائنين سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله .

٢٠٦ – تسجيل تنبيه نزع الملكية : والمقصود أن الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلا عينياً ، له دائن آخر غير الدائن المرتهن ، ولو كان هذا الدائن دائناً عادياً . وقبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه ، تقدم هذا الدائن الآخر للتنفيذ بحقه على العقار المرهون ، ولو أنه دائن عادي . ووصل هذا الدائن في التنفيذ إلى حد تسجيل التنبيه بنزع الملكية فند ذلك لا يستطيع الدائن المرتهن الذي لم يقيد حقه أن يقيده ، وإلا كان القيد باطلا .

وتاريخ ذلك أن تقنين المرافعات الأسبق كان ينص في المادة ٦٠٨ على منع المدين من التصرف في عقاره المرهون من وقت أن يسجل دائن ما ، ولو كان دائناً عادياً ، التنبيه بنزع ملكية هذا العقار . وكان يفهم من ذلك أن تصرف المدين في عقاره يكون صحيحاً قبل تسجيل تنبيه الملكية ، ولو لم يسجل هذا التصرف أو يقيد . فإذا صدر رهن من المدين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن هذا الرهن يكون صحيحاً ولو لم يقيد قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن هذا الرهن يكون صحيحاً ولو لم يقيد قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وكان يمكن قيده بعد ذلك فيكون سارياً في حق الدائن نزع الملكية . وكان معنى ذلك أن تسجيل تنبيه نزع الملكية كان لا يقف قيد الرهن المعقود قبله ، وكان الرهن إذا قيد بعد تسجيل التنبيه ينفذ في حق الدائن نازع الملكية نفسه .

ثم أتي تقين المرافعات الأسبق ، فنص في المادة ٦١٦ على ألا ينفذ تصرف المدين أو الحائز في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه وجميع الدائنين الذي سجلوا تنبيهاتهم ولا الراسي عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد سجل أو قيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . فهذا النص يجعل الرهن الذي تم قيده بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية غير نافذ ولو كان ثابت التاريخ قبل هذا التاريخ ، فإذا تراخى الدائن المرتهن في قيد رهنه ، وبقي متراخياً إلى أن أتي دائن آخر، ولو كان دائناً

عادياً، ونفذ على العقار المرهون بأن نبه بنزع ملكيته وسجل التنبيه بنزع الملكية ، فإن الدائن المرتهن الذي لم يقيد رهنه إلى ذلك الوقت لا يستطيع أن يقيد حقه ، وإذا قيد كان القيد غير نافذ في حق الدائنين والغير الذين ذكرتهم المادة ٦١٦ مرافعات [١] ، وإنما ينفذ في حق غيرهم [٢] .

ثم أتي أخيراً تقنين المرافعات الحالي ، فنص في المادة ٤٠٥ على ما يأتي : " لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ، ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البيع عليه ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية " . ويفهم من هذا النص المعمول به الآن أن الدائن المرتهن إذا قيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لم ينفذ قيده في حق الدائن الحاجز ودائنين آخرين ذكرتهم المادة ٤٠٥ مرافعات فيما رأينا [1] .

---

(١) أسيوط الابتدائية ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٣٩ ص ٥٣١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٧٣ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٤٧ — سليمان مرقس فقرة ١٠١ ص ١٦٤ — وقارن شفيق شحاته فقرة ٢٣٦ .

(1) مفاد المادة ٦١٦ من قانون المرافعات السابق والذي اتخذت إجراءات التنفيذ في ظله والتي تقابلها المادة ٤٠٥ من القانون القائم على أن العبرة في نفاذ تصرف المدين في العقار المنفذ عليه أو عدم نفاذه في حق الحاجزين عموماً ومن حكم بإيقاع البيع عليه — وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض — هو شهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإذا ما شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه ، كان نافذاً في حق هؤلاء ، أما إذا لم يشهر إلا بعد تسجيل التنبيه ، أو لم يشهر على الإطلاق ، فلا يسرى في حقهم ولو كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، إلا أن مناط أن يكون تسجيل التنبيه قد تم وفقا لما رسمه القانون ، ومن ذلك أن يحل — وفق ما تنص عليه المادة ٣/٦١٣ من قانون المرافعات السابق والتي تقابلها المادة ١/٤٠٢ من القانون القائم — في مكتب الشهر الذي يقع في دائرته العقار المبين في التنبيه ، لأنه إذا كان العقار لا يعتبر محجوزاً إلا من يوم تسجيل التنبيه ، فقد أوجب المشرع أن يتم ذلك في مكتب الشهر الذي يتبعه العقار ، ورأي المشرع في هذا هو حماية الغير الذي يتعامل في العقار مع المحجوز عليه بعد الحجز فيستطيع أن يقف بمجرد إطلاعه على السجل في مكتب الشهر الذي يقع في دائرته العقار وتم فيه تسجيل التنبيه ، على أن العقار قد حجز وأن التصرف الحاصل بشأنه من المحجوز عليه لا يكون نافذا ، الأمر الذي يترتب عليه أن تسجيل التنبيه في غير هذا المكتب يجعله هابط الأثر ولا يحتج به على من تعامل مع المدين المنفذ ضده بشأن هذا العقار بعد هذا التسجيل المعيب ، وهو ما أكده قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بعد ما أسند في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه إلى كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه، حيث نص في الفقرة الثالثة منها على أنه " ولا يكون الشهر الذي يتم في أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات أو أجزاء العقارات التي تقع في دائرة اختصاصه " . (جلسة ١٩٩٧/٢٧٢ الطعن رقم ١٥٨٤ لسنة ٦٠ ق) . =

ومعنى ذلك أنه لا شك هنا أيضاً أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يقيد رهنه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وأنه إذا قيد الرهن متأخراً إلى ذلك الوقت ، لم ينفذ القيد في حق دائنين معينين ذكرتهم المادة ٤٠٥ مرافعات .

٢٠٧ – الإعسار : ولم يكن التقنين المدني السابق ينظم إعسار غير التاجر ، فلم يكن ممكناً قياس الإعسار على الإفلاس ، لأن النصوص الواردة في الإفلاس نصوص استثنائية لا يجوز تطبيقها في غير الإفلاس . واستخلص من ذلك أن إعسار المدين غير التاجر ليس كإفلاس المدين التاجر ، وينبني على ذلك أن شهر إعسار المدين غير التاجر لم يكن يمنع من قيد الرهن ضده حتى بعد الحكم بشهر الإعسار [١] .

ولما صدر التقنين المدني الجديد ، كان الإعسار منظماً فيه تنظيماً وافياً ، فحمل ذلك كثيراً من الفقهاء على القول بأنه متى شهر إعسار الشخص ، فإنه يمتنع قيد الرهن ضده [٢] .

ولكن كثيراً من الفقهاء المصريين ، يرون غير ذلك ، ويذهبون إلى أن شهر الإعسار أو تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يمنع من قيد الرهن المعقود قبل ذلك [٣] . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في هذا الصدد : " ففيما يتعلق بحالة إعسار الراهن يلاحظ

= (جلسة ١٩٨٨/٤/١٧ الطعن رقم ٩٥٨ لسنة ٥٤ ق س ١/٣٩ ص ٦٥٩) .
(جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ٧٨٤) .
(جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ الطعن رقم ٨٤ لسنة ٣٢ ق س ١٨ ح ٤ ص ١٨٢٦) .

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٩١ – سليمان مرقس فقرة ١٠٢ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٩١ ص ١٤٧ – ص ١٤٨ – شفيق شحاته فقرة ٢٣٤ – محمد علي إمام فقرة ١٩٦ – سليمان مرقس فقرة ١٠٣ – ويقول الأستاذ سليمان مرقس في هذا الصدد : " أما التقنين المدني الجديد ، فقد نظم الإعسار بما يكفل المساواة فعلا بين الدائنين ، فنص في المادة ٢٥٧ منه أنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين . ونص في المادة ٢٥٦ فقرة ثانية على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق ثابتة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . ويؤخذ من هذا النص أن كل تصرف يصدر من المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويكون من شأنه تسوئ حالة المدين ، وكل اختصاص يؤخذ على عقارات المدين ، بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لا يكون نافذ في حق دائنيه الذين كانت لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ولأن الرهن لا يختلف عن الاختصاص ، يمكن القول أن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ في حق الدائنين الذين ترجع حقوقهم إلى ما قبل ذلك التسجيل " (سليمان مرقس فقرة ١٠٣ ص ١٦٧) .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٤٧ – جمال الدين زكي ص ٢٧٨ – شمس الدين الوكيل فقرة ٦٨ ص ٢٢٠ – ص ٢٢٢ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٩ – ص ١٤٨ – أحمد سلامة فقرة ٨٢ ص ٢٧٨ – ص ٢٧٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٨ – ص ١٠٩ .

أولا أنه إذا عقد الرهن نفسه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسري في حق الدائنين وفقاً لنص المادة ٢٥٧ " . أما الخلاف فقد ثار في الفقه بشأن أثر القيد الذي يتم بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، إذا كان الرهن قد انعقد قبل ذلك ، بالنسبة للدائنين السابقة حقوقهم على هذا التسجيل ، ففي رأي أن مثل هذا الرهن لا ينفذ في حق هؤلاء الدائنين قياساً على عدم نفاذ حق الاختصاص الذي قررته المادة ٢/٢٥٦ بقولها على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل، إذ أن الرهن لا يختلف ، وفقاً لهذا الرأي ، عن حق الاختصاص في هذا الصدد. وفي رأي آخر ، وهو الذي نفضله ، أن الرهن الذي ينعقد قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ويقيد بعده ينفذ في حق الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة الدعوى ، وأن القياس على المادة ٢/٢٥٦ غير سليم ، فعلة عدم نفاذ حق الاختصاص الذي يتقرر على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى إعساره لا تتوفر بالنسبة للرهن الرسمي الذي ينعقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى ويقيده بعده. فقد أراد المشرع بتقرير عدم نفاذ حق الاختصاص تحقيق المساواة بين دائني المعسر ، ذلك أن الدائنين يبادرون عادة ، بمجرد شهر إعسار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات الفردية التي لم ينقطع حقهم فيها لكي يتقدموا على غيرهم ، فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضي القانون بألا يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقاراته بعد هذا التسجيل . أما بالنسبة للرهن الذي انعقد قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، أي في الوقت الذي كان المدين فيه حراً في نشاطه القانوني ، فلا يوجد ما يستدعي عدم نفاذه في حق الدائنين إذا ما قيد بعد التسجيل ، لأن القيد لا يعتبر تصرفاً من المدين حتى يقال بعـــدم نفاذه " (١) .

وحسبنا هذا القول الأخير ، ونكتفي به في الرد على الفقهاء الذين يقولون إن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يمنع القيد . ومن رأينا أن الإعسار غير الإفلاس وأنه لم يرد نص يمنع القيد ، وهو ليس بتصرف بل هو إجراء تحفظي محض ، بعد شهر صحيفة الإعسار أو بعد الحكم بالإعسار . وإذا أريد التشبيه بالاختصاص ، فإن أخذ حق الاختصاص لا يعدل القيد ، فأخذ حق الاختصاص هو بمثابة أخذ حق الرهن ، وقيد الاختصاص هو الذي يعدل قيد الرهن . وقد فرضنا فيما تقدم أن الرهن ذاته مأخوذ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار وأن القيد وحده هو الذي تم بعد ذلك ، فلا معنى لهذا التشبيه ولا يكون صحيحاً

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٨ – ص ١٠٩ .

إلا إذا كان حق الاختصاص قد أخذ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار والقيد وحده لحق الاختصاص هو الذي تم بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ولما كان حق الاختصاص في العادة يؤخذ ويقيد في وقت واحد ، فالمفروض أن حق الاختصاص قد أخذ بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

من ذلك يكون تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، بل والحكم نفسه بشهر الإعسار ، لا أثر له في قيد الرهن ، ويكون الرهن متى انعقد صحيحاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار من الجائز قيده بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى .

٢٠٨ – موت الراهن : والمفروض هنا أن الدائن المرتهن قد كسب حق الرهن في حياة الراهن و لم يقيده ، ومات الراهن . فكثير من الفقهاء المصريين يذهبون إلى أن موت الراهن يمنع من قيد الرهن [١] . غير أن كثيراً من الفقهاء المصريين لا يرون موت الراهن سبباً لمنع القيد ، وأنه يجوز قيد الرهن الذي انعقد صحيحاً في حياة الراهن حتى بعد وفاته [٢] . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور في هذا الصدد : " كما ثار الخلاف أيضاً حول أثر قيد الرهن إذا تم بعد وفاة الراهن : ففي رأي أنه لا ينفذ في حق الدائنين الآخرين للمتوفى ، فيكون الدائن المرتهن الذي لم يقيد رهنه قبل وفاة المورث في مركز الدائن العادي ، إذ لا يجوز أن يتميز دائن على غيره من الدائنين بسبب لاحق للوفاة . وفي رأي آخر ، وهو ما

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٩١ ص ١٤٨ – ص ١٤٩ – شفيق شحاته فقرة ٢٣٥ – محمد علي إمام فقرة ١٩٦ – جمال الدين زكي ص ٢٨٠ – سليمان مرقس فقرة ١٠٤ ص ١٦٨ . ويقول الأستاذ سليمان مرقس في هذا الصدد : " أما الرهن الذي لم يتم قيده قبل وفاة الراهن ، فإنه لا يكون نافذاً في حق الدائنين الآخرين ... ومن المبادئ المقررة أن دائني المتوفى العاديين يتساوون جميعاً ولا يمتاز أحدهم على الآخرين بسبب لاحق للوفاة ، فإذا قيد الرهن بعد الوفاة فإنه لا يكون نافذا في حق الدائنين الآخرين ولا يحول صاحبه حق التقدم عليهم . غير أنه مع ذلك كان لإجراء القيد بعد وفاة الراهن فائدة في إحاطة الغير الذي يريدون التعامل مع الوارث علما بمديونية المورث ... أي أن القيد كان يقيد في جعل الغير سيء النية ، فيمنعه من التمسك مثلا بالتقادم الخمسي ، لذلك كانَ يمكن في ظل القانون القديم قبول إجراء القيد بعد وفاة الراهن ، وأن كان هذا القيد لا يجعل الرهن نافذاً في حق دائنيه الآخرين . غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري قد نظم طريقة لإحاطة الغير علما بديون المتوفى ، إذ أوجب في المادتين ١٣ و ١٤ منه على الورثة تسجيل حق الإرث ، وعلى دائني المتوفى العاديين التأشير بديونهم في هامش ذلك التسجيل ، وكذلك وضع التقنين المدني الجديد نظاماً اختياريا ما آل إلى كل منهم من أموال المورث ، ويحقق لذلك المساواة التامة بي دائني المورث العاديين . فانعدمت بهذا التنظيم الجديد كل فائدة لقيد الرهن بعد موت الراهن ، وأصبح يتعين القول بوقف القيد من وقت وفاة الراهن" (سليمان مرقس فقرة ١٠٤) .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٤٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٦٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٠ – أحمد سلامة فقرة ٨٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٩ – ص ١١٠ .

نفضله ، أن القيد لا يعدو أن يكون إجراء لشهر الرهن، ومادام هذا الرهن قد نشأ صحيحاً فلا تحول الوفاة دون أجرائه ، فإذا تم نفذ الرهن في حق الدائنين " [1] . ويقول الأستاذ شمس الدين الوكيل انتقاداً للرأي الأول : "ويؤخذ على هذا الرأي أنه ينكر الأثر القانوني العام الذي يترتب على عقد الرهن . إذ يتقرر للدائن بمقتضاه حق عيني على العقار ، ولا ينقص هذا الحق حتى يسري في مواجهة الغير إلا أن يتم قيده . والأصل أن الراهن يلتزم بتيسير إجراء هذا القيد, فإن امتنع عن ذلك ، جاز للدائن أن يباشر بنفسه إن أمكن ذلك ، وأن يستعين بالقضاء في الأحوال التي يلتزم فيها تدخل الراهن ، هذا الالتزام ينتقل بأكمله إلى ورثة الراهن بعد وفاته ، ومن ثم يستمر حق الدائن المرتهن قائماً على العقار ، ويحق له أن يطالب بقيده. فإذا تم ذلك، وجب القول بسريان القيد في مواجهة جميع دائني المورث " [2].

ونكتفي بما تقدم ، ونقول إن موت الراهن لا يؤثر في هذا الإجراء التحفظي الذي هو القيد ، ولم يرد نص في القانون يجعل وفاة الراهن سبباً لحرمان الدائن المرتهن من قيد رهنه .

وعلى ذلك لا يكون إعسار الراهن ولا موته سبباً في منع القيد ، بل يجوز للراهن حتى بعد تسجيل صحيفة دعوى إعسار الراهن ، وحتى بعد وفاة الراهن .

ولا يمنع من قيد الرهن إلا إحدى الحادثتين الاثنتين لورود نص صريح يمنع القيد: إفلاس المراهن ، وتسجيل تنبيه نزع الملكية الصادر من دائن حاجز .

٢٠٩ ـ ما يضمنه القيد الأصلي من المصروفات : الأصل أن قيد الرهن يضمن ، دون حاجة لذكر ذلك ، أصل الدين المضمون بالرهن ، ومصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد ومصروفات التجديد ، وكذلك الفوائد وسيأتي ذكرها فيما يلي . ويأخذ ضمان أصل الدين وضمان المصروفات (مصروفات العقد والقيد والتجديد) المرتبة الأصلية للرهن ، دون حاجة لذكر ذلك أيضاً .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٥٨ مدني ، في هذا المعنى ، ما يأتي : "يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنياً في التوزيع ، وفي مرتبة الرهن نفسها " [3] .

---

(١) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١٠٩ ـ ص ١١٠ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ٦٧ ص ٢٢٣ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٥٨/١٤٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع وفي نفس مرتبة الرهن ، مصروفات العقد والقيد والتجديد " . وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظي فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار =

وعلى ذلك تكون مصروفات عقد الرهن ومصروفات القيد والتجديد مضمونة بالرهن في مرتبة الأصلية ، دون حاجة لذكر ذلك في قائمة القيد [1] ، وذلك لتفاهة هذه المصروفات بالنسبة إلى أصل الدين المضمون . ولا يدخل في المصروفات المضمونة بالقيد الأصلي مصروفات محو القيد ولا مصروفات إلغاء المحو ، فهذه سيأتي ذكرها فيما يلي . ولكن يدخل التعويض عن أصل الدين المضمون ، فإنه قد حل محل الدين المضمون ذاته ، فيأخذ حكمه .

أما سائر الملحقات ، غير مصروفات العقد والقيد والتجديد ، فلا تكون مضمونة بالرهن دون ذكر خاص . فمثلا لا يكون مضموناً بالرهن دون ذكر خاص الشرط الجزائي المشترط في العقد ، أو التعويض المشترط دفعه في حالة الوفاء قبل الميعاد ، فلا بد لضمان ذلك بالرهن من النص عليها صراحة في القيد [2] .

والملحقات التي لا بد من النص عليها صراحة حتى تكون مضمونة بالرهن ، إذا لم ينص عليها ، جاز إجراء قيد خاص بها، ويأخذ هذا القيد مرتبته من تاريخ إجرائه [3].

ويبقى بعد ذلك الفوائد ، فهذه قد يضمن بعضها القيد الأصلي للرهن دون ذكر خاص .

٢١٠ — ما يضمنه القيد الأصلي من الفوائد : نصت المادة ٢/١٠٥٨ مدني على ما يأتي :

" وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد ، فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت والتي تحسب مرتبتها من تاريخ إجرائها . وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل " [4] .

= رقمه ١/١١٥٨ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/١١٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/١٠٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ — ص ٩٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(١) استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩٢ — سليمان مرقس فقرة ١٠٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٠ — سليمان مرقس فقرة ١٠٦ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧٩ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/١١٥٨ في المشروع =

ويؤخذ من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا لم يذكر سعر الفائدة في العقد . (٢) حالة ما إذا ذكر هذا السعر . وقد لا يذكر سعر الفائدة ، ولكن تذكر الفوائد المستحقة نفسها أي مقدارها ، فتكون مضمونة بالرهن وفي نفس مرتبته لأنها مذكورة في العقد [١] .

(الحالة الأولى) إذا لم يذكر سعر الفائدة في العقد . عند ذلك لا يضمن القيد الأصلي شيئاً من الفوائد ، بل يفرض أن الدين الأصلي لا فوائد له . وعلى ذلك إذا كان للدين فوائد سواء كانت مستحقة وقت القيد ، أو استحقت بعد ذلك إلى يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو استحقت من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد ، أو إلى يوم التوزيع ، فإن القيد لا يضمن شيئاً من ذلك . بل يجب ذكر هذه الفوائد في العقد ، أو إجراء قيد خاص بها ويأخذ مرتبته من تاريخ إجرائه .

(الحالة الثانية) إذا ذكر سعر الفائدة في العقد . فذكر سعر الفائدة دليل على أن الدين ينتج فوائد . وعلى ذلك يضمن القيد الأصلي ، دون حاجة إلى ذكر ذلك ، فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وكذلك الفوائد التي تستحق بعد ذلك من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد [٢] .

ويلاحظ ما يأتي في هذا الحالة الثانية :

(١) بالنسبة إلى تسجيل تنبيه نزع الملكية ، إذا صدر تنبيه نزع الملكية وسجل من أحد الدائنين ، انتفع بذلك سائر الدائنين . وتقول المادة ٢/١٠٥٨ مدني في آخرها في هذا المعنى : " وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل " . ومعنى ذلك أنه إذا وجد إلى جانب الدائن المرتهن دائنان عاديان ، وتولى أحد هذين الدائنين

= النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١١٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/١٠٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ — ص ٩٠) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩٢/٥٦٨ : يترتب على تسجيل الرهن أن يكون المرهون تأميناً على أصل الدين وعلى فوائد سنتين إن كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ إلى وقت توزيع ثمن العقار المرهون ، فإذا سجل أحد الدائنين التنبيه ، انتفع باقي الدائنين بهذا التسجيل .

(١) بيدان وفواران ٢ فقرة ٩٤٦ — محمد كامل مرسي طبعة ١٩٣٨ في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٣٣٣ — سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٧٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢١٨ — ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٤ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٨ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٠٤ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٧٩ — ٢٥ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠١ .

التنبيه بنزع الملكية وسجل التنبيه ، فإن الدائن المرتهن ينتفع بهذا التنبيه، وتكون الفوائد المضمونة بالنسبة إليه فوائد سنتين سابقتين على هذا التسجيل لتنبيه نزع الملكية والفوائد المستحقة بعد ذلك إلى يوم رسو المزاد ، لو أن هذا الدائن المرتهن نفسه لم يقم بتنبيه نزع الملكية و لم يسجل هذا التنبيه .

(٢) لم يبين التقنين المدني السابق (٥٦٨) أية سنتين سابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية يكونان مضمونتين بالقيد الأصلي ، وقد ذهبت كثرة الشراح والمحاكم إلى أن القيد الأصلي يضمن فوائد أية سنتين [١] . ولكن التقنين المدني الجديد نص في المادة ١٠٥٨/٢ منه على " فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية " ، فأصبح لا مجال لاختلاف الرأي في أي السنتين هما السنتان السابقتان مباشرة على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما ما عدا هاتين السنتين ، أي السنين السابقة على ذلك ، فلا يضمنها القيد الأصلي ، بل لابد من إجراء قيد خاص بها ومن تاريخ هذا القيد . وعلى ذلك يحتاط الدائن المرتهن ، ولا يجعل الفوائد تتراكم أكثر من سنتين ، وإلا ما زاد على السنتين لا يكون مضموناً بالقيد الأصلي . فهو إما أن يتقاضى هذه الفوائد الزائدة على سنتين ، وإما أن يجرى بها قيداً خاصاً يأخذ مرتبته من تاريخ هذا القيد .

(٣) يضمن القيد الأصلي الفوائد مهما بلغت ، إذا كان سعرها مذكوراً في القيد، من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد . وكان التقنين المدني السابق يجعل القيد الأصلي يضمن الفوائد من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى وقت توزيع ثمن العقار المرهون [٢] . و لم يخول التقنين المدني الجديد المقبولين في التوزيع حقاً في فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد رأفة بالمدين أو الراهن ، فإذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، كان للدائنين المقبولين في التوزيع حق في هذه الفوائد على ألا يجاوز ما يتقاضونه من فوائد ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة [٣] .

---

(١) دي هلتس فقرة ٨٧ — جرانمولان فقرة ٣٨٨ — محمد كامل مرسي طبعة سنة ١٩٣٨ في التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٣٣٣ — استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٣٣ — ولكن يشترط في ذلك ألا تكون الفوائد قد سقطت بالتقادم الخمسي : استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٦.

(٢) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٩٩ — الإسكندرية الابتدائية المختلطة ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٠ : إلى أن يصبح التوزيع نهائياً .

(٣) استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢١٤ — استئناف مصر ١٤ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٥٧ ص ٥٨٩ — سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٧٥ هامش ١ .

(٤) ما عدا ذلك من فوائد لا يضمنه القيد الأصلي ، حتى لو ذكر في العقد سعر الفائدة . وإنما يجب في هذه الحالة إجراء قيد خاص بهذه الفوائد ، يأخذ مرتبته من وقت إجراء القيد الخاص . وتقول المادة ٢/١٠٥٨ مدني في هذا المعنى : " دون مساس بالقيود الخاص التي تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت ، والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها " .

٢١١ – القيود المصححة : وقد يقع أن يجرى قيد ، ويكون غير صحيح أو غير منضبط . عند ذلك لا يقوم هذا القيد بمهمته ، ويجب تصحيحه .

ولتصحيح القيد يجب إجراء قيد جديد ، يكون صحيحاً من أول الأمر .

ويلاحظ أن هذا القيد الجديد المصحح لا يكون له أثر إلا بالنسبة إلى المستقبل ، فلا يكون له أثر رجعي يرجع إلى تاريخ القيد الذي أجري تصحيحه ، فإن هذا القيد القديم الخاطئ أصبح لا يعتد به .

وإذا حوي القيد المصحح الجديد كل البيانات المطلوبة للقيد ، وأصبح قيداً صحيحاً، فإن قوته تكون مستقلة عن القيد الأول الخاطئ . فيحسب مثلا ميعاد العشر السنوات التي يجب تجديد القيد قبل انقضائها ، اعتباراً بالقيد المصحح الجديد لا بالقيد القديم . فإذا كان قد مضى على القيد أكثر من عشر سنوات ، ولم يمض على القيد المصحح الجديد إلا تسع سنوات ، أمكن تجديد هذا القيد المصحح الجديد قبل انقضاء سنة ، ولا عبرة بانقضاء أكثر من عشر سنوات على القيد القديم غير المصحح [١] .

§ ٢ – تجديد القيد

(Renovellement de l'inseription)

٢١٢ – وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات : تنص المادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي :

" يسقط القيد إذا لم يجدد في خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه . على أن للدائن أن يجري قيداً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً ، تكون مرتبته من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أجرى فيه " .

---

(١) أنظر في ذلك استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٩ – جرانمولان فقرة ٣٨٤ – محمد كامل مرسي فقرة ١٠٣ .

ويفهم من هذا النص أنه لا يكفي إجراء القيد مرة واحدة ،بل إن الرهن إذا بقي أكثر من عشر سنوات فإنه يجب تجديده كل عشر سنوات . والتجديد واجب كما يقول النص خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء القيد ، أو من تاريخ إجراء التجديد . ومعنى ذلك أنه ليس من المحتم أن ينتظر الدائن المرتهن قرب انتهاء العشر السنوات حتى يجرى التجديد ، بل إنه يستطيع خلال عشر سنوات من تاريخ إجراء القيد تجديده . فلو فرض أن دائناً مرتهناً أجرى القيد في أول يناير سنة ١٩٧٠ فإنه يستطيع التجديد في أول يناير سنة ١٩٧١ أي بعد سنة واحدة من إجراء القيد ، بل يستطيع التجديد في خلال المدة من أول يناير سنة ١٩٧٠ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٧٩ ، أي خلال العشر السنوات من وقت أجراء القيد .

والمدة هنا تحسب بالتاريخ الميلادي ، فقد نصت المادة ٣ مدني على أن " تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

٢١٣ – حساب الميعاد في تجديد القيد : وفي تجديد القيد يحسب ميعاد تجديد التجديد عشر سنوات من وقت التجديد ، لا من وقت القيد الأصلي . فلو أن دائناً مرتهناً أجرى القيد لأول مرة في أول يناير سنة ١٩٧٠ ، وجدد القيد في أول يناير سنة ١٩٧٥ ، فإنه يلزمه تجديد التجديد لغاية أول يناير سنة ١٩٨٥ ، لأن هذا اليوم هو آخر يوم في العشر السنوات التي يبقى فيها التجديد صحيحاً [١] . ولا يجوز القول بأنه كان له الحق في أن يجرى التجديد في أول يناير سنة ١٩٨٠ ، لأننا نكون في هذه الحالة قد اعتددنا بوقت القيد والواجب الاعتداد بوقت التجديد وهو أول يناير سنة ١٩٧٥ .

ويسري الميعاد ، في القيد الأول وفي تجديده ، ابتداء من اليوم التالي لإجراء القيد، ويحسب اليوم الأخير ولو كان يوم عيد [٢] .

٢١٤ – الحكمة في التجديد : وقد رأى المشرع ، تسهيلا لمهمة الباحث، أن يوجب تجديد القيد كل عشر سنوات . ذلك أنه مادام القيد لا يصلح منتجاً لأثره إلا لمدة عشر سنوات ، فما على الباحث الذي يريد تحري مركز العقار من حيث القيود إلا أن يبحث لمدة عشر سنوات فقط ، فإذا كان هناك قيد أجري منذ أكثر من عشر سنوات ولم يجدد فإنه يكون معدوم الأثر .

---

(١) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٨٧٢ .

وهذا الاعتبار لا يكفي وحده ، لأنه لا يتحقق في التسجيل . ولم يشترط المشرع وجوب تجديد التسجيل كل مدة معينة ، بل أوجب التسجيل مرة واحدة . فالباحث عن التسجيل لا يبحث لمدة عشر سنوات فحسب ، ولا لمدة عشرين سنة ، بل يجب أن يبحث كل تسجيل ولو أجري منذ ثلاثين سنة أو أربعين أو أكثر ، ولا يقف بحثه إلا إذا كان العقار في يد حائز وخلفائه لمدة خمس عشرة سنة ، فإنه يقف عند ذلك ويعتبر أن هذا الحائز قد تملك العقار التقادم .

ولهذا تكون الحكمة في التجديد حماية الملكية العقارية ، فقد يحدث أ ينقضي الدين المضمون بالرهن ، ويهمل صاحب الشأن شطب القيد ، فقضي المشرع أنه إذا انقضي على هذا القيد عشر سنوات ولم يجدد ، فأن القيد يسقط . وبناء على ذلك يستطيع الدائن المرتهن ألا يشطب القيد ، معتمداً على سقوطه بعد عشر سنوات [1] .

وفي البلاد التي تأخذ بنظام السجل العيني ، لا يوجد داع لتجديد مدة لسريان القيد ، فإن القيد يستمر نافذاً ، ولو لمدة تزيد على عشر سنوات ، على أن يؤشر بمحوه. وقيد الرهن (وغيره من الحقوق العينية التبعية) يكون في السجل العقاري في صفحة خاصة بالعقار المرهون ، فيسهل بمجرد الإطلاع على هذه الصفحة معرفة حقيقة مركز العقار من حيث القيود والتسجيلات وغير ذلك ، فلا يوجد داع لإسقاط القيد إذا لم يجدد كل عشر سنوات، وقد نص كل من القانون الألماني والقانون السويسري على ذلك .

٢١٥ — جزاء التجديد : وإذا أجري قيد ، وجدد في خلال العشر السنوات من وقت إجرائه ، فإن القيد يبقى حافظاً لآثاره عن طريق التجديد ، وتكون مرتبة التجديد، وكل تجديد آخر يتلوه في الميعاد القانوني ، هي نفس مرتبة القيد الأصلي، وبذلك يستطيع الدائن المرتهن ، عن طريق التجديد ، أن يحتفظ بمرتبته الأصلية لا يتزل عنها .

ولا شك في أن هذه مزية كبرى ، إذ يستطيع الدائن المرتهن ، إذا كان أجل استحقاق حقه طويلا كما في الديون طويلة الأجل التي تلجأ بعض البنوك إلى التعامل بها، أن يحتفظ بمرتبته الأصلية مدة عشرين سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر من ذلك .

٢١٦ — جزاء عدم التجديد : وإذا لم يجدد القيد خلال العشر سنوات من وقت إجرائه ، ترتب على ذلك سقوط القيد وانعدام أثره [1] ، فتضيع مرتبة الدين التي

---

(١) بيدان وفوران ٢ فقرة ٩٣١ .

(1) أ – النعي بأن الدائن لم يجدد قيد رهنه في الميعاد . سبب جديد لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٠/١٢/١٩٧٥ الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٦٠٦) . =

يكون القيد قد حفظها . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجديد قيد الرهن في الميعاد المحدد يجعله معدوم الأثر . وليس يغني عن التجديد أن يكون الحق المضمون بالرهن ثابتاً بحكم ، فإن حجية الأحكام لا تتعدى أطرافها ، وهي في حد ذاتها من غير تسجيل لا تنشئ حقوقاً عينية يحتج بها على الكافة . كما لا يغني أن يكون الغير عاماً بحصول الرهن ، لأن القانون أوجب بصفة مطلقة إجراء التجديد لكي يبقى للرهن أثر في حق الغير ، ولم يستثن إلا الحالة الواردة في المادة ٥٧٠ مرافعات الأسبق وهي الخاصة ببيع العقار أمام المحكمة بعد مضي المواعيد التي تجوز فيها زيادة العشر . وإذن فلحائز العقار ، إذا لم يجدد القيد ، أن يتمسك بسقوط الرهن بالنسبة إليه ، ولو كان عالماً به [١] . فيتقدم الدائنون التالون في المرتبة والغير الذين كسبوا حقوقاً على العقار المرهون على الدائن الذي لم يجدد القيد ، فسقط قيده [٢] .

ولكن الرهن يبقى صحيحاً ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجرى به قيداً جديداً [٣] ، يأخذ مرتبته من وقت إجرائه ، وذلك إذا كان هذا ممكناً ولم يحل دونه حادث يمنع إجراء القيد كإفلاس الراهن مثلا [٤] . وقد قضي بأن سقوط القيد يعيد مركز الدائن المرتهن إلى ما كان عليه قبل إجراء القيد [٥] ، فإذا جدد القيد بعد سقوطه ، وكان قد سبق هذا التجديد تسجيل تصرف صدر من الراهن في العقار المرهون ، فإن تجديد القيد لا يكون له أثر بالنسبة

= ب – طلب الدائن المرتهن للعقار شطب تسجيل تنبيه نزع الملكية والإجراءات التالية له التي اتخذها دائن آخر ضد المدين ، لا يحول دون طلب هذا الدائن الأخير عدم نفاذ عقد الرهن في حقه .
(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١٩٤) .

(١) نقض مدني ١١ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧١ – استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٣ ص ٤٧٧ .

(٢) استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٩ – ويجوز لقاضي التوزيع أن يأخذ من تلقاء نفسه بسقوط القيد : استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التمسك بسقوط تسجيل الرهن أو الاختصاص لعدم تجديده في خلال العشر سنوات كما يجوز للدائن المرتهن يجوز للدائن العادي والمشترى الذي سجل عقده قبل تجديد تسجيل الرهن . وفي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز للدائن المرتهن تجديد تسجيله ، لأن العين تكون قد خرجت من ملك مدينه ، ويكون في نفس الحالة التي يكون فيها قد فقد حق الرهن ، وبالتالي يفقد حق البيع ، ويبقى حقه شخصياً محفوظاً ضد مدينه (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢ ص ٢٠) .

(٤) استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٧٧٢ .

(٥) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٢ .

إلى المتصرف إليه ، ولو كان تسجيل التصرف المذكور قد تم في أثناء نفاذ القيد الأول وقبل سقوطه [1] .

وإذا رهن شخص عقار لدائن مرتهن أول ، ثم رهنه مرة ثانية لدائن مرتهن ثان في خلال العشر السنوات الأولى لقيد الرهن الأول ، وتأخر الدائن المرتهن الأول في تجديد قيده عن عشر سنوات ، ولم يتأخر الدائن المرتهن الثاني عن تجديد رهنه ، فإن الدائن المرتهن الثاني يصبح دائناً مرتهناً أولا ، ويتقدم على الدائن المرتهن الأول ، لو أنه كان يعلم بوجود هذا الرهن عند ما ارتهن العقار [2] .

٢١٧ – إجراءات التجديد : لم يذكر قانون الشهر العقاري شيئاً عن إجراءات التجديد ، ولكن يمكن استخلاصها بسهولة من إجراءات القيد نفسها .

فيتم التجديد بناء على طلب الدائن المرتهن أو من ينوب عنه أو خلفه ، سواء كان الخلف عاماً كالوارث أو خاصاً كالمحال له إذا حول الدائن المرتهن الحق إلى الغير . فيجوز للمحال له ، ولو قبل أن تصير الحوالة نافذة في حق الغير ، أن يطلب تجديد القيد، سواء باسمه أو باسم المحيل [3] ، وعلى كل حال توجب مصلحته هو إجراء التجديد في ميعاده [4] .

ويحصل التجديد ضد الراهن ، فإذا كان العقار المرهون قد انتقل وقت التجديد إلى ورثة الراهن أو إلى غيرهم من الخلف ، جاز عند تجديد القيد ضد الراهن تجديده أيضاً ضد

---

(١) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٤١ – ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ – ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٢ – ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٠٩ – استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢ ص ٢٠ .

وتقول المادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري ، كما رأينا ، في هذا الصدد : " على أن للدائن أن يجرى قيداً جديداً ، إن أمكن ذلك قانوناً ، تكون مرتبته من وقت إجرائه " .

(٢) وقد كان مقترحاً تعديل هذا الحكم ، فوضع نص في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يجوز تجديد القيد كل عشر سنوات . فإذا أجري التجديد بعد انقضاء هذه المدة ، فلا تحسب مرتبة الرهن إلا من تاريخ إجراء التجديد بالنسبة إلى الغير الذي كسب حقاً عينياً على العقار في المدة ما بين انقضاء عشر السنوات وإجراء التجديد وقام بشهر هذا الحق قبل تجديد القيد . أما بالنسبة إلى أصحاب الحقوق العينية الأخرى ، فتبقى مرتبة الرهن محسوبة من تاريخ إجراء القيد الأصلي " (المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح التقنين المدني جزء ٤ ص ٢٩٧) . ولما سحب من مشروع التقنين المدني الجديد النص المتعلقة بالقيد لتضمينها قانون الشهر العقاري لم يلتفت إلى اقتراح هذا التعديل ، وصدر قانون الشهر العقاري دون أن يأخذ به (سليمان مرقس فقرة ١١٠ – وأنظر محمد كامل مرسي فقرة ١٠٧ ص ١٦٥ هامش ٢) .

(٣) استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٨ .

(٤) استئناف مختلط ٥ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ .

هذا الخلف . ومن رأي بعض الفقهاء أنه يجب أن يكون التجديد ضد الخلف، وقد أوجبت المادة ٤٦٠ من التقنين الإيطالي الجديد ذلك [١] .

ثم تحرر قائمة تجديد يذكر فيها أن التجديد حاصل تجديداً للقيد السابق ، فيستطيع الغير عندما يرجع إلى القيد السابق أن يعلم درجة الرهن ، لأن هذه الدرجة في القيد السابق تبقى للرهن متى أجري التجديد في ميعاده . فإذا لم يذكر هذا البيان ، اعتبر القيد قيداً جديداً لا تجديداً، فيأخذ مرتبته من وقت إجرائه وتضيع مرتبة القيد الأول [٢]. وإذا تكرر التجديد اكتفى بأن يشار في كل مرة إلى القيد السابق ، من غير حاجة إلى ذكر القيد الأصلي [٣] .

ولا حاجة إلى أن ترفق قائمة التجديد بصورة عقد الرهن التنفيذية ، ولا إلى أن تذكر فيها كل البيانات الواجب ذكرها في قائمة القيد الأصلي ، مادامت قائمة التجديد تحيل بوضوح إلى ذلك القيد الأصلي ، سواء كانت تلك الإحالة إحالة مباشرة أو من طريق الإحالة إلى التجديد السابق [٤] .

٢١٨ – تجديد القيد واجب حتى في أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع ملكية العقار المرهون

: وقد نصت المادة ٤٤ من قانون الشهر العقاري على ما يأتي :

" تجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العيني ، ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضي الحق أو طهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر " .

ويفهم من ذلك أن تجديد القيد واجب ، مادام الرهن قائماً . فإذا فرض أن دائناً آخر، ولو كان دائناً عادياً ، اتخذ إجراءات التنفيذ ، وسار فيها شوطاً بعيداً ، فإن الدائن المرتهن يتعين عليه ، في أثناء إجراءات التنفيذ هذه ، أن يجدد القيد قبل أن يفوت ميعاد التجديد [٥] . ولا يعفي من وجوب تجديد القيد أن يكون الراهن قد تصرف في العقار

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨٠ هامش ٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٣١٦ – محمد كامل مرسي فقرة ١١٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ١١٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٨١ – سليمان مرقس فقرة ١١٢ ص ١٨١ .

(٥) استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٤١ .

المرهون ، ولو تم تسجيل هذا التصرف [١] . أو أن يكون الراهن قد شهر إفلاسه، أو أن يكون أحد الدائنين قد وجه تنبيه نزع الملكية وسجل هذا التنبيه [٢] .

ومع ذلك لا يكون التجديد واجباً في حالتين : (١) إذا استمر التنفيذ حتى بيع العقار المرهون قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر ، فعند ذلك يكون العقار المرهون قد ترتب عليه حق الراسي عليه المزاد . (٢) إذا انقضى حق الرهن بأي سبب من أسباب الانقضاء ، أو طهر العقار من الرهن لأن التطهير يقضي الرهن [٣] .

وإذا أعيدت إجراءات البيع على ذمة الراسي عليه المزاد بعد رسو المزاد وانقضاء ميعاد زيادة العشر ، استردت القيود سيرتها الأولى ، وقد قضت محكمة النقض بأن تطهير العقار معلق على قيام الراسي عليه المزاد بأداء الثمن في أجل استحقاقه ، ومتى أعيدت إجراءات البيع على ذمة المشترى المتخلف بعد رسو المزاد الأول وانقضاء ميعاد زيادة العشر، استردت القيود والتسجيلات سيرتها الأولى ، ولو كان قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات [٤] .

٢١٩ – وجوب تجديد الحائز لقيد الرهن : تنص المادة ١٠٦٢ على أنه " يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز " .

فإذا حل الحائز محل الدائن المرتهن في رهنه ، فعليه أن يتعهد قيد الرهن بالحفظ ، وأن يجدد القيد في الميعاد حتى يبقى الرهن محتفظاً بمرتبته الأولى . ولا ينقضي التزام الحائز بتجديد القيد ، إلا إذا انقضى حق الرهن أو إذا طهر العقار منه .

فإذا لجأ الحائز إلى التطهير ، فإن التطهير لا يتم إلا بعد أن يعرض الحائز مبلغاً معيناً على الدائنين ، ويقبل الدائنون هذا المبلغ أو يتركوا الأجل المعين للقبول أو الرفض ينقضي دون أن يطلبوا بيع العقار ، وبعد أن يقوم الحائز بإيداع المبلغ أو بدفعه إلى الدائنين الذين يستحقونه [٥] .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٧٨٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٥ .

(٣) أنظر استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٦ — ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٢ .

(٤) نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض سنة ١٩٥٤ ص ١٢١ .

(٥) وقد نصت المادة ١٠٧٠ مدني على أنه " إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد وبالأوضاع المقررة ، استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذي قدم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة " .

وإذا نزعت ملكية العقار جبراً ، فإنه لا يجب تجديد القيد من الوقت الذي يتم فيه تطهير العقار [1] .

والتطهير لا يتم إلا بتسجيل حكم مرسى المزاد ، وبإيداع الثمن خزانة المحكمة أو دفعه إلى الدائنين الذين يستحقونه [2] . ولا بد من تسجيل حكم مرسى المزاد ، لحصول التطهير ولإمكان الاستغناء عن تجديد القيد [3] .

٢٢٠ – الفرق بين القيد الأصلي وتجديد القيد : وهناك اختلاف أساسي بين القيد الأصلي وتجديده . فالقيد الأصلي يمنح للدائن المرتهن مرتبته ، أما التجديد فيقتصر على المحافظة على هذه المرتبة إذا أجري في الميعاد فإذا أجري بعد الميعاد كان قيداً جديداً له مرتبته من وقت إجرائه [4] .

فالتجديد في الميعاد القانوني هو استمرار للقيد القديم ، أما التجديد بعد الميعاد فهو قيد جديد وليس استمراراً للقيد القديم ومن ثم يأخذ مرتبته من وقت حصوله .

٢٢١ – مصروفات التجديد : وقد سبق أن مصروفات التجديد ، كمصروفات الرهن ومصروفات القيد الأولى ، تكون على الراهن . فإذا دفعها الدائن المرتهن أو أحد آخر ، رجع بها على الراهن . وهذه المصروفات كلها مضمونة بالرهن وفي مرتبته ، دون ذكر خاص بها . وذلك بخلاف مصروفات المحو وإلغاء المحو ، وسيأتي ذكرها فيما يلي.

٢٢٢ – التأشير على هامش القيد : والتأشير على هامش القيد يراد به تمكين الباحث من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلي من تغيير ، وقد يصل إلى حد أن يصيبه في بقائه ، أو يمنح آثاره إلى دائن آخر غير الدائن الذي تقرر القيد أصلا لمصلحته .

وتنص المادة ٢/١٠٥٣ مدني على أنه " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم

---

(١) استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٢ – وأنظر أيضاً استئناف مختلط ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٦٦ .

(٢) فقد نصت المادة ١٠٨٤ مدني 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 بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذي تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن " .

(٣) أنظر سليمان مرقس فقرة ١١٣ ص ١٨٣ هامش ٣ .

(٤) بيدان وڤواران ١٤ فقرة ٩٤٠ وما بعدها .

القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي " [1] .

فإجراء التأشير في هامش القيد قد لا يقل أهمية عن إجراء القيد الأصلي ، لأن إغفاله يترتب عليه آثار هامة مثل الآثار التي طالعناها في النص المتقدم الذكر .

ومن هذه الآثار نقل الدائن المرتهن الالتزام المضمون إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق ، فالحوالة تضمن هذا الالتزام بما كان يكفله من تأمينات كالرهن الرسمي ، فلا يجوز التمسك بالرهن في مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلي بهذه الحوالة . ويسري الحكم المتقدم إذا كان الدائن المحيل قد رهن الدين ، فيجب على الدائن المحال له أن يؤشر بذلك على هامش قيد الرهن الرسمي .

وإذا حل شخص حلولا قانونياً أو إتفاقياً محل الدائن الأصلي ، امتد هذا الحلول إلى التأمينات وفيها الرهن الرسمي ، فيتعين على الحال أن يؤشر على هامش القيد الأصلي بما يفيد حلوله محل الدائن المرتهن .

وللدائن المرتهن أن يتزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن ، لمصلحة دائن آخر له رهن آخر مقيد على نفس العقار ، فالتنازل عن مرتبة الرهن لصالح دائن مرتهن آخر لنفس العقار لا يجوز الاحتجاج به على الغير ، إلا إذا أشر بذلك على هامش القيد الأصلي الذي أجري لمصلحة الدائن المرتهن المتنازل عن مرتبته [2] .

ويقدم طالب التأشير سنداً يثبت توافر السبب القانون لإجراء هذا التأشير ، كأن يقدم الدائن المحال إليه بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق ، أو يبرز الدائن الموفي

---

(١) وتنص المادة ١٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري ، في هذا المعنى ، على أنه " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهن ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمحو القيد ، أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي " .

(٢) وقد يعرض من الأسباب ما يقضي بمحو القيد ، وهنا استلزم المشرع أيضاً في المادة ١٩ من قانون الشهر العقاري أن يتم هذا المحو بالتأشير على هامش القيد الأصلي .

وقد نصت المادة ٣٧ من قانون الشهر العقاري على أن " تقدم الطلبات الخاصة بالتأشير الهامشي لمكتب الشهر الذي تم فيه شهر المراد التأشير على هامشه . ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته ، وعلى بيان لفرع المحرر المتقدم ذكره وتاريخ ورقم شهره والسند الذي يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التي صدر منها وأسماء ذوي الشأن فيه , ويجب أن يكون مصحوباً بهذا السند ، وبسائر الأوراق المؤدية له . ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة ، عند الاقتضاء . وتقع في التأشير الهامشي وحفظ المحررات التي يتم بمقتضاها ، الأحكام الواردة في اللائحة التنفيذية " .

مخالصة الوفاء وما يثبت أنه قد حل محل الدائن . وإذا كان التأشير خاصاً بالتنازل عن مرتبة، فعلى من تلقاها أن يرفق طلبه بسند هذا التنازل [1] .

ويتقدم الطلب إلى مكتب الشهر (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري)، ويدرج في دفتر معد لهذه الطلبات ، ويأخذ رقماً متتابعاً تقيد أسبقيته مع ذكر تاريخ اليوم والساعة وما تم بشأنه الطلب (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري) [2] .

وإذا تحقق المكتب من استيفاء الطلب للشروط القانونية ، أثبت التأشير في هامش قيد الرهن الرسمي أو في ورقة تلحق به . ويشتمل التأشير على جميع البيانات التي سبق ذكرها ، وعلى بيان تاريخه والساعة التي تم فيها [3] .

§ ٣ – محو القيد وإلغاء المحو

Radiation de l'inscription et annulation de la radiation

٢٢٣ – محو القيد : قد يوجد ما يستدعي محو قيد الرهن .

---

(١) يجب أيضاً إقامة الدليل على السبب القانوني لمحو القيد ، وهل هو محو اختياري أو محو قضائي .

(٢) " وإذا تبين أمين مكتب الشهر أن طلب التأشير الهامشي لم يستوف ما يلزم لإجرائه من البيانات ، أبلغ الطالب أوجه النقص بمقتضى كتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصوله . ويعين في هذا الكتاب أجل لتلافي هذه الأوجه لا يجاوز شهراً ، فإذا انقضي الأجل دون استيفاء الطلب أشر عليه الأمين بالحفظ مع إبداء الأسباب ، وأبلغ الطالب ذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصـــول " (م ٣٨ شهر) . " ولمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين مكتب الشهر ، في خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه، رفع الأمر إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التي يقع مكتب الشهر بدائرتها . ويصدر القاضي قراره على وجه السرعة تبعاً لتحقق أو تخلف الشروط التي يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير ، ولا يجوز الطعن في القرارات التي تصدر على هذا الوجه بأي طريق " (م ٣٩ شهر) . " ولا يجوز إجراء أي تأشير هامشي بمقتضى طلب لاحق من شأنه الإخلال بحق طالب التأشير، إلا بعد انقضاء الميعاد المعين في المادة السابقة أو الفصل في تظلم الطالب على الوجـــه المبـــين فيها " (م ٤٠ شهر) .

(٣) ويجب على مكتب الشهر أن يوافي المكتب الرئيسي بصورة من التأشيرات الهامشية في نهاية كل شهر ، مع بيان رقم وتاريخ شهر المحررات المتعلق . ويقوم المكتب الرئيسي بحفظ هذه الصور ، بعد أن تدرج التأشيرات الواردة بها في هامش صور المحررات أو في ورقة تلحق بهذه الصور (م ٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري) .

فقد يكون الدين المضمون بالرهن قد زال أو انقضى . ويزول الدين إذا كان مثلا باطلا شكلا ، أو كان باطلا موضوعاً أو قابلا للإبطال وقضي بإبطاله . وينقضي الدين بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالوفاء بالدين أو التجديد أو المقاصة أو الإبراء أو سقوط الدين بالتقادم . وفي جميع أحوال زوال الدين أو انقضائه ، يسقط الرهن الذي هو ضمان للدين ، ويسقط تبعاً لذلك قيد الرهن ، فيجب أن يمحى القيد .

وقد يكون الدين صحيحاً قائماً ، ولكن الرهن يكون باطلا أو قابلا للإبطال وقضي بإبطاله ، أو انقضي بأي سبب لانقضاء الرهن مع بقاء الدين . ولما كان القيد إنما يتعلق برهن صحيح قائم ، فإن القيد في هذه الحالة يجب محوه .

وقد يكون الدين صحيحاً قائماً ، وكذلك الرهن يكون صحيحاً قائماً ، ولكن القيد نفسه يكون غير صحيح ، فيجب في هذه الحالة أيضاً محو القيد .

فالقيد إذن يجب محوه ، إما لسبب يتعلق بالدين المضمون ، وإما لسبب يتعلق بالعقار المرهون ، وإما لسبب يتعلق بالقيد . وهذا هو المحو بوجه عام .

٢٢٤ – طريقان للمحو : وقد نصت المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري على ما يأتي :

" لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائي ، أو برضاء الدائن بتقرير رسمي منه. ومع ذلك يكتفي في إجراء المحو في حالة رهن الحيازة العقاري وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفي مصدق على التوقيع فيه " .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك طريقين لمحو قيد الرهن الرسمي :

(١) المحو الاختياري (radiation volontaire) ، ويكون ذلك برضاء الدائن ، فهو إذن تصرف مبني على إرادة واحدة هي إرادة الدائن ، بتقرير رسمي منه ، ولا يلزم رضاء الراهن .

(٢) المحو القضائي (radiation judiciare) ، فإذا تعذر الحصول على رضاء الدائن، كان لا بد من رفع الأمر إلى القضاء ، فيحكم بالمحو القضائي حكماً نهائياً .

٢٢٥ – المحو الاختياري : رأينا أن المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري تقضي بمحو القيد برضاء الدائن بتقرير رسمي منه ، فهو لا يكون بموجب عقد عرفي . ولما كان القيد يجرى في ورقة رسمية ، فقد أراد المشرع ألا يكون محوه بورقة عرفية ، واستوجب أن يكون ذلك عن طريق ذهاب الدائن أو من ينوب عنه (والتوكيل الصادر من الدائن هنا

يجب أيضاً أن يكون رسمياً [١]) ، إلى قلم كتاب المحكمة وعمل تقرير رسمي بالمحو . ورضاء الدائن بمحو القيد صادر بإرادة الدائن المنفردة ، فهو عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فلا يشترط لتمامه قبول الراهن [٢] .

وإذا حول الدين ، كان المحو برضاء المحال له دون حاجة لرضاء الدائن الأصلي . وإذا توفى الدائن كان المحو برضاء الورثة ، وإذا حصلت القسمة بينهم كان المحو برضاء من وقع الدين المضمون بالرهن في حصته [٣] .

ويجب في المحو الاختياري توافر أهلية خاصة في الدائن المرتهن . ومن رأي بعض الفقهاء أن الأهلية الواجبة هي أهلية التصرف في الدين المضمون [٤] ، وبموجب القانون المصري يشترط فيمن يقرر المحو ، ولو كان في مقابل قبض الدين ، أن يكون كامل الأهلية بالغاً سنة ٢١ سنة غير محجور عليه [٥] .

وإذا صدر المحو من نائب عن الدائن ، فإذا كان النائب وكيلا ، فتكفي الوكالة العامة إذا كان محو القيد في مقابل قبض الدين ، لأن استيفاء الدين يدخل في أعمال الإدارة. أما إذا كان المحو دون مقابل ، فلا بد من وكالة خاصة [٦] . وإذا كان النائب وصياً ، فهو

---

(١) جيوار فقرة ١٤٢٨ — بودري ودي لوان فقرة ١٨٤٩ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ — محمد كامل مرسي فقرة ١١٤ ص ١٧٥ — وإذا حصل اتفاق على ذلك الرهن بورقة عرفية ، أمكن اعتبار هذا الاتفاق بمثابة وعد بمحو القيد ، وكان للراهن أن يطلب الحكم بالمحو بناء على هذا الاتفاق (محمد كامل مرسي فقرة ١١٤ ص ١٧٥ هامش ١ — جرانمولان فقرة ٤٢٠) .

(٢) جيوار فقرة ١٤١٧ وفقرة ١٤٣٥ — بودري ودي لوان فقرة ١٨٢١ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ هامش ٣٧ . ويطلق في القانون الفرنسي على العقد الذي يرضى به الدائن برفع القيد وفك الرهن (mainlevèe) .

(٣) جيوار ١٤١٨ — بودري ودي لوان فقرة ١٨٢٥ وفقرة ١٨٢٦ .
وقد قضي بأن أمين الرهونات مكلف بالتحقق من أن مقرر المحو يملكه عن طريق أوراق لا يرقى إليها الشك، ولا يعتبر من هذا القبيل الأوراق العرفية غير المصدق على التوقيعات التي تحملها (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٩٩) .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ١٨٢٤ وفقرة ٢٢٦٠ — أوبري ورو ٢ فقرة ٢٨١ ص ٦٣٤ — محمد كامل مرسي فقرة ١١٤ ص ١٧٧ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ١١٦ .
وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧١ من المشروع التمهيدي تنص على أنه " لا يجوز أن يصدر المحو الاختياري من شخص لا يكون أهلا لإبراء ذمة المدين ، إلا إذا تدخل في ذلك من يوجب القانون لصحة هذا الإبراء " . وقد رأت لجنة المراجعة حذف هذه الفقرة ، اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٣ — ص ٧٤) .

(٦) بيدان وفواران ٢ فقرة ١٢٤٨ .

يملك قبض الدين الذي للقاصر ، فيملك أيضاً محو قيد الرهن إن كان في مقابل قبض الدين. وإلا فلا بد من إذن المحكمة طبقاً للمادة ٣٩ (١١) من قانون الولاية على المال ، وهي تقضي بوجوب الحصول على إذن المحكمة للتنازل عن التأمينات أو إضعافها ، وإذا كان النائب ولياً ، جاز له محو القيد ، ولو دون قبض الدين ، ودون الحصول على إذن المحكمة [١] .

٢٢٦ – المحو القضائي : فإذا تعذر المحو الاختياري ، بأن رفض الدائن محو القيد أو لم يكن في استطاعته إجراء المحو الاختياري ، جاز لكل ذي مصلحة في زوال القيد أن يطلب محوه أمام القضاء . فيجوز أن يرفع دعوى المحو القضائي الراهن ، أو الغير الذي انتقل إليه العقار [٢] ، أو دائن مرتهن متأخر ويكسب من المحو أن يزول من أمامه واحد من الدائنين الذين يتقدمون عليه [٣] ، أو دائن عادي [٤] .

ويطلب المحو القضائي ضد الدائن المرتهن المراد محو قيده ، أو ضد خلفائه [٥] ، ولا يطلب ضد المدين وحده [٦] ، ولا ضد أمين الشهر [٧] .

والدعوى عقارية ، فترفع إلى محكمة العقار المرهون ، لا إلى محكمة المدعى عليه [٨] . وإذا تعددت العقارات ووقعت في دوائر محاكم مختلفة ، رفعت دعوى المحو بالنسبة إلى كل

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١١٦ ص ١٨٧ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦١ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦١ .

(٤) ولكن الراهن لا يجوز له طلب المحو القضائي بسبب بطلان شكل القيد ، لأنه شرع في مصلحة الغير (جيوار فقرة ١٤٤٠ – بودري ودي لوان فقرة ١٨٦١ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٣٨ هامش ٢١) . وفي الأحوال الأخرى يجوز للراهن أن يطلب المحو (نقض فرنسي ٢٩ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ – ١ – ٣٨٠) .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦٢ .

(٦) استئناف مختلط ٢٠ يونية سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٢٢ – بودري ودي لوان فقرة ١٨٦٢ – وحكم بأنه إذا رفعت دعوى المحو قبل التنبيه العقاري ، لم يتعين إدخال المدين فيها (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٣) .

(٧) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٣ – ٢٠ يونية سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٣٢٢ .

(٨) وقد قضي بأنه إذا اشترى شخصان معا أرضاً مرهونة ، وتعهد أحدهما للآخر بمحو تسجيل الرهن ، كانت دعوى هذا المتعهد شخصية من اختصاص محكمة المدعى عليه ، وليست دعوى متعلقة مباشرة بمحو قيد الرهن وهي دعوى عينية عقارية من اختصاص المحكمة الموجودة بدائرتها العقار المرهون (استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٠) .

عقار أمام المحكمة التي يقع في دائرتها [1] . ولا يجوز التأشير بالمحو قبل أن يصبح الحكم الصادر به نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطريق العادي ، وإن كان يقبل الطعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر [2] .

٢٢٧ – كيف يكون المحو : ولا يكون المحو ، اختيارياً كان أو قضائياً ، بإزالة القيد مادياً ، أو الشطب عليه ، وإنما يكون بالتأشير على هامش قيد الرهن بما يدل على اعتبار أن القيد غير موجود ، ويكون التأشير من مكتب الشهر ، ويشير إلى السند الذي بموجبه حصل المحو ، رضاء كان أو قضاء .

والغرض من التأشير على هامش القيد ، جعل دفاتر الشهر مطابقة للواقع .

وإذا وقع الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تخليص بعض العقار عند دفع جزء من الدين ، ودفع جزء من الدين بالفعل ، وجب محو الرهن جزئياً بالتأشير بذلك على هامش القيد ، وذلك لإزالة الآثار التي تترتب على وجود القيد كاملا دون التأشير بدفع جزء من الدين [3] .

٢٢٨ – ما يترتب على المحو : إذا كان المحو قد حصل دون أن يحصل النزول صراحة عن الرهن ، لم يفقد الدائن حقه في الرهن [4] . فيجوز للدائن المرتهن ، إذا لم يُؤَدَّ الدين وبقي الرهن ، أن يجرى قيداً جديداً للرهن يأخذ مرتبتـــه من وقت إجرائه [5] .

وإذا كان المحو قد حصل بعد النزول عن الرهن ، فلا يكون للدائن المرتهن أن يجرى قيداً جديداً للرهن ، لأن الرهن قد زال .

وعند الشك يعتبر أنه لم يحصل نزول من الرهن ، وإنما حصل عن القيد فقط [6] .

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ١٨٦٥ – دي هلتس فقرة ٩٦ – جرانمولان فقرة ٤١٧ .

(٢) بيدان وڤواران ٢ فقرة ١٢٥٢ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ١١٢ ص ١٧٣ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧ .

(٥) جيوار فقرة ١٤٥٠ – بودري ودي لوان فقرة ١٨٨٨ – جرانمولان فقرة ٤٢٢ – محمد كامل مرسي فقرة ١١٩ .

(٦) بون ٢ فقرة ١١٠٦ – لوران ٣١ فقرة ٢٢٣ – جيوار فقرة ١٤٥٨ – بودري ودي لوان فقرة ١٨٨٧ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٤٤ .

وكان المشروع التمهيدي ينص في المادة ١٤٧٤ منه على ما يأتي : " لا يترتب على محو القيد في ذاته انقضاء حق الرهن ، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجرائه ، إلا إذا كان حق الرهن قد انقضى " . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ويكون المحو بالتأشير على هامش القيد ، مع ذكر =

٢٢٩ – مصروفات المحو : مصروفات المحو تكون في الأصل على الراهن. وقد نصت المادة ١٠٥٥ مدني على أن " مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك ". ويلاحظ أنه إذا كان القيد قد أجري بخطأ أحد ، كالدائن المرتهن، كان هو المسئول ويكون ملزماً بدفع مصروفات المحو .

وإذا بيع العقار المرهون ، ودفع المشترى الثمن إلى أرباب الديون المقيدة ، فإن مصروفات المحو تكون في هذه الحالة على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك [١] .

ويلاحظ أن مصروفات المحو ليست مضمونة بالرهن . كما ضمن الرهن مصروفات العقد والقيد والتجديد فيما أسلفنا .

٢٣٠ – إلغاء المحو بعد حصوله : قد يجد ما يستوجب إلغاء المحو بعد حصوله ، فالمحو يحصل كما قدمنا ، إما لسبب يرجع إلى الدين المضمون ، وإما لسبب يرجع للرهن وحده دون الدين ، وإما لسبب يرجع إلى القيد ذاته .

وأياً كان سبب المحو ، فقد يكون هذا السبب غير صحيح ، فيقتضى الأمر رفع دعوى بإلغاء المحو .

فقد يكون السبب أن الدين المضمون أو الرهن باطلا أو قابلا للإبطال وقد أبطل، أو أنه قد انقضى . عند ذلك ترفع دعوى بإبطال الدين المضمون أو بإبطال الرهن ، أو ترفع دعوى بانقضاء الدين أو بانقضاء الرهن ، فيحكم بذلك حكماً نهائياً . ولكن إذا رفع عن هذا الحكم نقض أو التماس إعادة النظر لا ينتظر حكم النقض أو حكم إعادة النظر ، ويبادر إلى محو القيد اختياراً أو قضاء .

وقد يكون السبب أن تقرير المحو قد صدر من ناقص الأهلية أو قد شاب عيب من عيوب الرضاء تقريره ، فيجوز للدائن الذي صدر منه التقرير بالمحو أن يحصل على حكم بإلغاء المحو ، فيلغى بموجب هذا الحكم .

ومن ذلك نرى أن هناك أسباباً متعددة لإلغاء المحو كما أن هناك أسباباً متعددة للمحو ذاته ، فإذا وجد سبب من أسباب إلغاء المحو ، حكم يصدر من محكمة النقض أو من

= السند الذي أجري بمقتضاه المحو ، ويترتب على المحو إزالة القيد نفسه ، ولكن لا يترتب عليه إزالة الرهن إذا كان باقياً ، فيجوز إجراء قيد جديد تحسب مرتبته من وقت إجرائه " . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه المادة ، والظاهر أن حذفها يرجع لأنها مجرد تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٥ في الهامش) .

(١) بودري وديّ لوان فقرة ١٨٤٨ – محمد كامل مرسي فقرة ١١٨ .

محكمة التماس إعادة النظر ، أو حكم يصدر بإبطال تقرير المحو لصدوره من غير ذي أهلية أو من شخص شاب رضاءه عيب من عيوب الرضاء ، أو غير ذلك من الأسباب ، فإنه لا بد من صدور حكم بإلغاء المحو .

٢٣١ – الدعوى القضائية بإلغاء المحو : ومتى وجد سبب لإلغاء المحو ، رفعت دعوى قضائية بإلغاء المحو .

وترفع الدعوى ، أمام محكمة العقار ، ممن يهمه إلغاء المحو . فقد يكون الدائن المرتهن الذي أرغم على محو قيده ، وبعد صدور حكم بإلغاء المحو . وقد يكون المدين ، وقد صدر حكم من محكمة النقض أو من محكمة التماس إعادة النظر بأن الدين لم ينقض أو أنه غير قابل للإبطال .

ويكون رفع دعوى بإلغاء المحو على الراهن ، لأنه هو الخصم الطبيعي في دعوى يراد بها إبقاء قيد الرهن .

فإذا تحقق القاضي من أن المحو كان على غير أساس ، حكم بإلغائه ، فيعود القيد إلى ما كان عليه منتجاً لآثاره .

٢٣٢ – الدعوى دائما ضرورية في إلغاء المحو – مصروفات الدعوى : ويلاحظ أن المحو قد يتم اختياراً أو قضاء ، أما إلغاء المحو فلا يتم إلا قضاء. ولا بد من رفع دعوى بالإلغاء ، ولا يجوز التراضي أو الرضاء بالإلغاء [١] .

يجوز للدائن الذي محي قيده ألا يلجأ إلى حكم بإلغاء المحو ، ويعمد إلى إجراء قيد جديد ، ولكن هذا القيد الجديد لا تكون مرتبته إلا من وقت إجرائه [٢] . كذلك قد يكون الراهن قد أفلس وقت عمل القيد الجديد ، أو يكون العقار المرهون قد اشتراه حائز وسجل، فلا يستطيع الدائن أن يجري القيد الجديد .

فإذا أراد الدائن المرتهن أن يستبقي قيده بالرغم من إفلاس الراهن وبالرغم من بيع العقار المرهون وتسجيل الحائز ، وأن يستبقيه بمرتبته الأصلية ، فلا مناص من دعوى إلغاء المحو .

---

(١) بيدان فقرة ٤١٦ هامش ٢ – بودري ودي لوان فقرة ١٨٩٢ .

(٢) بون فقرة ١١٠٧ – هيك ١٣ فقرة ٣٨٨ – بيدان فقرة ١٠٥٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ ص ٦٨٦ – محمد كامل مرسي فقرة ١٢٠ ص ١٨٢ .

وعندما ترفع الدعوى بإلغاء المحو ، بين الدائن المرتهن وبين الراهن ، فالقاضي يحكم بمصروفات للدعوى ، أي بمصروفات دعوى إلغاء المحو ، على من يراه من الخصمين . فقد يكون الدائن المرتهن قد ارتكب خطأ في محو القيد فيحكم عليه بالمصروفات ، وقد لا يثبت أي خطأ في جانب الدائن المرتهن فيحكم القاضي بالمصروفات على الراهن . وسواء تحمل المصروفات الدائن المرتهن أو الراهن فإنها لا تكون مضمونة بالرهن ، مثلها في ذلك مثل مصروفات المحو ، أما المصروفات التي تضمن بالرهن وفي مرتبته فهي ، كما قدمنا ، مصروفات العقد والقيد والتجديد .

٢٢٣ – إجراء إلغاء المحو – التأشير الهامشي : وإذا صدر حكم نهائي بإلغاء المحو ، فإن إلغاء المحو لا يكون بالشطب على المحو لإزالته . وإنما يكون إلغاء المحو بالتأشير على هامش المحو ذاته بأن هذا المحو قد ألغي . فإذا ما ألغي المحو ، عادت للقيد مرتبته الأصلية ، ويجب تجديده في خلال عشر سنوات من وقت إلغاء المحو [1] .

٢٢٤ – ما يترتب على الحكم بإلغاء المحو : ويترتب على الحكم بإلغاء المحو أن يعتبر المحو كأن لم يكن ، ويعود القيد وتعود له مرتبته الأصلية ويجب تجديده في المواعيد القانونية .

فيكون إذن لعودة القيد بمرتبته الأصلية ، عقب الحكم بإلغاء المحو ، أثر رجعي . ولا يكون لهذا الأثر الرجعي إلا استثناء واحد ، وسيأتي ذكره في الفقرة التالية .

فإذا فرض مثلا أن العقار قد قيدت عليه ثلاثة رهون ، الأول في أول يناير سنة ١٩٧٠ ، والثاني في أول يناير سنة ١٩٧١ ، والثالث في أول يناير سنة ١٩٧٢ ، ثم محي القيد الأول في أول يناير سنة ١٩٧٣ ، وألغي المحو في أول يناير سنة ١٩٧٤ ، عاد العقار كما كان ، عليه ثلاثة قيود بالترتيب المتقدم . ذلك أنه لما محي القيد الأول ثم ألغي المحو ، لم يتخلل المحو وإلغاء المحو قيد ، فتبقى القيود الثلاثة كما هي بترتيبها كما قدمنا .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يحتوي على نص ، هو نص المادة ١٤٧٥ ، وكان يجري على الوجه الآتي: " ١ – يكون إلغاء المحو بالتأشير به في الهامش ، إذا كان المحو قد أجري بناء على سند قضي تزويره أو بطلانه ، أو بمقتضى حكم ألغاه حكم سابق . ٢ – إذا ألغي المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ، مع عدم الإخلال بوجوب تجديد القيد طبقاً للقانون . ومع ذلك لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعي بالنسبة للقيد والتسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو وإلغائه " . وقد وافق على النص لجنة المراجعة ومجلس النواب ، بعد تعديلات لفظية ، وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفته اللجنة ، واكتفت بنص عام يجعل المرجع في إجراءات القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المرتبة على ذلك كله ، إلى الأحكام الواردة في قانون تنظيم الشهر العقاري (مجموعة الأحكام التحضيرية ٧ ص ٧٥ – ص ٧٦ في الهامش) .

وإذا فرض أن العقار المرهون كان عليه قيد في أول يناير سنة ١٩٧٠ ، وقيد آخر في أول يناير سنة ١٩٧١ ، ثم محي القيد الأول في أول يناير سنة ١٩٧٢ ، وألغي المحو في أول يناير سنة ١٩٧٣، ووقع على العقار المرهون بعد ذلك قيد جديد في أول يناير سنة ١٩٧٤، بقي العقار مثقلا بهذه القيود الثلاثة بترتيبها ، لأن القيد الثالث لم يجد بين المحو وإلغائه ، وإنما أجري بعد إلغاء محو القيد الأول ، فجاء والقيد الأول قائم يحتل المرتبة الأولى ، والقيد الثاني يحتل المرتبة الثانية ، فيحتل هو المرتبة الثالثة .

ويلاحظ أنه يجب على أصحاب القيود الثلاثة أن يراعوا مواعيد القيد ، فيجددوه في الميعاد .

٢٣٥ – مرتبة الدائن الذي محي قيده ثم ألغي المحو : وإذا تخلل المحو وإلغاءه دائن مقيد، تغير الوضع. وهذا هو الاستثناء من قاعدة الأثر الرجعي لإلغاء المحو .

فنفرض أن الدائن الأول قيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٠ ، والدائن الثاني قيد رهنه في أول يناير سنة ١٩٧١ ، ثم محي القيد الأول في أول يناير سنة ١٩٧٢ ، وقيد دائن ثالث رهنه في أول يناير سنة ١٩٧٣ والقيد الأول ممحو ، ثم ألغي المحو في أول يناير سنة ١٩٧٤ ، فماذا يكون ترتيب الدائن المرتهن الأول الذي محي قيده ثم أعيد .

يكون له ترتيبان : ترتيب بالنسبة إلى الدائن الثاني الذي قيد رهنه قبل المحو ، وترتيب بالنسبة إلى الدائن الثالث الذي تخلل المحو وإلغاء المحو . فبالنسبة إلى الدائن الثاني يبقى هو الدائن الأول ، وبالنسبة إلى الدائن الثالث يتأخر عنه لأن الدائن الثالث قد قيد رهنه وقيد الدائن الأول ممحو دون أن يلغي المحو [1] .

---

(١) فبالنسبة إلى القيود التي أجريت ما بين محو القيد الأول وإلغاء المحو ، لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعي ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٤٧٥ من المشروع التمهيدي إذ تقول كما رأينا : " ومع ذلك لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعي بالنسبة للقيود والتسجيلات التي أجريت ما بين المحو وإلغائه ". وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " على أنه لا يكون لإلغاء المحو أثر رجعي بالنسبة للقيود والتسجيلات التي أجريت ما بين المحو وإلغائه . فإذا كان (أ) دائناً بألفين وقيد رهنه في سنة ١٩٣٠. وقيد (ب) وهو دائن بثلاثة آلاف رهنه في سنة ١٩٣١ . ومحي قيد (أ) في سنة ١٩٣٢ . وقيد (ج) وهو دائن بألفين رهنه في سنة ١٩٠٠ . وألغي محو القيد في سنة ١٩٣٤ . وكان ثمن العقار المرهون أربعة آلاف ، فإن التوزيع يكون على الوجه الآتي : يعطى (ج) نصيبه باعتبار أن (ب) وحده هو الذي يتقدم عليه ، لأن إلغاء المحو في قيد (أ) ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى (ج) كما تقدم . فيكون ما يأخذه من ثمن العقار ألفا . ويوزع الباقي من الثمن ، وهو ثلاثة آلاف ، بين (أ) و (ب) باعتبار أن (أ) يتقدم على (ب) إذ أن إلغاء المحو له أثر رجعي بالنسبة لهذا الأخير . فيكون ما يأخذه (أ) هو ألفان ، وما يأخذه (ب) هو ألف " . المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٧٦ في الهامش) –

وقد نصت المادة ٤٦ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أنه " إذا ألغي المحو ، عادت مرتبته الأصلية . ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعي بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التي أجريت في الفترة ما بين المحو والإلغاء " [١] .

المبحث الثاني

استعمال حق التقدم وحق التتبع

٢٣٦ – متى يستعمل حقا التقدم والتتبع : متى قيد الدائن المرتهن رهنه ، كان له أن يواجه الغير بحقه ، فيستعمل حق التقدم وحق التتبع . فنبحث كلا من الحقين بالتتابع .

المطلب الأول

حق التقدم

٢٣٧ – ترتيب الدائنين : تنص المادة ١٠٥٦ مدني على ما يأتي :

" يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد [١] " .

= والرأي الغالب أنه ، عندما يترك الباقي من الثمن وهو ٣٠٠٠ إلى (أ) و (ب) ، يفرض أن المتقدمين لتوزيع ٤٠٠٠ فيما بينهما هما (أ) و (ب) وحدهما ، فكان (أ) يأخذ ٢٠٠٠ مقدار حقه و (ب) يأخذ الباقي وهو ٢٠٠٠ ، فيأخذ (ب) ٢٠٠٠ ، والباقي من ٣٠٠٠ وهو ١٠٠٠ يأخذه (أ) . (أنظر محمد كامل مرسي فقرة ١٢٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٩) .

أنظر ترولون فقرة ٧٤٦ مكررة – بون فقرة ١١٠٧ – هيك ١٣ فقرة ٣٨٨ – ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٠٣ – جيوار فقرة ١٤٦١ – فقرة ١٤٦٢ – بيدان فقرة ١٠٥٣ وما بعدها – بودري ودي لوان فقرة ١٨٩٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨١ هامش ٤٠ مكرر – جرانمولان فقرة ٤٢٣ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بهذا المعنى ، حتى قبل صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، بأن القانون جعل شهر الحقوق العينية عن طريق تسجيلها إعلاما لكل أحد بوجود الحق العيني الذي شهر ، بحيث يكون حجة على كل أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم وهو مقيد بالسجل ، إذ أنهم حينئذ يعتبرون قانونا عالمين به . ومن ثم فإنه إن محي قيد الحق العيني من السجل ، ثم ألغي المحو ، عادت إلى القيد مرتبته الأصلية التي كانت قبل محوه ، لكن بدون أن يكون حجة على التسجيلات التي حصلت في الفترة ما بين المحو وإلغائه (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر رقم ٣٥ ص ٣٥) – قارن محمد كامل مرسي فقرة ١٢٠ – سليمان مرقس فقرة ١١٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٣ ص ١١٤ – ض ١١٥) .

ويفهم من هذا النص أن الدائنين يرتبون على الوجه الآتي :

إذا وجد دائنون مرتنهون رهناً رسمياً (أو أصحاب حق اختصاص أو مرتهنون رهناً حيازياً على العقار أو أصحاب حقوق امتياز خاصة على عقار) ، تقدموا بحسب مرتبة كل منهم . والسابق في المرتبة هو السابق في القيد . فإذا استنفدنا هؤلاء الدائنين ، يأتي الدائنون العاديون وكلهم متساوون في المرتبة فيتزاحمون على ما يبقي من أموال المدين .

ويلاحظ أن مرتبة الدائن المرتهن (والدائنين الملحقين به) يحددها مرتبة القيـــــد (م ١٠٥٧ مدني) ، ولو كان قيد الدائنين في يوم واحد . وقد نصت المادة ٣١ من قانون تنظيم الشهر العقار على أن " يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحررات وقوائم القيد على حسب الأحوال ، بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها " .

فالأسبقية في القيد تتحدد إذن بساعة التقديم ، فمن كان أسبق في الساعة قدم على المتأخر [٢] . ولو تقدم اثنان في ساعة واحدة ، تساويا ولو كان أحدهما متأخراً بدقائق عن الآخر .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٧٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨١ — ص ٨٢) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩١/٥٦٧ : يستوفي أرباب الرهون العقارية بمطلوباتهم من ثمن العقار المرهون ، أو من مبلغ تأمينه من المدين إذا احترق ، ويكون استيفاؤهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم في يوم واحد .

(٢) وهذا بخلاف القانون الفرنسي ، حيث تتحدد الأسبقية باليوم لا بالساعة ، فيتساوى المتقدمون في يوم واحد، ولو كان أحدهم تقدم في المساء والآخر في الصباح . ومع ذلك فقد صدر قانون حديث في فرنسا سنة ١٩٥٥ ، يقرر أنه في حالة إجراء القيد في يوم واحد ، تحسب الأفضلية بتاريخ نشوء حق الرهن (سمير تناغو فقرة ٣٧ ص ١٣٩ هامش ١) .

وقد نصت المادة ٣٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أنه " إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب في شأن عقار واحد ، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقاً لأسبقية تدوينها في الدفتر المعد لذلك ، وأن تنقضي بين إعادة الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول وإعادة الطلب اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تتجاوز هذه الفترة سبعة أيام . وإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر في شأن عقار واحد ،وجب أن تنقضي بين إعادة مشروع المحرر السابق مؤشراً عليه بصلاحيته للشهر وإعادة مشروع المحرر اللاحق مؤشراً عليه بذلك فترة معادلة للفترة التي تقع بين ميعاد تدوين كل منهما ، على ألا تجاوز هذه الفترة خمسة أيام " .

وفي حق التقدم ، بعد أن بينا أن الدائن المرتهن الأسبق في الترتيب هو الذي يتقدم على الدائنين التاليين في المرتبة وعلى الدائنين العاديين ، نحصر كلامنا ، بالنسبة إلى هذا الدائن الأسبق في الترتيب ، في ثلاث مسائل :

(١) الدين المضمون ، فيما يتعلق بهذا الدائن .

(٢) المال المرهون ، فيما يتعلق بهذا الدائن أيضاً .

(٣) نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر .

§ ١ – الدين المضمون

٢٣٨ – الدين المضمون بالرهن يشمل أولا أصل الدين : نبدأ بأصل الدين . وقد قدمنا أن أصل الدين يذكر في القيد ، فإذا ذكر على حقيقته أخذ به كما ذكر. وقد يذكر أصل الدين في القيد أكثر أو أقل . فإن ذكر أكثر ، فالعبرة بأصل الدين الحقيقي ، ولا عبرة بالزيادة المذكورة في القيد . وإن ذكر أقل ، فيؤخذ بهذا الأقل المذكور في القيد، ولا عبرة بزيادة أصل الدين في الحقيقة على المذكور في القيد ، أن هذه الزيادة لم تقيد فهي إذن لم تشهر ، والعبرة بالقيد ما لم يزد على الحقيقة . وقد سبق الكلام في كل ذلك .

٢٣٩ – الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلة : الديون الشرطية هي ما أعلقت على شرط فاسخ أو شرط واقف .

فإن علقت على شرط فاسخ ، فهي ديون موجودة حقاً ولكنها تزول إذا تحقق الشرط الفاسخ . فلا يحرم الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ من الاشتراك في التوزيع بحسب مرتبة رهنه ، ومن الحصول على نصيبه في التوزيع . وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على إلزام هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه ، إذا تحقق الشرط الفاسخ [١] . وفي هذه الحالة يعاد توزيع ما رده الدائن تحت شرط فاسخ على سائر الدائنين.

وإن علق الدين على شرط واقف ، فهو دين محتمل الوجود ولكنه غير متأكد . وهذا يمنع الدائن من المطالبة بحصة عاجلة في التوزيع لأن حقه احتمالي ، فلا يجوز حرمان الدائنين التالين له في المرتبة من استيفاء حقوقهم من كل ثمن العقار . والرأي الراجح أن تقدر لهذا الدائن تحت شرط واقف حصة احتمالية هي مقدار دينه المعلق على شرط واقف ، ويتم

(١) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٥ ص ٥٦٦ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٧٦ .

التوزيع الفعلي لثمن العقار بأكمله على الدائنين التالين في المرتبة ، ولكن يلتزم هؤلاء الدائنون بتقديم تأمين يضمن الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف فيما إذا تحقق الشرط [1].

وإذا كان الدائن ناشئاً عن فتح حساب جار ، فهذا دين احتمالي مستقبل . احتمالي لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجاري ، ومستقبل لأنه أياً كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل . ففي الفترة التي يستمر خلالها قيد الحقوق والالتزامات يكون الدين المضمون بالرهن احتماليا ومستقبلا . ولا يتحقق وجوده ولا يتحدد مقداره إلا بقطع الرصيد وإقراره . ولكن يجب تحديد الدين الذي يضمنه الرهن بقدر معين أو بحد أقصى ، لا بد من ذكره في العقد وفي قائمة القيد. وكثيراً ما يحدث في العمل أن يعلق المصرف فتح الحساب الجاري على تقديم ضمان من العميل يكفل الوفاء بما قد يترتب عليه من ديون ، فإذا قدم رهناً رسمياً وأجرى قيد الرهن، حسبت مرتبته من تاريخ قيده في نطاق المبلغ المحدد في قائمة القيد ، وإذا كان الرهن يضمن الوفاء بالدين الناشئ عن الحساب الجاري خلال فترة معينة ، لمدة سنة مثلا، فلا يستطيع المصرف أن يحتج برهنه إلا في حدود المبالغ التي قد تستحق له عند انقضاء هذه السنة [2] . وإذا بيع العقار المرهون ، جاز للمصرف استيفاء حصته ، فإذا تبين فيما بعد أنه مستحق لها صرفت له ، وإلا وزعت على سائر الدائنين [3] .

وقد نصت المادة ١٠٥٧ مدني على أن " تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلا أو احتماليا " [4].

---

(١) أنسيكلوبيدي داللوز ٢ ص ٩٢١ فقرة ٢٥٦ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اتفق الطرفان فيما بعد على مد الميعاد الذي يقفل فيه الحساب أو الاعتماد ، فإن هذا الاتفاق لا ينفذ في حق الغير ، بمعنى أن الرهن لا يشمل المبالغ التي تسلمها الراهن بعد الميعاد الأصلي المتفق عليه ، ولو كانت جملة هذه المبالغ مضافة إلى ما تسلمه في الميعاد لا تجاوز الحد الأقصى المرخص فيه في العقد الأصلي (استئناف مختلط ١١ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٩) .

(٣) وهنا رأي بتوزيع ثمن العقار على الدائنين الآخرين ، مع إلزامهم بتقديم ضمان عيني يكفل الوفاء بالمبلغ التقديري المحدد في قائمة القيد لحق المصرف . وقيل بإرجاء التوزيع إذا كان التحقق من وجود الدين قريبا ، وقبل توزيع حصص الدائنين السابقين للمصرف في المرتبة . أما الدائنون المتأخرون في المرتبة عن المصرف فتبقى حصصهم في التوزيع معلقة ، حتى يتحدد مصير الدين ا لناشئ عن الحساب الجاري (بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٧٦) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٧٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن المشروع التمهيدي كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي : " وتتحدد هذه المرتبة بالرقم المتتابع للقيد . فإذا تقدم أشخاص متعددون في وقت واحد ، لقيد رهونهم ضد مدين واحد ، وعلى عقار واحد ، فيكون قيد هذه الرهون تحت رقم واحد ، ويعتبر هؤلاء الدائنون عند =

٢٤٠ – الإيراد المرتب مدى الحياة : وقد يكون الدين المضمون بالرهن إيراداً مرتباً مدى الحياة .

وقد استقر الفقه والقضاء الراجح في فرنسا على أن الدائن بهذا المرتب لا يستأثر برأس مال الأقساط العادية التي قد تستحق له ، لأن عدد هذه الأقساط غير معلوم مادام المرتب الإيراد مدى حياته لم يمت .

وقد ذهب رأي إلى وجوب حبس رأس مال معين يودع بتوجيه المحكمة ، ويستثمر استثماراً من شأنه تمكين الدائن من الحصول على مرتبة . ولكن يعاب على هذا الرأي أنه يصعب كثيراً تقدير رأس المال هذا لأن المرتب الإيراد على حياته لا يزال حياً ، ولا يعلم متى يموت .

وذلك رأي آخر ، وهو أصح من الناحية العملية ، إلى القول بأن ثمن العقار المرهون يوزع على سائر الدائنين بحسب مراتبهم ، ولكن يشترط أن الدائنين المتأخرين عن الإيراد المرتب يتعهدون متضامنين بأداء المرتب في مواعيد استحقاقه الدورية . وقد يضاف وجوب تقديم ضمان عيني يعوض الدائن المرتب ما فاته من زوال الرهن المقرر على العقار [1] .

٢٤١ – ملحقات الدين المضمونة بالرهن – نص قانوني : تنص المادة ١٠٥٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها " .

" ٢ – وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد ، فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع من أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود

= التوزيع في مرتبة واحدة " . ووافق على نص المشروع التمهيدي لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٥٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٤٣ ، وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد المقررة في قانون تنظيم الشهر العقاري ، وأصبح رقم المادة ١٠٥٧. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٢ – ص ٨٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٧٦ – شمس الدين الوكيل ٩٧ ص ٢٩٦ – ٢٩٧ .

الخاصة التي تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها. وإذا سجل أحد للدائنين تنبيه نزع الملكية ، انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل " [1] .

وقد سبق أن بينا أن هناك ديونا تلحق بأصل الدين ، يضمنها الرهن دون أن تذكر ، وهذه هي : (١) مصروفات العقد ومصروفات القيد ومصروفات التجديد . (٢) فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد المستحقة بعد ذلك من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد .

وهذه الديون (المصروفات والفوائد) يضمنها الرهن بمرتبته دون ذكر خاص ، وما عداها من ملحقات الدين ، كالعقارات بالتخصيص والفوائد قبل السنتين السابقتين على تسجيل التنبيه وكذلك أي شيء آخر يراد إدخاله في ضمان الرهن ، لا بد من ذكره ذكراً خاصاً في عقد الرهن وكذلك في القيد .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " وغني عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق الدائن ، ويكفل من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم يحفه بحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم في توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسي عليه المزاد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون ودائن لا ضمان له " [2] .

والمقصود بالفوائد التي توزع على الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن ودائن ولو كان الدائن الأخر دائناً عادياً ، هي الفوائد التي تستحق بعد يوم رسو المزاد ، والتي قد يدفعها الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة ، فإنها تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن ودائن ، ولو كان الدائن الآخر دائناً عادياً .

ونعرض بعد ذلك لصور من التزاحم مع الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٧٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٥٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٤ — ص ٩٠) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩٣/٥٦٨ : يترتب على تسجيل الرهن أن يكون الرهن تأميناً على أصل الدين وعلى فوائد سنتين إن كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ إلى وقت توزيع ثمن العقار المذكور . فإذا سجل أحد الدائنين التنبيه ، انتفع باقي الدائنين بهذا التسجيل .

(أنظر مادتين محذوفتين : مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٥ — ص ٨٩ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩١ .

٢٤٢ – التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن آخر مرتهن رهناً رسميا

رسميا : إذا تزاحم دائنان مرتهنان رهناً رسمياً ، فالعبرة بالأسبقية في القيد . والموظف المختص يذكر يوم وساعة تقديم الطلب ، فمن كان طلبه أسبق ولو بساعة يتقدم على الطالب المتأخر . فإذا قدم الاثنان طلبهما في يوم واحد وفي ساعة واحدة ، تعادلا ولا يتقدم أحدهما على الآخر ، بل يكون الاثنان في مرتبة واحدة .

على أن إذا رهن أحد الشركاء حصة شائعة أو جزءاً مفرزاً في عقار مملوك على الشيوع ، ثم انتقل هذا الرهن إلى عقار وقع في نصيب الشريك الراهن ، فإن هذا الانتقال يتم وفقاً لإجراءات معينة ، ويقتضي إجراء قيد جديد للاحتفاظ بمرتبة الرهن السابقة (م ١٠٣٩ مدني) . ولكن الاحتفاظ بهذه المرتبة بموجب هذا الإجراء لا يجوز أن يضر برهن تقرر على العقار ، وكان صادراً من جميع الشركاء . ولذلك عندما يتزاحم دائن مرتهن من شريك واحد استقر حقه على العقار الذي انتقل إليه الرهن ، والدائن المرتهن من جميع الشركاء فضل هذا الدائن المرتهن من جميع الشركاء .

وقد تقدم ذكر ذلك فيما مر .

٢٤٣ – التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن له حق امتياز عام

عام : المفروض هنا أنه يوجد دائن مرتهن رهناً رسمياً على عقار ، ويتزاحم معه دائن آخر غير مرتهن ولكن له امتياز عام .

وقد نصت المادة ٢/١١٣٤ مدني على أن " حقوق الامتياز العامة ، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها الشهر ، ولا يثبت فيها حق التتبع . ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتيازي آخر أو أي حق رهن رسمي ، مهما كان تاريخ قيده ".

وجاء أيضاً في المادة ٢/١١٣٨ مدني ، بالنسبة إلى امتياز المصروفات القضائية ، أن " تستوفى هذه المبالغ قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي " .

وجاء في المادة ٢/١١٣٩ مدني ، بالنسبة إلى المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، "تستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي ، عدا المصروفات القضائية " .

ويستفاد من كل هذه النصوص أن الدائن المزود بحق امتياز عام ، وهو لا يشهر ، يفضل على الدائن المرتهن رهناً رسمياً أياً كان تاريخ قيده .

٢٤٤ – التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن مزود بتأمين عقاري خاص

عقاري خاص : والدائن المزود بتأمين عقاري خاص مثله دائن مرتهن رهناً حيازياً ، ودائن تقرر له حق اختصاص ، ودائن مزود بامتياز عقاري خاص .

تكون الأفضلية هنا للدائن الأسبق في القيد ، فإذا كان هو الدائن المرتهن رهناً رسمياً تقدم عليهم جميعاً ، وإلا تقدم من الدائنين الآخرين من كان أسبق في القيد .

وهناك استثناءات ثلاثة :

(١) نصت المادة ١١٤٨ مدني على أن " ١ – المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ٢ – ويجب أن يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد " .

ولكن نصت المادة ١١٣٦ مدني على أن " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك . مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ " .

(٢) نصت المادة ١٠٤٩ مدني على أن " للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله 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 "

وهذا الامتياز يتقدم على حق الدائن المرتهن من شريك على الشيوع ، إذا انتقل الرهن بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير التي رهنت أصلا [١] .

(٣) ويتعلق هذا الاستثناء بحق الاختصاص من دائن يعلم أن المدين رهن العقار ، المأخوذ عليه حق اختصاص ، من قبل لدائن آخر . هنا تثبت الأولوية للدائن المرتهن حتى لو كان الاختصاص مقيداً في تاريخ سابق على قيد الرهن ، مادام صاحب الاختصاص كان على علم بسبق تقرير الرهن [٢] .

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٣ ص ٣٠٥ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٣ ص ٣٠٥ .

§ ٢ – المال المرهون

٢٤٥ – المال الذي حل محل العقار المرهون : رأينا أن المادة ١٠٥٦ مدني تنص على أنه " يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار ... " .

ونصت المادة ١٠٤٩ مدني على أنه " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقدر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة " .

فالدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون فحسب ، بل أيضاً يستوفيه من المال الذي حل محل العقار المرهون [1] . ذلك أن هذا الحق يتعلق بالقيمة الاقتصادية للعقار المرهون ، وهذه القيمة الاقتصادية تتمثل في قيمة المال الذي حل محل العقار المرهون .

والصورة المألوفة لتحويل العقار المرهون إلى مقابل نقدي هي بيعه بيعاً جبرياً ، واستيفاء الحق من الثمن الذي رسا به المزاد . والبيع طريقة لتقويم العقار بمبلغ من النقود، وتوجد طرق أخرى كمبلغ التعويض وعوض التأمين وما يستحق من نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة .

ونقتصر هنا على استعراض هذه الحالات الثلاث : مبلغ التعويض ، وعوض التأمين ، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

٢٤٦ – مبلغ التعويض : نفرض هنا أن العقار المرهون قد هلك أو تلف بخطأ الغير ، فيكون على الغير أن يدفع مبلغ التعويض . وقد حل مبلغ التعويض هذا محل العقار المرهون ، فينتقل إليه حق الرهن ، ويباشر عليه حق التقدم الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

---

(١) وهذا الحكم أيضاً ينطبق على حق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز . جاء في المادة ١٠٩٥ مدني ، بالنسبة إلى حق الاختصاص ، أنه يسري عليه ما يتضمنه الرهن الرسمي من أحكام . ونصت المادة ٧٧٠ مدني على أنه " إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازي أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين " . ونصت المادة ٢/١١٠٢ مدني على أنه " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق " . ونصت المادة ١١٣٥ مدني على أنه " يسري على الامتياز ما يسري على حق الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه " .

ويجب على الدائن المرتهن الذي يرغب في المحافظة على حقه أن يبادر ، فور هلاك العقار المرهون أو تلفه ، إلى إخطار المسئول عن هذا الهلاك أو التلف بالامتناع عن أداء التعويض إلى الراهن ، لأن العقار الهالك أو التالف مرهون .

ويجوز للدائن المرتهن أن يبادر إلى حجز ما للمدين لدى الغير ، والغير هنا هو المسئول عن الهلاك أو اتلف ، والمدين هو صاحب العقار المرهون . ومن ثم يلجأ الدائن المرتهن إلى حجز ما لصاحب العقار المرهون وهو المدين ، لدى المسئول عن التلف أو الهلاك وهو الغير، من تعويض مستحق بسب التلف أو الهلاك .

٢٤٧ – عوض التأمين : والمفروض هنا أن العقار المرهون كان مؤمناً عليه، فاحترق مثلا ، فاستحق عوض التأمين .

وقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى أن شركة التأمين لا تؤدي عوض التأمين ، بل تحتفظ به لأن الرهن قد شهر بالقيد . وقد يقال هنا إن شهر الرهن لم يشرع لإخطار الناس كافة بوجود الرهن ، بل شرع لصالح من يتعاملون مع الراهن في العقار المرهون ، فيحكم التزاحم بينهم قاعدة الأسبقية في الشهر .

واتجه الفقه الغالب في فرنسا إلى القول بأن على الدائن المرتهن ، إذا ما هلك العقار أو تلف ، أن يبادر إلى إخطار شركة التأمين بوجود رهنه . وإخطار الشركة في الوقت المناسب يمنعها من دفع عوض التأمين إلى صاحب العقار المرهون ، والتربص به حتى يسوى الخلاف بين الراهن والدائن المرتهن ، أو حتى يستوفي الدائن المرتهن مطلوبة من شركة التأمين .

ولكن المادة ٢/٧٧٠ مدني مصر تنص ، كما رأينا ، على أنه " إذا شهرت هذه الحقوق (التأمينات العينية التبعية) أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه ، فلا يجوز له أن يدفع ما في ذمته له إلا برضاء الدائنين " . ومعنى ذلك أنه يكفي شهر حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، وكل دائن آخر له حق عيني تبعي عقاري ، لوقف شركة التأمين عن دفع ما في ذمتها لصاحب العقار المرهون ، إلا برضاء الدائن المرتهن رهناً رسمياً أو غيره من الدائنين ذوي الحقوق العينية التبعية العقارية . فيجب إذن الاكتفاء بشهر حق الرهن الرسمي ، وعلى شركة التأمين أن تعرف ذلك من الرجوع إلى دفاتر الشهر ، وهذا هو الرأي الأول .

٢٤٨ – مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة : تكفل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ببيان طرق حماية أصحاب الحقوق العينية التبعية . فنصت المادة (٥) من هذا القانون على ما يأتي : " يكون حصر وتحديد العقارات والمنشآت التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب الجهة القائمة

بإجراءات نزع الملكية ومن أحد رجال الإدارة المحلية ومن الصراف. ويسبق عملية الحصر المذكور إعلان بالموعد الذي يعين للقيام بها ، يلصق في المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية وفي مقر العمدة ، كما يخطر ذوو الشأن بالموعد المذكور بخطاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول ، وعلى جميع الملاك وأصحاب الحقوق الحضور أمام اللجنة المذكورة في موقع المشروع للإرشاد عن ممتلكاتهم وحقوقهم .

وتحرر اللجنة محضراً تبين فيه هذه الممتلكات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق ومحال إقامتهم من واقع الإرشاد في موقعها ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفاتر المكلفات والمراجع الأخرى .

وأوجبت المادة ٣ من القانون المذكور نشر القرار المقرر للمنفعة مع صورة من المذكرة المشار إليها في المادة (٢) من هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويلصق في المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية ، وفي مقر العمدة أو الشرطة ، وفي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار .

وأجازت المادة (٨) من هذا القانون لذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف المنصوص عليها في المادة السابقة حق الاعتراض على البيانات الواردة بهذه الكشوف . ويقدم الاعتراض إلى المقر الرئيسي للجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إلى المديرية أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الكائن في دائرتها العقار ، وإذا كان الاعتراض متعلقاً بحق على العين الواردة في الكشوف المشار إليها وجب أن يرفق به جميع المستندات المؤيدة له ، وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض وأرقامها وذلك خلال التسعين يوماً التالية لتقديم الاعتراض ، وإلا أعتبر كأن لم يكن ، وللجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية — عند اللزوم — أن تطلب من ذوي الشأن تقديم مستندات أخرى مكملة ، وعليها أن تبين لهم هذه المستندات كتابة ودفعة واحدة ، وتحدد لهم ميعاداً مناسباً لتقديمها .

ولذوي الشأن الحق في الطعن على القرار الذي يصدر في الاعتراض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار ويرفع الطعن بالطرق المبينة في قانون المرافعات خلال ستين يوماً من تاريخ إعلانهم القرار .

وأجازت المادة (٩) من القانون لكل من الجهة طالبة نزع الملكية وذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال أربعة أشهر من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف المنصوص عليها في المادة (٧) من هذا القانون الحق في الطعن على تقدير التعويض الوارد بكشوف العرض أمام المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقارات والمنشآت ، ويرفع الطعن وفقاً

للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات ، وتنعقد الخصومة في هذا الطعن بين الجهة طالبة نزع الملكية وذوي الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق فقط ، وينظر هذا الطعن على وجه السرعة .

وتقضي المادة (١٣) من القانون بأنه " لا يحول الطعن في تقدير التعويض على النحو الوارد بالمادة (٩) من هذا القانون دون حصول ذوي الشأن من الجهة طالبة بنزع الملكية على المبالغ المقدرة بمعرفة اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦) من هذا القانون ، كما لا يحول استئنافهم الأحكام الصادرة في هذه الطعون من المحكمة الابتدائية دون حصولهم من تلك الجهة على التعويضات المقضي بها ابتدائياً وإذا تعذر الدفع لأي سبب كان ، ظلت المبالغ مودعة بأمانات هذه الجهة مع إخطار ذوي الشأن بذلك بكتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول . ويكون دفع التعويض لذوي الشأن أو إيداعه بأمانات الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية أو إخطار ذوي الشأن بتعذر الدفع ، مبرئاً لذمة الجهة طالبة نزع الملكية من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع المنصوص عليه في المادة (١٤) من هذا القانون .

ويستفاد مما تقدم أن القانون كفل للدائن المرتهن الوسيلة لمنع الراهن من استيفاء التعويض المستحق له ، بأن مكن الدائن من العلم بأمر نزع الملكية ، وذلك بالإعلان عن الكشف الذي يتضمن بيان العقار وتقدير التعويض . وعلى الدائن ، للمحافظة على حقه، أن يتقدم بما يثبت وجود هذا الحق ، للجهة الحكومية التي تقوم بنزع الملكية . وعلى الجهة الحكومية المذكورة أن تمتنع عن أداء التعويض للراهن ، وتحتفظ به في خزانة مخصصة لذلك ، لحساب أصحاب الحقوق المقيدة .

٢٤٩ – ثمن العقار وملحقاته : فحق الدائن المرتهن رهناً رسمياً يمتد إلى ما حل محل العقار من مال ، كما رأينا .

وهو قبل كل شيء يتركز في ثمن العقار وملحقاته ، والملحقات تتناول بصفة خاصة حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والإنشاءات والتحسينات دون حاجة للنص على ذلك في عقد الرهن . وإذا أراد الراهن إخراج هذه الملحقات ، وجب الاتفاق على ذلك صراحة [١] .

ويلحق بالعقار المرهون أيضاً ما يغله من ثمار عن المدة التي أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار .

---

(١) نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ ص ٤٢٠ .

وقد يعترض حق الدائن ، وهو في سبيل التنفيذ على العقارات بالتخصيص باعتبارها من ملحقات العقار ، وجود امتياز بائع المنقول الذي كسب صفة العقار باعتباره عقاراً بالتخصيص ، وهو امتياز يضمن الوفاء بثمنه .

٢٥٠ – التزاحم بين حق الدائن المرتهن وحق امتياز بائع المنقول الملحق بالعقار المرهون باعتباره عقاراً بالتخصيص : نفرض هنا أن شخصاً اشترى منقولا و لم يدفع ثمنه ، ثم خصص المنقول لخدمة عقار ، فأصبح عقاراً بالتخصيص . ثم رهن العقار رهناً رسمياً ، فأصبح المنقول مثقلا بحقين عينين ، حق امتياز بائعه بالثمن باعتبار أن مشترى المنقول لم يدفع ثمنه ، وحق الدائن المرتهن رهناً رسمياً وقد امتد المنقول باعتباره قد أصبح عقاراً بالتخصيص وألحق بالعقار المرهون . فمَن من الدائنين يسبق الآخر ، بائع المنقول بالثمن الذي لم يدفع ، أو المرتهن رهناً رسمياً باعتباره مرتهناً للمنقول على أساس أنه أصبح عقاراً بالتخصيص ؟ .

اتجه جانب من الفقه إلى أن بائع المنقول لا يتأثر امتيازه بحق الدائن المرتهن ، لأن كسب المنقول لصفة العقار هو مجرد افتراض قانوني لا يصح أن يضر ببائع المنقول ، وليس في نصوص القانون ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن عليه [١] .

ويذهب جمهور الشراح إلى تفضيل الدائن المرتهن للعقار على بائع المنقول [٢] .

وقد نصت المادة ١١٤٥ مدني على أن " ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع . ويبقى الالتزام قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية " .

---

(١) جوسران ٢ فقرة ١٨٦٠ – ويقول لتدعيم رأيه بأن بائع المنقول ليس له من ضمان حتى سوى المنقول المبيع، في حين أن حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً يكفله العقار الأصلي المرهون ، والعقار بالتخصيص ليس إلا مالا إضافياً – أنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٩ وفقرة ٦٢٤ ص ٧٥٠ – ص ٧٥٢ : ويقول إن المادة ١/١١٤٥ مدني صريحة في أن امتياز بائع المنقول يبقى قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، والشيء لا يفقد ذاتيته بمجرد أن يصير عقاراً بالتخصيص : فقرة ٦٢٤ ص ٧٥٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ١٩٣ – بيدان وفواران ١٣ فقرة ٥١٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٣٧٣ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٥٤٧ – أنسكيلوبيدي داللوز ٤ ص ٢٤٨ فقرة ١٥٧ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٧٩– سليمان مرقس فقرة ٣٧٩ ص ٦١٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٩٢.

وقد جاء في المادة ٢٠ من قانون الرهن البلجيكي ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن ، وذلك حماية للائتمان العقاري (رينيه ديكرز : الموجز في القانون المدني البلجيكي ١٩٥٥ جزء ٢ فقرة ١٥٢٩ ص ٨٩٢) .

فامتياز بائع المنقول يزول إذا اصطدم بحق كسبه الغير بحسن نية ، أي كسبه الغير دون أن يعلم باعتدائه على امتياز بائع المنقول ، وذلك دعماً للائتمان العقاري .

فإذا كان هناك دائن مرتهن رهناً رسمياً حسن النية زاحم شخصاً آخر قيد القانون حقه بألاّ يصطدم مع حسن نية شخص كسب حقه على نفس المال ، فلا شك في أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً هو الذي يفضل مادام حسن النية ، أي لا يعلم أنه يعتدي على امتياز البائع .

لذلك تكون الأفضلية في الفرض الذي نحن بصدده للدائن المرتهن رهناً رسمياً على بائع المنقول ، إلى أن يثبت بائع المنقول أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً كان يعلم وقت أن ارتهن أن رهنه يهدر حق بائع المنقول [1] .

ويجب عدم التفريق ، في تخصيص المنقول لخدمة العقار ، بين ما إذا كان هذا التخصيص قد تقرر قبل تقرير الرهن أو في تاريخ لاحق عليه ، فإن هذا التاريخ لا يمس حسن نية الدائن المرتهن [2] .

٢٥١ – تنفيذ الدائن المرتهن رهناً رسمياً على العقار المرهون المملوك للكفيل العيني : وفي كل ما قدمناه ، ينفذ الدائن المرتهن رهناً رسمياً على العقار المرهون المملوك للمدين ، وعلى المال الذي حل محل هذا العقار . بقي أن الدائن المرتهن قد لا ينفذ

---

(١) وقد كانت المادة ٢/١٤٤٣ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " لا أثر للرهن في الحقوق التي كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن ، على ملحقات العين المرهونة " .

وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " إن الرهن الذي يمتد إلى الملحقات لا يؤثر في حقوق الغير . فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشي لم يدفع ثمنها ، وخصصها لخدمة الأرض ، فإن الرهن يشملها ، ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشي " .

وقد تليت هذه المادة على لجنة المراجعة ، فحذفت هذه الفقرة الثانية ، وقد نصت على عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين .

فيظهر مما تقدم أن إرادة المشرع انصرفت في البداية إلى حماية كل من كسب حقاً على ملحقات العقار قبل رهنه ، مثل بائع المنقول . ثم عدل عن هذا الاتجاه صراحة ، فعدل الحكم ، ولم يحم إلا امتياز المقاول والمهندس المعماري بالنسبة إلى المبالغ المستحقة عن التحسينات والإنشاءات .

(٢) ويلاحظ أن بائع المنقول يستطيع أن يتخلص من هذا التزاحم . فما عليه إلا أن يخطر الدائن المرتهن ، قبل أن يأخذ هذا الدائن حق الرهن ، بأنه لم يستوف الثمن وأن امتيازه لا يزال قائماً . فمثل هذا الإجراء ينفي عن الدائن المرتهن حسن النية ، فيتقدم عليه بائع المنقول .

أنظر في هذا الموضوع بيدان وفواران ١٣ فقرة ٥١٢ – حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية ١ ص ٩٥ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٧٩ – سليمان مرقس فقرة ٣٧٩ ص ٦١٧ – شمس الدين الوكيل فقرة ٩٢ .

على عقار المدين أو المال الذي حل محل هذا العقار ، ولكن ينفذ على العقار المرهون المملوك للكفيل العيني ، بفرض أن مالك العقار المرهون هو غير المدين .

وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدني على أنه " إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .

ويستفاد من هذا النص أن الكفيل العيني تتركز مسئوليته عن الدين المضمون في حدود العقار المرهون . وإذا شرع الدائن في إيرادات التنفيذ على العقار المرهون ، فلا يحق للكفيل العيني أن يرده عن ذلك بحجة وجوب التنفيذ على أموال المدين أولا ، لأن الدفع بالتجريد غير جائز للكفيل العيني ، بخلاف الكفيل الشخصي غير المتضامن فله أن يدفع بالتجريد بإرشاد الدائن إلى وجود أموال لدين المدين لا بد من البدء بالتنفيذ عليها [1] .

فالواجب إذن اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، ضد الكفيل العيني لا ضد المدين ، واعتبار الكفيل العيني هو المدين في حدود عقاره المرهون كما هي حقيقة الأمر .

ويلاحظ في هذا الشأن أن الكفيل العيني ليس له أن يتخذ إجراءات التطهير ، لأنه مدين في حدود قيمة العقار المرهون ، أما الحائز للعقار فيتخذ إجراءات التطهير كما سنرى لأنه غير مدين .

---

(١) وقد نصت المادة ٤٠١ من تقنين المرافعات على أن " يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه أو لموطنه ... فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء للمادة ٢٨١ " .

وجاء في المذكرة الإيضاحية : " استحدث المشروع الحكم الوارد في الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠١ منه لمعالجة حالة التنفيذ على عقار الكفيل العيني التي لم يورد القانون القائم تنظيماً لها — ولم ير المشروع الأخذ بما ذهبت إليه بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الإيطالي (م ٦٠٢ — ٦٠٤) من تطبيق قواعد التنفيذ في مواجهة حائز العقار على حالة الكفيل العيني ، ذلك أن حائز العقار قد انتقلت إليه ملكية العقار من المدين ، أما عقار الكفيل العيني فلم يكن قط مملوكا للمدين ، فمن العبث تسجيل تنبيه نزع الملكية باسم المدين إذ لا علاقة للمدين به ولا يتصور أن يتعامل فيه مع أحد . ومن ناحية أخرى ، فإن حماية الغير تقتضي ألاّ يكون العقار محجوزاً إلاّ بإجراء يشهر باسم الكفيل العيني . ذلك أن لو سجل التنبيه باسم المدين واعتبر العقار بهذا محجوزاً ، فإن الغير قد يشترى العقار من الكفيل العيني ، دون أن يكون في استطاعته أن يعلم بسبق الحجز عليه . لهذا رؤى أن يكون التنفيذ بتنبيه نزع الملكية وتسجيل التنبيه باسم الكفيل العيني . وبهذا التسجيل ، وليس بإجراء قبله أياً كان ، تترتب آثار الحجز . وعلى أنه يجب تكليف المدين قبل هذا الوفاء ، لأنه هو المسئول شخصياً عن الدين " .

٢٥٢ – حق المرتهن يشمل عدة عقارات – مبدأ عدم تجزئة الرهن:

والمفروض هنا أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً له رهن رسمي على عدة عقارات ، وعلى هذه العقارات رهون تالية لدائنين آخرين . وقد بيعت هذه العقارات ، ويراد توزيع ثمنها على الدائنين .

ومبدأ عدم تجزئة الرهن يبيح للدائن المرتهن الأول أن يتقدم في التوزيع في ثمن عقار منها بكامل حقه المضمون ، ولا يجوز للدائنين الآخرين أن يجبروه على استعمال حقه على عقار دون عقار ، ولا أن يقصر تقدمه في توزيع على جزء من حقه [١] .

ولكن هذا لا يمنع الدائن المرتهن أن يجزئ من تلقاء نفسه ، وأن يتقدم في التوزيع ببعض المستحق له إذا كان التوزيع وارد على ثمن بعض العقارات المرهونة ، مع حفظ ما يبقى مما يستحق له بالنسبة إلى ثمن الباقي من العقارات .

فالدائن صاحب الرهن على العقارات المتعددة ، بما فيها العقار الجاري توزيع ثمنه، يكون له الخيار ، إن شاء تقدم في التوزيع بكامل حقه ، وإن شاء تقدم ببعض هذا الحق واحتفظ بالباقي على العقارات الأخرى ، وإن شاء نزل عن حقه في هذا التوزيع واكتفى باستعمال حقه على العقارات الأخرى [٢] .

أما إذا كان التوزيع وارداً على ثمن جميع العقارات ، فلا يحول مبدأ عدم تجزئة الرهن دون إجبار الدائن على تقسيم حقه بنسبة العقارات المختلفة ، فيدخل في قائمة توزيع ثمن عقار بجزء من دينه يساوى النسبة بين هذا العقار ومجموع العقارات الأخرى المرهونة له ، إذ أن الدائن سيستوفي حقه كاملا من جملة هذه التوزيعات ، وهو لن يضطر إلى اتخاذ إجراءات متعددة مادامت الإجراءات قد تمت ولم يبق منها إلا توزيع الثمن ، فلا مصلحة له في أن يتمسك بحقه كاملا على أحد العقارات دون الباقي [٣] .

٢٥٣ – إساءة الدائن المرتهن رهناً رسمياً لاستعمال حقه في التقدم :

وقد رأينا فيما تقدم أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً الذي يشمل رهنه عدة عقارات ، يكون له خيار التنفيذ بكامل حقه على عقار من هذه العقارات أو على بعضها أو عليها جميعاً . وقد

---

(١) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٣ – ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦١ .

(٣) أنظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ١٢٦ .

يترتب على اختياره إلحاق ضرر ببعض الدائنين الآخرين ، فوجب ألاَّ يتوخى في اختياره إلحاق ضرر بدائن معين إيثاراً لدائن آخر متأخـــر في الترتيب [١] .

على أنه يجب التأني طويلا قبل القول بأن الدائن قد تعسف في استعمال حقه ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر مسيئاً لاستعمال حقه الدائن المرتهن الذي يبدأ بالتنفيذ على ما هو باقي في ذمة الراهن من الأموال المرهونة ، ويترك الأموال التي حصل التصرف فيها للتنفيذ عليها فيما بعد في يد حائزها إذا لم يوف التنفيـــذ الأول بجميـــع حقوقه [٢] .

ومع ذلك يظهر أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً قد أساء استعمال حقه إذا كان له رهن بألف جنيه على العقارين (أ) و (ب) وقيمة كل منهما ألف جنيه . وارتهن دائن ثان بعد ذلك العقارين (أ) و (ب) على ألف جنيه وارتهن دائن ثالث العقار (أ) على ألف جنيه وهو في مرتبة واحدة مع الدائن الثاني . ثم نفذ الدائن الأول بدينه على العقار (أ) وحده ، فاستوفى منه حقه ولم يترك شيئاً للدائن الثالث . واستوفى الدائن الثاني كل حقه من العقار (ب) , فإذا أثبت الدائن الثالث أن الدائن الأول لم تكن له أية مصلحة في اختيار العقار (أ) بل إنه عمد إلى ذلك بقصد الإضرار بالدائن الثالث لمصلحة الدائن الثاني ، جازت مطالبة الدائن الأول بتعويض هذا الضرر . إذ كان يستطيع الدائن الأول أن ينفذ على العقارات ، فيصل إلى كل حقه ، ويبقى العقار (أ) للدائنين المرتهنين الثاني والثالث وهما في مرتبة واحدة ، فينال كل منهما من ثمن العقار (أ) ٥٠٠ جنيه [٣] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا نزل الدائن المرتهن عن حق الرهن على بعض العقارات المرهونة له وباشر هذا الحق على بعض آخر آلت ملكيته إلى حائز ، فليس الحائز أن يدفع الإجراءات المواجهة ضده بحجة أن الدائن قد أضاع التأمينات الأخرى التي كان يحق للحائز أن يحل فيها محل الدائن المرتهن ، ما لم يثبت أن نزول الدائن عن بعض الرهن كان نتيجة تدليس منه أو حصل بقصد الإضرار بالحائز (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨) .

(٢) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٩ .

(٣) وقد كان مشروع التقنين المدني يتضمن نصاً هو نص المادة ١٤٨٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " لا يجوز لدائن له رهن على عدة عقارات أن يتنازل عن رهنه على أحد هذه العقارات ، أو أن يمتنع باختياره عن الدخول في إجراءات التوزيع الخاصة بهذا العقار ، بقصد إيثار دائن على دائن آخر سابق في المرتبة ، وإلا حق عليه التعويض . ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان التنازل أو الامتناع عن الدخول في إجراءات التوزيع مقصوداً به إيثار حائز على دائن له رهن سابق في القيد ، أو إيثار حائز على حائز آخر سابق في التسجيل ". وحتى يكون هذا النص منطقياً على المثل الذي أوردناه ، ندخل على هذا المثل التعديل الآتي : نفرض أن الدائن الثالث هو الدائن الثاني ، وقد أخذ رهناً على العقار (أ) فقط كان فيه هو الدائن الثاني ، في حين أن الدائن الثالث الذي بعده أخذ رهناً على العقار (أ) ورهناً على العقار (ب) . حينئذ يكون الدائن الثاني =

§ ٣ – نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر

٢٥٤ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٥٩ مدني على ما يأتي :

" للدائن المرتهن أن يتزل 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 قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة " [1] .

= سابقاً على الدائن الثالث في العقار (أ) . فيأتي الدائن المرتهن الأول ويستوفي حقه في العقار (أ) وحده، فيأخذه كله ، ولا يبقى شيئاً للدائنين الثاني والثالث . فحينئذ لا يستطيع الدائن الثاني ، وهو أسبق من الدائن الثالث على العقار (أ) أن يأخذ شيئاً ، لأنه لم يكن مرتهناً إلاّ العقار (أ) . ويأتي للدائن الثالث ، وهو متأخر في الترتيب عن الدائن الثاني في العقار (أ) فيجد العقار (ب) الذي ارتهنه ، وقد أصبح فيه الدائن الأول بعد أن استوفى الدائن الأول كل حقه في العقار (أ) ، فيستوفي منه كل حقه . وبذلك يستوفي الدائنان الأول والثالث كل منهما حقه ، ويضيع الدائن الثاني فلا يأخذ شيئاً مع أنه أسبق في الترتيب على العقار (أ) من الدائن الثالث . فلو استوفى الدائن الأول كل حقه من العقار (ب) بدلا من العقار (أ) ، لترك العقار (أ) للدائنين الثاني والثالث ، فيتقدم الثاني على الثالث ويستوفي كل حقه ، ولا يأخذ الدائن الثالث شيئاً . وكان هذا طبيعياً ، وأكثر اتفاقاً مع موقف الدائنين للثلاثة . ولكن لما اختار الدائن الأول العقار (أ) ليأخذ منه كل حقه دون سبب ظاهر، أضاع الدائن الثاني ، فيعتبر اختيار الدائن الأول للعقار (أ) دون العقار (ب) من غير سبب ظاهر ، تعسفاً من الدائن الأول في استعمال حقه .

ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت المادة ١٤٨٠ ، اكتفاء بالقواعد العامة . ويمكن تطبيق القواعد العامة ، بما في ذلك قاعدة التعسف في استعمال الحق ، للوصول إلى هذه النتيجة (أنظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ١٢٧ ص ٢٠١) .

وقد نصت المادة ١٤٨١ من المشروع التمهيدي على ما يأتي : " ١ – إذا كان الدائن المرتهن لم يتمكن من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، بسبب أن هذا الثمن قد دفع لدائن مرتهن يسبق في المرتبة ، ولكن رهنه يشمل عقارات أخرى ، فإن الدائن الذي لم يتمكن من استيفاء حقه يحل في الرهن على هذه العقارات الأخرى محل الدائن الذي دفع له الثمن . وعليه أن يؤشر بهذا الحلول ليتمكن من مباشرة دعوة الرهن ، متقدما بمرتبة رهنه الأول على الدائنين نفس الحق إذا هم لم يستطيعوا أيضاً استيفاء حقوقهم بسبب هذا الحلول . ٢ – ومع ذلك لا يجوز استعمال حق الحلول على عقار تصرف فيه المدين في تاريخ سابق على قيد رهن الدائن الذي لم يتمكن من استيفاء حقه ، أو على عقار رهنه شخص آخر غير المدين " . غير أن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه المادة " لتفادي الصعوبات العملية التي تعرض في تطبيق أحكامها ، وترك الأمر للقواعد العامة " . ووافق مجلس الشيوخ على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٨٦ – ص ٨٩ في الهامش) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٧ ؛ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٠ – ص ٩٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " أجاز هذا النص نزول الدائن المرتهن ، عن الرهن ذاته كما في الحلول الشخصي ، بل عن مرتبة الرهن إلى دائن آخر تال في المرتبة ، فيصبح كل منهما في مرتبة الآخر ، وذلك بقيدين : (١) أن الدائن الذي يحل في المرتبة لا يحل في حق أكبر من الحق الذي كانت له هذه المرتبة وهذا بديهي . (٢) أن تقبل ضد الدائن الذي حل في المرتبة كل الدفوع التي كانت تقبل ضد الدائن الذي كانت له هذه المرتبة ، إلاَّ إذا كان الدفع متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن في تاريخ لاحق للنزول عن المرتبة . وهذا أيضاً ظاهر " (١) .

ونبحث هنا : (١) الفرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته . (٢) لماذا ينزل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه . (٣) شروط النزول عن مرتبة الرهن .

٢٥٥ ـ الفرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته : هناك فرق بين النزول عن الرهن ذاته والنزول عن مرتبته فقط .

والنزول عن الرهن ذاته هو الغالب في العمل . وينزل الدائن المرتهن رهناً رسمياً عن الرهن ذاته عادة عن طريق حوالة الحق المضمون بالرهن ، فيترتب على حواله هذا الحق أن ينتقل الحق إلى المحال له ، وينتقل معه الرهن ذاته الذي يضمن هذا الحق ، فيستفيد المحال له من الرهن بمرتبته (م ٣٠٧ مدني) .

كذلك يجوز النزول عن الرهن ذاته عن طريق الوفاء مع الحلول ، فيحل الموفى محل الدائن المرتهن رهناً رسمياً فيما له من رهن بنفس المرتبة .

وحتى يستفيد المحال له أو الموفى من مرتبة الرهن ، يجب أن يؤشر بالحوالة أو الحلول على هامش القيد الأصلي للرهن . وقد نصت المادة ٢/١٠٥٣ مدني ، في هذا الصدد ، على ما يأتي : " لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي " .

أما النزول عن مرتبة الرهن ، فهو دون ذلك . ذلك أن الدائن المرتهن رهناً رسمياً لا ينزل عن الرهن ذاته ، بل ينزل عن مرتبته فقط . فإذا كان هو الدائن الأول ، ونزل عن مرتبة الرهن إلى الدائن المرتهن الثالث ، لم يحرم الدائن الأول من حق رهنه ، ولكنه يصبح الدائن الثالث بعد أن كان الدائن الأول ، ويصبح الدائن الثالث هو الدائن الأول .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩١ .

ويصح النزول عن المرتبة ، لا في الرهن الرسمي فحسب ، بل في حق الاختصاص وفي حق الرهن الحيازي وفي حقوق الامتياز ، كما يشعر به نص المادة ٢/١٠٥٣ إذا تقول في آخرها " التنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر " ، وتقول في أولها " حق مضـــمون يتبين " (١) .

٢٥٦ – لماذا يتزل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه : والدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يتزل عادة عن مرتبة رهنه ، إلا إذا كان هناك سبب يدعوه للتزول عن هذه المرتبة والاكتفاء بمرتبة أقل .

(١) فهو لا يتزل عن مرتبته على سبيل التبرع ، دون أن يتقاضى عوضاً . ويتحقق ذلك في حالتين على الأقل . الحالة الأولى ، إذا كان له تأمين آخر غير العقار المرهون يعتمد عليه ، ويفي بحقه ، فهو في هذه الحالة لا تعنيه مرتبة حقه على العقار المرهون ، بل ولا يعنيه الرهن الذي له على العقار المرهون ، إذ هو يعتمد على التأمين الآخر الذي يفي بحقه كاملا. والحالة الثانية ، إذا كان واثقاً بأن العقار المرهون يفي بجميع الديون المقيدة لغاية الرهن الذي نزل الدائن المرتهن إلى مرتبته ، ويكون هذا الوثوق غير كامل عند الدائن المتنازل لمصلحته ولذلك يعمد هذا الدائن إلى الحصول على مرتبة أعلى .

(٢) وقد يتزل الدائن المرتهن رهناً رسمياً عن مرتبته معاوضة ، فيتقاضى من الدائن المتنازل لمصلحته نظيراً لهذا التنازل . وقد يكون الدافع للدائن المتنازل وثوقه من كفاية العقار المرهون لجميع الديون المرتبة عليه . وقد يكون الدافع أمكان الدائن المتنازل الطعن في الديون التي تتخلل دينه ودين المتنازل له وإسقاطها جميعاً ، فإذا هو فعل لم يكد يخسر شيئاً بتنازله . وقد يكون الدافع له على التنازل كونه معتمداً على تأمين آخر ، كرهن آخر مقرر له على عقار ويفي بكل مطلوبة .

٢٥٧ – شروط التزول عن مرتبة الرهن : وهناك شرطان للتزول عن مرتبة الرهن ، ذكرهما المادة ١٠٤٩ مدني ، وهما :

(١) التزول عن مرتبة حق الرهن يكون في حدود حق المتنازل .

(٢) جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التي كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل، إلا الدفع بانقضاء حق المتنازل لسبب لاحق للتزول عن مرتبة الرهن .

---

(١) أنظر عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٨٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٦ ص ١٦٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١٢٣ .

وهناك شرط ثالث يستخلص من نظرية التعسف في استعمال الحق ، وهو :

(٣) إلاَّ يُضر النزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشروع بحق الدائن المتوسط .

ومتى نزل الدائن المرتهن عن مرتبته نزولا قانونياً متوافرة فيه الشروط الثلاثة ، أصبح الدائن المتنازل له في مرتبة الدائن المتنازل ، في حدود حق الدائن المتنازل ، وأصبح الدائن المتنازل في مرتبة الدائن المتنازل له ، ويجرى توزيع ثمن العقار على هذا الوجه .

ونقول الآن كلمة عن كل من هذه الشروط الثلاثة .

٢٥٨ – النزول عن مرتبة يكون في حدود حق المتنازل : تقول المادة ١٠٥٩ مدني كما رأينا :

" للدائن المرتهن أن يتزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن .." .

ويفترض هذا النص أن هناك فرقاً بين دين المتنازل ودين المتنازل له ، فإذا كان الدين الأول أكبر من الدين الثاني ، ارتفع الدائن المتنازل له بكل دينه ، وهو أصغر من دين المتنازل ، إلى مرتبة الدائن المتنازل . أما إذا كان دين المتنازل هو أصغر من دين المتنازل له ، فحينئذ لا يرتفع المتنازل له إلى مرتبة المتنازل إلا في حدود دين المتنازل .

ونفرض أن دين المتنازل ٥٠٠ جنيه ، وأن دين المتنازل له ١٢٠٠ جنيهاً ، فإن المتنازل له لا يرتفع إلى المرتبة الأولى التي هي مرتبة المتنازل إلا في حدود ٥٠٠ جنيه . فيكون للمتنازل دينان ، أحدهما مقداره ٥٠٠ جنيه في المرتبة الأولى ، والآخر مقداره ٧٠٠ في مرتبته الأصلية ولا يرتفع .

وغني عن البيان أنه لو كان دين المتنازل مساوياً لدين المتنازل له ، لم توجد صعوبة في المسألة ، وارتفع المتنازل له بجميع دينه إلى مرتبة المتنازل .

٢٥٩ – جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التي كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل : وغني عن البيان أنه إذا ارتفع المتنازل له إلى مرتبة المتنازل في حدود دين المتنازل ، فإن المتنازل له يقبل ضده من الدفوع ، فيما ارتفع به ، ما كان يقبل ضد المتنازل ، لأن المتنازل إنما تنازل مخضعاً تنازله لجميع الدفوع التي كانت تقبل ضده.

فإذا تقدم المتنازل له بمبلغ ٥٠٠ جنيه مثلا هي الدين الذي حصل على التنازل عن مرتبته ، جاز للدائن التالي له في القيد أن يدفع هذا الدين بجميع الدفوع التي كان يستطيع بها دفع الدين وهو لا يزال في ذمة المتنازل ، وذلك إلى وقت حصول التنازل .

فيجوز لهذا الدائن التالي في المرتبة أن يدفع هذا الدين المتنازل عن مرتبته بأنه دين باطل لعدم مشروعية السبب أو لانعدام الرضاء ، أو بأنه دين قابل للإبطال لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء ، وقد أبطله ناقص الأهلية أو حق شابه رضاءه عيب ويجوز الدفع بانقضاء الدين للوفاء به ، أو لتجديده ، أو للمقاصة ، أو الإبراء ، أو للتقادم ، أو لغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام [1] .

وهناك دفع واحد لا يدفع به ضد المتنازل له ، وهو أن يكون الدين قد انقضى بسبب لاحق للنزول عن مرتبة الرهن . فقد يقع أن يكون الدين قد انتهى بالمقاصة أو بالإبراء . وقد وقع أي منهما قبل النزول عن مرتبة الرهن ، فيجوز التمسك بهذا الدفع . أما إذا كان قد وقع بعد النزول عن مرتبة الرهن ، أي في فترة لا يملك فيها التنازل لا المقاصة ولا الإبراء ، فلا يجوز دفع الدين وقد أصبح الآن للمتنازل له لا للمتنازل .

٢٦٠ – عدم إضرار النزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشروع بالدائن المتوسط

: وهنا نفرض أن الدائن الأول بألف جنيه له رهن أول على كل من العقارين (أ) و (ب) ، وقيمة كل منهما ألف جنيه ,. وأن الدائن الثاني ، وهو دائن بألف جنيه ، له رهنان في المرتبة الثانية على كل من العقارين (أ) و (ب) . وأن الدائن الثالث ، وهو دائن أيضاً بألف جنيه ، له رهن واحد ، هو الرهن الثالث على العقار (أ) .

ظاهر من هذا المثل أن كلا من الدائن الأول والدائن الثاني يستطيع أن يستوفي حقه كاملا ، وأنهما لا يتركان شيئاً للدائن الثالث .

فلو أن الدائن الأول احتال متواطئاً في ذلك مع الدائن الثالث الذي لا يأخذ شيئاً كما رأينا ، فإنه يستطيع أن يفعل ما يأتي : يتزل في العقار (أ) عن مرتبة رهنه الأول إلى الدائن الثالث ، فيصبح الدائن الثالث دائناً أولا في العقار (أ) .

ثم يجرى التوزيع في ثمن العقارين ، وقد بلغ ألفي جنيه .

فيأخذ الدائن الثالث ، وقد أصبح دائناً أولا في العقار (أ) كل قيمة هذا العقار وهو ألف جنيه ، فيستوفي حقه كاملا .

---

(١) ويجوز الدفع بأن الرهن هو الباطل مع صحة الدين ، أو بأن الرهن قابل للإبطال وقد أبطل ، أو بأن الرهن قد اقتضى بالنزول عنه أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، دون أن ينقضي الدين .

ويجوز الدفع بأن القيد باطل ، أو بأنه قد زال لأي سبب من أسباب الزوال .

وكل دفع كان يصلح ضد المتنازل يصلح ضد المتنازل له ، لأن الدين واحد وقد انتقل بمرتبته العليا إلى المتنازل له .

ويأخذ الدائن الأول حقه كاملا من قيمة العقار (ب) فيستنفد هذه القيمة ، والدائن الأول هو دائن أول بالنسبة إلى العقار (ب) .

أما الدائن الثاني فلا يبقى له شيء ، فلا يأخذ شيئاً .

هنا ظاهر أن الدائن الأول قد تعسف في استعمال حقه . ولو لم يتزل عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، لأخذ حقه كاملا من العقار (أ) أو من العقار (ب) ، ولأخذ الدائن الثاني حقه كاملا مما يبقى له من العقارين (أ) أو (ب) ، ولم أخذ الدائن الثالث شيئاً .

فيجوز للدائن الثاني أن يطعن في تنازل الدائن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، لأن هذا التنازل قد وقع من الدائن الأول تعسفاً في استعماله حقه، للإضرار بحق الدائن الثاني [1]. فيلغى تنازل الدائن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث ، ويتقاسم الدائنون الثلاثة بعد هذا الإلغاء على الوجه الآتي : يأخذ الدائن الأول كل حقه من العقار (أ) أو من العقار (ب) . ثم يأخذ الثاني حقه كاملا من العقار الذي يبقى له ، (أ) أو (ب) . ولا يأخذ الدائن الثالث شيئاً [2] .

ويجب لنفاذ التزول عن مرتبة الرهن ، التأشير به في هامش القيد الأصلي (م ٢/١٠٥٣ مدني) ، إلا إذا تم هذا التزول بعد البيع وإيداع الثمن [3] .

المطلب الثاني

حق التتبع

٢٦١ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٦٠ على ما يأتي :

" ١ – يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن يتزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين ، أو يطهر العقار من الرهن ، أو يتخلى عنه " .

---

(١) قرب بلانيول وريبير بولانجيه ٢ فقرة ٤٠١٠ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٩٧ – وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان التزول عن مرتبة الرهن باطلا لأي سبب متعلق بالشكل أو بالموضوع ، فلا يجوز أن يترتب على ذلك استبعاد الدينين من التوزيع ، بل يعتبر التزول كأن لم يكن ، وحساب كل من الدينين وفق ترتيبه الأصلي (استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٦) .

(٣) سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٩٧ .

" ٢ – ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ، بأي سبب من الأسباب ، ملكية هذا العقار ، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن " [١] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ١ – إذا انتقلت ملكية العقار المرهون (أو أي حق عيني على العقار قابل للرهن) إلى شخص غير الراهن ، بأي سبب من أسباب كسب الملكية ، ولو كان من طريق التقادم ، وكان هذا الشخص غير مسئول شخصياً عن الدين ، فإنه يسمى الحائز للعقار ، ويتلقى العقار مثقلا بالرهن . وللراهن المرتهن حق تتبع العقار وهو ملكيته . ويستطيع أن ينفذ عليه ، فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية ، إلا إذا اختار أن يدفع الدين ، أو أن يطهر العقار من الرهن ، أو أن يتخلى عن العقار المرهون . ٢ – ويلاحظ أن الوارث في القانون الفرنسي ، وهو مسئول شخصياً عن دين المورث ، لا يكون حائزاً للعقار المرهون . أما الوارث في الشريعة الإسلامية فلا يعتبر هو أيضاً حائزاً للعقار المرهون ، ولكن لسبب آخر ، فهو وإن لم يكن مسئولا شخصياً عن دين المورث ، إلا أن المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أي بعد زوال الرهن ، فلا محل إذن لأن يكون حائزاً لعقار مرهون . وإذا صفيت التركة وفقاً للإجراءات التي نظمها المشروع ، ووقع في نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين طبقاً للقواعد التي سبق ذكرها في تقسيم الديون المؤجلة على الورثة ، فإن الوارث يكون في هذه الحالة مسئولا شخصياً عن الدين ، فلا يجوز اعتباره حائزاً للعقار المرهون . " أما الموصي له والشفيع ومن ملك بالتقادم ، فإن هؤلاء جميعاً يعتبرون حائزين للعقار ، لهم حق الخيار المتقدم " [٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٣ – ص ٩٥) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩٧/٥٧٤ فقرة ثانية : ومع ذلك إذا كان العقار في يد حائز آخر ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يشرع في نزع ملكيته إلا بعد التنبيه على الحائز المذكور تنبيها رسمياً بدفع الدين أو بتخليه العقار ، وبعد مضي الثلاثين يوما المقررة في قانون المرافعات للتنبيه بالوفاء والإنذار بنزع الملكية .

م ٦٩٨/٥٧٥ : وللحائز المذكور الخيار في أن يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقي في ذمته من ثمنه ، أو يخلي العقار المرهون، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٤ – ص ٩٥ .

ونبدأ أولا ببيان الشروط الواجب توافرها في الحائز للعقار المرهون .

٢٦٢ – شروط الحائز للعقار المرهون : هذه الشروط هي ، كما يتبين من نص المادة ٢/١٠٦٠ الذي سبق ذكره :

(١) انتقال ملكية العقار المرهون (أو أي حق عيني قابل للرهن) إلى الحائز (tiers-détenteur) [1] . فلا يعتبر مستأجر العقار حائزاً ، لأنه لم تنتقل إليه ملكية . و لم تنتقل ملكية العقار أيضاً إلى واضع اليد إذا لم يكن كسب الملكية بالتقادم ، ولذلك لا يعتبر واضع اليد حائزاً . والدائن لا يتتبع العقار في هاتين الحالتين ، وإنما ينفذ على العقار في يد مالكه وهو الراهن . وإذا تصرف الراهن في عقارات بالتخصيص مرهونة تبعاً للعقار المرهون ، فالتصرف يرد إلى هذه العقارات بالتخصيص طبيعتها المنقولة ، ونفك عنها الرهن .

وإذا كان للعقار المرهون دائن مرتهن آخر . فلا يتبع الدائن المرتهن الأول العقار المرهون في مواجهة الدائن المرتهن الثاني ، بل في مواجهة الراهن ، ويتحكم في التزاحم ما بين الدائن المرتهن الأول والدائن المرتهن الثاني الأسبقية في القيد .

(٢) انتقال ملكية العقار المرهون بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فإذا سجل الحائز حقه قبل قيد الرهن ، لم يكن الرهن سارياً في مواجهته ، فلا يستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار في هذه الحالة في مواجهة الحائز . وإذا سجل الحائز حقه بعد تسجيل تنبيه

---

(1) أ – مفاد نصوص المواد ١٠٣٠ ، ١٠٦٠ ، ١٠٧٢ من القانون المدني والمادة ٤١١ من قانون المرافعات المماثلة للمادة ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق أن للدائن المرتهن حق عيني على العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار والحائز هو – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – كل من اكتسب ملكية العقار المثقل بحق عيني تبعي أو حقاً عينياً عليه بموجب سند سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية دون أن يكون مسئولا شخصياً عن الدين المضمون ، ومادام هذا الحائز قد تم إنذاره بالدفع أو التخلية طبقاً للقانون فلم يختر أياً منهما فإن للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون تحت يده .

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٤١ ق س ٣٤ ص ١٦٧٨) .

ب – الدائن المرتهن . حق في تتبع العقار المرهون رسمياً في أي يد يكون – وجود العقار في يد حائز . لا يكفي لسريان الإجراءات في مواجهته التنبيه على المدين الراهن بنزع الملكية ، وجوب إنذار الحائز بدفع الدين أو تخليه العقار . تخلف ذلك . أثره . بطلان إجراءات نزع الملكية في مواجهته بما فيها حكم مرسي المزاد – ولا يُحاج بها . م ٥٧٤ مدني قديم – تطبيق قواعد الرهن على حق الاختصاص م ٥٩٩ مدني .

(جلسة ١٩٩٢/٥/٣٢١ الطعن رقم ١٤٩٦ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ١١٥٦) .

نزع الملكية ، لم ينفذ التصرف للحائز ، واستطاع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون وهو لا يزال في ملكية الراهن [1] .

(٣) تسجيل سند الحائز ، إذا كان قد تلقى ملكية العقار المرهون بتصرف قانوني. فإذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بسبب قانوني غير قابل للتسجيل ، فلا يتصور التسجيل في هذه الحالة . وعلى ذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بالتقادم ، كان حائزاً ، ولا يجب عليه التسجيل . ويقع التسجيل غالباً إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الحائز بعقد بيع ، عند ذلك يجب على الحائز تسجيل البيع . ولما كان قيد الرهن سابقاً على تسجيل البيع ، فإن الدائن المرتهن يستطيع تتبع العقار وهو في يد الحائز .

(٤) عدم توافر صفة المديونية في الحائز ، فلا يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين . وعلى ذلك لا يعتبر حائزاً المدين المتضامن أو غير المتضامن ، ولا الكفيل الشخصي ، ولا الكفيل العيني . ولا يجوز لهؤلاء تطهير العقار ، وإنما أجيز للكفيل العيني التخلية لأنه غير مسئول عن الدين إلا في حدود العقار المرهون فيمكنه أن يتخلى عنه .

ولا يعتبر الوارث للراهن حائزاً للعقار المرهون [1] ، أما في القانون الفرنسي فظاهر، لأن الوارث يرث الدين عن المدين ، فيصبح مسئولا عنه . وأما في القانون المصري أو الشريعة الإسلامية ، فلا تركة إلا بعد سداد الديون، فالوارث لا يرث العقار المرهون إلا بعد أن ينحل الرهن ، وعلى ذلك لا يملك وارث بالميراث عقاراً مرهوناً حتى يكون حائزاً [2] .

(٥) عدم ترتب زوال سلطة التتبع على سند الحائز . فإذا انتقلت الملكية إلى شخص مطهرة من كل رهن ، لم يكن هذا الشخص حائزاً لأن الرهن قد زال . مثل ذلك إذا نزعت ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار تحت يد الجهة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن إنذار الحائز يكون واجباً في صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود ، في ذلك الظرف الزمني الذي ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٨٨) .

(1) الحائز في التنفيذ العقاري الذي أوجبت المادة ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق إنذاره بدفع الدين أو تخليه العقار هو — كما عرفته المادة ٢/١٠٦٠ من القانون المدني — كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين ، مما مؤداه — وعلى ما قررته الأعمال التحضيرية للقانون المدني — أن الوارث لا يعتبر حائزاً للعقار المرهون من المورث لأن المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون وزوال الرهن .
(جلسة ١٩٧٤/١٠/٢٢ الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١١٥٣) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي آنفاً فقرة ٢٦١ .

الحكومية نازعة الملكية ، وإنما ينصب حقه على التعويض المستحق. وإذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يترتب عليه تطهير العقار ، وينصب حق الدائن المرتهن على الثمن الذي رسا به المزاد [1] .

٢٦٣ – مباشرة التتبع في مواجهة الحائز للعقار المرهون : وإذا توافر في الشخص صفة الحائز طبقاً للشروط المتقدم ذكرها ، فقد نصت المادة ١٠٧٢ مدني على أنه " إذا لم يختر الحائز سداد بعض الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذه العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد " [2].

ويستخلص من ذلك أن الدائن يجب عليه اتخاذ إجرائيين :

(١) التنبيه على المدين بالدفع ، ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار . والمدين هو المسئول الأصلي عن الدين ، ومن الواجب إخطاره بالشروع في التنفيذ ، فقد يكون عنده دفوع توقف السير فيه .

(٢) إنذار الحائز ،وهو إنذار رسمي بالدفع أو التخليه . وليس لإنذار الحائز ميعاد في القانون ، فيجوز الإنذار بعد التنبيه أو مع التنبيه ، ولكن لا يجوز تقديم الإنذار على التنبيه . ويكون الإنذار بدفع الدين أو تخليه العقار المرهون ، ويجب أن يكون مصحوباً بتبليغ التنبيه إلى الحائز وإلا كان باطلا . والمراد بذلك هو إعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه ، وبذلك

---

(١) أنظر كذلك المادة ٧ من قانون الإصلاح الزراعي : " إذا كانت الأرض التي استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . وللحكومة ، إذا لم تحل محل الدين أن تستبدل بها سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات في مدة لا تزيد عن ثلاثين سنة ..... " .

والقانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد علي المصادرة لم ينقل إلى الدولة ملكية العقارات مطهرة من الرهن المقررة عليها ، وعلى ذلك يجوز للدائنين أن ينفذوا عليها في مواجهة لجنة تصفية الأموال المصادرة .

(٢) ونصت المادة ٤١١ من تقنين المرافعات على أنه " إذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني وآل إلى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه ، وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليته العقار ، وإلا جرى التنفيذ في مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه ، وإلا كان باطلا ، ويترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز ، جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ " .

ونصت المادة ٤١٢ من تقنين المرافعات الجديد أيضاً على أنه " يجب أن يسجل الإنذار ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه " .

يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلا ، وأن يعرف كل ما تعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف في ضوء هذه المعلومات [1] .

٢٦٤ – ماذا يفعل الحائز – سريان الرهن في مواجهة الحائز : قد يتمسك الحائز بأن إجراءات القيد لم تستكمل إلا في تاريخ لاحق على تسجيل التصرف الصادر إليه ، أو أن الرهن سقطت عنه مرتبته لعدم تجديد القيد ، أو أن القيد قد زال أثره بالمحو . فإذا تمسك الحائز بمثل هذه الدفوع ، ترتب على نجاحه في ذلك حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع .

٢٦٥ – وجود الدين وسلامته : وإذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز ، كان لهذا الحكم حجية الأمر المقضي في مواجهة حائز العقار . فالحائز هو خلف خاص للمدين ، فتسري على الحائز جميع الأحكام التي فصلت في التزامات بالعقار المرهون . ويجوز للحائز أن يتمسك بالدفوع التي تستجد أسبابها بعد صدور الحكم ، كانقضاء الدين بالتقادم أو بالمقاصة .

وإذا ثبت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز ، لم يكن الحكم حجة على الحائز ما لم يشترط في الدعوى ، ولا بد من اختصام الحائز مع المدين . فإذا لم يختصم في الدعوى ، جاز له أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان في وسع المدين أن يحتج بها ، وإذا اختصم صار طرفا في الدعوى ، فيمتنع عليه الاحتجاج بأي دفع كان يجوز التمسك به قبل صدور الحكم .

فإن أخفقت كل هذه المحاولات ، انتقل الحائز إلى جميع الوسائل القانونية التي يحق له أن يختار إحداها لاتخاذ موقف في مواجهة الدائن .

٢٦٦ – الوسائل القانونية المعطاة للحائز : قد يكون الحائز حريصاً على الاحتفاظ بملكية العقار المرهون ، وفي هذه الحالة إما أن يقضي الديون المستحقة للدائنين

---

(١) وقد أوجبت المادة ٤١٢ من تقنين المرافعات تسجيل الإنذار ، والتأشير بالتسجيل في هامش تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه . وليس المقصود من تسجيل الإنذار توقيع الحجز على اسم الحائز ، فإن حجز العقار يتم بتسجيل التنبيه ، ولكن المقصود به هو استيفاء إجراءات الشهر العقاري ، حتى يتسنى لمن يتعامل مع الحائز أن يكون على بينة من أمر الإنذار .

ويلاحظ أن وقف الرهن بعد أن ارتهنه الدائن ، يبيع لهذا الدائن تتبع العقار وهو موقوف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للدائن المرتهن حق تتبع العقار ، ولو وقف الراهن للعقار بعد أن ارتهنه للدائن (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) .

المزودين بتأمينات خاصة على العقار المرهون ، أو يلجأ إلى تطهير العقار مما عليه من الديون المقيدة بشرط أن يفعل ذلك قبل أن يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على العقار بالتنبيه على المدين وإنذار الحائز .

وقد يكون الحائز زاهداً في الإبقاء على ملكية العقار ، وعندئذ يستمر الدائن المرتهن في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، فإذا حرص الحائز على عدم ظهور اسمه في الإجراءات فعليه أن يلجأ إلى وسيلة تخليه العقار .

وعلى ذلك يستطيع الحائز أن يلجأ إلى إحدى الوسائل القانونية الأربعة الآتية ، وهي: (١) قضاء الديون . (٢) تطهير العقار . (٣) تخليه العقار . (٤) تحمل إجراءات نزع الملكية .

وإلى جانب هذه المسائل الأربعة المتقدم ذكرها ، نتكلم في مسألة خامسة هي : موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد .

§ ١ – قضاء الديون

٢٦٧ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٦١ مدني على ما يأتي :

" يجوز للحائز ، عند حلول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد . ويكون له في هذه الحالة أن 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 " [١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٤ من المشروع التمهيدي ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " ١ – يجوز للحائز ، عند حول الدين المضمون بالرهن ، أن يقضيه هو وملحقاته . ويحل في هذه الحالة محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق ، إذ ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين . ٢ – ويبقى حق الحائز في عرض مبلغ كاف لقضاء الدين قائماً إلى يوم رسو المزاد . ولكن يجب عليه أيضاً أن يعوض ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره . على أن يرجع بذلك على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون " . وأدمجت لجنة المراجعة الفقرتين في فقرة واحدة مع تعديل لفظي ، تحت رقم ١١٦٣ في المشروع النهائي ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٤٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٦ – ص ٩٨) .

ونتكلم هنا في المسائل الآتية :

(١) متى يكون قضاء الدين أفضل .

(٢) ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين .

(٣) متى يجب الدفع .

(٤) حلول الحائز محل الدائن .

(٥) رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق .

(٦) متى يجبر الحائز على دفع الدين .

(٧) إجبار الحائز على دفع الدين إذا كان في ذمته مبلغ يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدين .

(٨) اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع .

٢٦٨ – متى يكون قضاء الدين أفضل : يختار الحائز عادة قضاء الدين، إذا كان الدين أقبل بكثير من ثمن العقار ، أو من الجزء الباقي من الثمن في ذمة الحائز .

وقد يكون للدائن المرتهن رهن على عقار آخر ضامن لنفس الدين ، فإذا وفى الحائز هذا الدين المرتهن فإنه يحل محله في هذا الرهن ، وقد يكون في ذلك ضمان كاف للحائز إذا ما وفى الدين للدائن المرتهن .

وقد يكون الحائز قد اشترى العقار المرهون بثمن مساو لقيمة الدين و لم يكن قد دفع الثمن ، فيتعين عليه ، بدلا من أن يدفع الثمن للبائع ، أن يدفعه للدائن ، فيفي بذلك في وقت واحد بالثمن وبالدين [١] .

= التقنين المدني السابق : م ٦٩٨/٥٧٥ : وللحائز المذكور الخيار في أن يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقي في ذمته من ثمنه ، أو يخلي العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٦٩٩/٥٧٦ : ويبقى الحق في عرض المبلغ الكافي لوفاء الدين لحين إيقاع بيع العقار في المزاد ، وعلى الحائز المذكور أن يعرض أيضاً قيمة المصاريف المنصرفة من وقت التنبيه بالوفاء ، وله الرجوع بها على المدين ومن سبق الحائز في ملكية العقار .

(١) وحتى لو كان الثمن أقل من الدين ، وكان الحائز حريصاً على أن يستبقى العقار المرهون في ملكه ، وكان الدين لدائن مرتهن متقدم في المرتبة ، فإنه يدفع الدين للدائن المرتهن ويحل محله في رهنه المتقدم . فيضمن بذلك عدم رجوع الدائنين المتأخرين في المرتبة ويستوفى ما دفعه زيادة على الثمن من المدين =

٢٦٩ – ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين : ويدفع الحائز للدائن المرتهن كل ما يجب دفعه له بموجب عقد الرهن [١] . ويجب دفع كل ذلك لأن الرهن غير قابل للتجزئة ، فيكون للدائن المرتهن استيفاء كل حقه فلو بقي منه شيء لم يدفع جاز للدائن المرتهن أن ينزع من أجل هذا الباقي ملكية العقار المرهون . ومن ثم يجب على الحائز أن يدفع كل الدين [٢] ، ويدفع أيضاً الفوائد المضمونة (سنتين قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، والفوائد التي تستحق من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية إلى يوم رسو المزاد ، والقيود الخاصة بفوائد أخرى قد استحقت) ، وكذلك المصروفات المضمونة بالقيد ، وما صرف في الإجراءات من وقت إنذار الدائن المرتهن .

٢٧٠ – متى يجب الدفع – نص قانوني : والدفع يكون عند حلول الدين المضمون بالرهن إلى يوم رسو المزاد . وتقول المادة ١٠٦١ مدني كما رأينا : " يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته ، بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد " .

ويستفيد الحائز من مواعيد الأجل الممنوحة للمدين، بما في ذلك أجل القاضي [٣]. فلا تتخذ ضد الحائز إجراءات حتى ينتهي الأجل . ويحرم الحائز الأجل الذي يحرمه المدين [٤] .

وتستمر المادة ١٠٦١ مدني ، كما رأينا ، فتقول : " ويكون له (للحائز) في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق ، إلا ما كان منها معلقاً بتأمينات

= وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز الذي يدفع دين الدائن المقيد له الحق في أن يستمر في الإجراءات التي بدأها الدائن ، للحصول على ما دفعه أزيد عن حصته في الدين (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سن ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٢) .

(١) استئناف مختلط ٨ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ – وأنظر أيضاً استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٤ – وقد قضي هذا الحكم بأن التعويض المتفق على دفعه في حالة الوفاء قبل الأجل بالقرض المضمون بالرهن يجب أن يدفعه بأكمله الحائز الذي يتخذ الدائن ضده إجراءات نزع الملكية .

(٣) هالتون ٢٩٨ – جرانمولان فقرة ٤٧٦ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شرط الحرمان من الانتفاع بالأجل (clause de déchléence du benefice du terms) المتفق عليه في القرض المضمون برهن ، والذي يعلن به الغير بقيد الرهن الرسمي ، يحتج به ، لا على المدين فحسب ، بل أيضاً على الحائز للعقارات المرهونة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٦) .

قدمها شخص آخر غير المدين " . فيحل الحائز الذي دفع الدين محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق [1] ، إلا حقوقه المتعلقة بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين ، ككفيل عيني ، فلا يحل الحائز محل الدائن في الرجوع على الكفيل العيني .

ويجب على الحائز ، وقد حل محل الدائن في الرهن على العقار المرهون . أن يحتفظ بقيد الرهن وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك إلى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار ، وقت تسجيل سند هذا الحائز . ذلك أن الحائز قد يفي بالدين الذي حل ، ويكون هو الدين الأول في المرتبة ، معتمداً على أن ثمن العقار إذا بيع في المزاد لا يصل إلى أكثر من هذا الدين . فيجب عليه عندئذ أن يحتفظ بقيد الرهن الضامن لهذا الدين إلى أن تمحى القيود التالية ، لأنه يحل محل الدائن فيه ، وقد يحتج على الدائنين التالين في المرتبة إذا هموا بالتنفيذ استيفاء لحقوقهم .

ومن أجل ذلك نصت المادة ١٠٦٢ مدني على أنه " يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن ، وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك أن إن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز " [1] .

٢٧١ – حلول الحائز محل الدائن : وإذا دفع الحائز للدائن على الوجه الذي قدمناه ، حل محل هذا الدائن في جميع حقوقه قبل المدين [2] .

---

(1) حائز العقار – المرهون – طبقاً للمواد ٣٢٠ ، ٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدني ملزم بالدين عن المدين، وينبني على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن ، حلوله محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أداه ، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحلول ، انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه .
(جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٣٦ ق س ٢٢ ص ٣٨٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١٥٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٨ – ص ٩٩) .

التقنين المدني السابق : م ٧٠١/٥٧٨ : يجب على حائز العقار الذي انتقلت إليه حقوق من وفاه بدينه من الرهن المتعلق بها ، أن يحفظ الرهن المذكور ويجدد تسجيله عند الاقتضاء ، إلى أن تزول الرهون المسجلة الموجودة وقت تسجيل عقد انتقال الملكية إليه في العقار .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز ليس بحاجة إلى رضاء المدين لدفع الدين المضمون بالرهن والحلول محل الدائن في حقه ، فله دائما أن يقوم بالدفع ولو رغم المدين أو الدائن (استئناف مختلط ١٣ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣١) .

وبموجب هذا الحلول ، يحل الحائز محل الدائن في الرهن الذي له على العقار فيصبح الحائز مرتهناً لملكه ، وتظهر أهمية ذلك فيما إذا طلب بعض الدائنين المرتهنين الآخرين بيع العقار ، فيحتج عليهم الحائز بالرهن الذي حل فيه ، إذا كانت مرتبة الرهن تسمح بذلك .

وينتقل الرهن إلى الحائز بمرتبته ، فيتقدم الحائز على من يكون متأخراً عنه ، ويتقدم عليه من يكون أسبق منه . ويجب عليه حفظ الرهن وتجديده ، كما قدمنا (م ١٠٦٢ مدني) [١] .

٢٧٢ – رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق : ويستطيع الحائز الذي دفع الدين أن يرجع أولا على المدين ، بدعوى شخصية تقوم على قواعد الإثراء بلا سبب .

وللحائز أن يرجع أيضاً على من تلقى الملكية منه . فإن كان قد تلقاها بعوض ، كان له حق الضمان ، فيرجع بهذا الحق عليه ، كما لو كان من تلقى الحائز الملكية منه بائعاً أو مقايضاً [٢] .

أما إذا كان من تلقى الملكية لا يضمن ، كما إذا كان واهباً أو موصياً ، فأنه لا رجوع للحائز في هذه الحالة ، ومن ثم إذا كان الحائز قد تلقى الملكية بهبة أو بوصية فإنه لا يرجع لا على الواهب ولا على الوصي [٣] .

٢٧٣ – متى يجبر الحائز على دفع الدين – نص قانوني : وفي كل ما قدمناه ، نفرض أن الحائز يدفع الدين مختاراً ، حتى يمنع الدائن من نزع ملكية العقار المرهون.

ولكن توجد حالتان يجبر فيها الحائز على دفع الدين ، وقد نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدني وهي تنص على ما يأتي :

" ١ – إذا كان في ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار المرهون ، مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه ، بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل " .

" ٢ – فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز

---

(١) راجع استئناف مختلط ٢٢ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٣٩ .

(٢) جرانمولان فقرة ٤٧٩ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ١٤٨ .

بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم . ويكن الدفع طبقاً للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها ، وفي الأجل المتفق على الدفع فيه " .

" ٣ — وفي كلتا الحالتين لا يجوز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكنه إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود " (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" والأصل أن دفع الحائز للدين أمر اختياري ، ولكنه ينقلب إجبارياً ، ويصبح للدائن المرتهن الحق في استيفاء الدين من الحائز ، في حالتين " .

(أ) إذا كان المستحق في ذمة الحائز ، بالسبب الناقل لملكية العقار ، مبلغاً واجب الأداء حالا ، ويكفي لوفاء الديون . ويشترط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، حتى لا يستجد دائنون ينفذ حقهم قبله . ففي هذه الحالة لا مصلحة للحائز في أن يدفع المستحق في ذمته للراهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يجبره على الوفاء له هو " .

(ب) أما إذا كان المستحق في ذمة الحائز غير واجب الأداء حالا ، أو كان أقل من الدين المضمون ، أو مغايراً له ، فللدائنين المرتهنين ، إذا اتفقوا جميعاً ، إجباره على الدفع لهم، ولكن في الميعاد المحدد ، وبقدر ما في ذمته ، فإذا دفع تخلص من الرهون ، ولو كان ما دفعه أقل من الديون المضمونة " .

" ولا يجوز للحـــائز في الحالتين أن يتخلص من الدفع للدائنـــين ، بالتخلي عن العقار" (٢) .

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦٣ مدني تنص على ما يأتي : " وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم ، فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من قيود " .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٦ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٩٩ — ص ١٠٣)

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٢ .

وما جاء في هذا النص معقول ، فالحالتان اللتان نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدني ، الحالة الأولى منها يستوفى فيها الدائنون المقيدون لغاية تسجيل سند الحائز جميع حقوقهم فلم يعد لدائن مقيد حق في العقار ، وفي الحالة الثانية اتفق جميع الدائنين المقيدين على الوجه السابق على أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته فيكونون قد رضوا بتخليص العقار من القيود. وعلى ذلك يصبح الحائز ملزماً بدفع ما في ذمته ، ولا يستطيع أن يتخلص من هذا الالتزام إلا بالدفع ، لا بالتخلي عن العقار الذي أصبح غير حائز له . ومتى دفع في ذمته ، ولو كان ما دفعه أقل من الديون المقيدة ، اعتبر العقار مطهراً من كل الديون ، واعتبر خالصاً من كل رهن ، واستقر في ملكية الحائز مطهراً وخالصاً من الديون المقيدة ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود.

ونعالج في إيجاز الحالتين اللتين وردتا في المادة ١٠٦٣ مدني ، وهما : (١) إجبار الحائز على دفع الديون ، إذا كان في ذمته مبلغ يكفي لوفاء جميع الدائنين . (٢) اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع .

٢٧٤ – إجبار الحائز على دفع الديون إذا كان في ذمته مبلغ يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدين : وإذا كان الحائز انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بعقد معاوضة ، كعقد بيع مثلاً ، وكان الباقي في ذمته من الثمن مبلغاً يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدين حتى وقت تسجيل عقد البيع ، وجب على الحائز ألا يدفع شيئاً من الباقي في ذمته للبائع، وأن يعرض هذا الباقي في ذمته على الدائنين المقيدين، فيستوفي كل منهم حقه كاملا.

والمهم أن يكون الباقي في ذمة الحائز ؛ (١) بسبب امتلاكه للعقار المرهون . (٢) وأن يكون مبلغاً مستحق الأداء حالا . (٣) وأن يكون هذا المبلغ كافياً لوفاء جميع الدائنين المقيدين بكامل حقوقهم .

ففي هذه الحالة يتحقق الدائنون المقيدون من أن الحائز قد سجل سند ملكيته ، وذلك حتى لا يستجد دائنون مقيدون آخرون فيصبح ما في ذمة الحائز غير كاف للوفاء بكامل حقوقهم . فمتى تحققوا من ذلك ، وأيقنوا أن ما في ذمة الحائز يفي بكامل حقوق الدائنين المقيدين جميعاً ، أصبح لكل دائن من هؤلاء الدائنين المقيدين ، وفيهم الدائن المقيد الذي يباشر التنفيذ ، أن يطالب الحائز بالوفاء بكامل حقه . والحائز لا مصلحة له في التأخر ، ففي ذمته مبلغ يفي بكامل حقوق الدائنين المقيدين ، فما عليه إلا ألاّ يدفع شيئاً لمن انتقلت منه ملكية العقار ، وأن يدفع لكل دائن مقيد كامل حقوقه ، ويحل محله فيما دفع له ، وبذلك تخلص ذمته من الثمن ومن حقوق الدائنين المقيدين جميعاً .

٢٧٥ – اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع : وفي هذه الحالة، إذا كان ما في ذمة الحائز أقل من ديون الدائنين المقيدين ، أو مغايراً لجنس هذه الديون ، أو غير مستحق الأداء حالا ، ولكن اتفق جميع الدائنين المقيدين على مطالبة الحائز بالدفع ، فلا يستطيع الحائز رفض هذه الطلب ، ويجب أن يدفع للدائنين المقيدين ما في ذمته ، وهم يقتسمونه بينهم على الوجه الذي يختارونه .

ولكن الحائز يدفع ما في ذمته طبقاً للشروط التي اتفق عليها ، وبوجه خاص إذا كان ما في ذمته غير واجب الدفع إلا بعد أجل ، لم يدفع للدائنين المقيدين إلا عند حلول هذا الأجل . ولا يستطيع الحائز التخلص من التزامه بالوفاء للدائنين المقيدين ، بالتخلي عن العقار المرهون . ويتخلص من كل ما عليه من القيود ، حتى لو كان ما دفعه الحائز لا يفي بجميع الديون المقيدة ، ويجوز للحائز بعد الدفع أن يطلب محو ما على العقار من القيود [١] .

ويلاحظ أن الحائز لا يدفع في هذه الحالة للدائنين المقيدين ، إلا طبقاً للشروط وفي المواعيد التي ارتضاها . وهو إذا دفع على هذه الوجه لا يخسر شيئاً ، فهو قد أدى للدائنين حقوقهم كاملة ، وتخلص من ثمن العقار (لأنه يحل محل الدائنين المقيدين) ، إلا إذا بقي بعد الدفع للدائنين المقيدين بقية من الثمن ، فيدفعها للبائع .

§ ٢ – تطهير العقار
(Purge)

٢٧٦ – نص قانون : نصت المادة ١٠٦٤ مدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند " .

" ٢ – وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون التنبيه إلى المدين، أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحـــق قائماً إلى يوم إيداع شروط البيع " [٢] .

---

(١) وقد نصت المادة ١٠٦٣ مدني ، في فقرتها الثالثة ، صراحة على ذلك ، فقالت : " لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود " .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٧ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا مسألة واحدة . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٦٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٥٢، وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي :

" ١ – تعرض هذه النصوص ... لتطهير العقار ، والحائز يختار التطهير إذا رأى أن قيمة العقار أقل من الدين المضمون بالرهن . ويمر التطهير على المراحل الآتية : يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلا للتسجيل ، حتى لو لم يكن تسجيله واجباً . فالمشترى يسجل البيع ، والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم الشفعة ..... والموصي له يسجل الوصية ..... والغرض من ذلك تحديد الرهون التي يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذاً في حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملا مادياً لا عملا قانونياً، فلا سبيل للتسجيل في هذه الحالة . فالحائز الذي ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولمن يسقط الرهن ..... يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً، لأن التقادم واقعة مادية تستعصي التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم ، لا يكون لأي رهن يعطي على العقار من غير الحائز قيمة في حق الحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح في التقادم والقصير واجب التسجيل ، وفقاً لأحكام المشروع ، فأن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم وليس واجباً للتطهير ، ذلك أن من يتملك بالتقادم القصير لا يتملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يتملك بواقعة مادية تستعصي على التسجيل ، هي الحيازة مقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح " .

" ٢ – بعد أن يسجل الحائز سنده على النحو المتقدم ، يستطيع أن يبدأ إجراءات التطهير ، دون حاجة إلى انتظار حلول الدين المضمون بالرهن وتوجيه الدائن المرتهن إليه إنذاراً بالدفع أو التخلية ، ويبقى حقه في التطهير قائماً إلى يـــوم (إيداع قائمة شروط البيع) إذ ..... لم يبق إلا طرح العقار في المزاد ، فإذا أراد الحائز عرض قيمته فما عليه إلا أن يتقدم مزايداً . وأول إجراء في التطهير هو أن يوجه للدائنين المقيدة حقوقهم ..... في مواطنهم

= اللجنة ، في الفقرة الثانية ، عبارة " إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع " بعبارة " إلى يوم توقيع الحجز العقاري أو صدور الحكم بنزع الملكية " ، تمشيا مع أحكام مشروع قانون المرافعات الذي ألغي نظام الحجز العقاري ودعوى نزع الملكية . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، تحت رقم ١٠٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٣ – ص ١٠٦) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩٨/٥٧٥ : وللحائز المذكور الخيار في أن يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون أقل من الباقي في ذمته، أو يخل العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٧٠٠/٥١٧ : يبقى حق عرض المبالغ المقدرة به قيمة العقار لحين صدور الحكم بنزع الملكية .

المختارة المذكورة في القيد ، إعلاناً يشتمل على البيانات المذكورة في المادة ١٤٨٨ ..... ويلاحظ أن من بينها بياناً يذكر فيه القيمة التي يقدرها الحائز للعقار ، وهو لا يتقيد في تقدير هذه القيمة بثمن العقار لو انتقلت إليه ملكيته بالبيع ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بألا تقل القيمة عن السعر الذي يتخذ لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية (وهذا الأساس هو الضريبة التي تدفع عن العقار) ، ولا تقل في الوقت ذاته عن الباقي في ذمة الحائز منه ثمن العقار لأنه يستطيع أن يدفع هذا الباقي كله للدائنين دون أن يصيبه ضرر من ذلك ، فإذا زاد عن الديون كانت الزيادة للراهن ، ولا يلتزم الحائز بعرض القيمة عرضاً حقيقياً ، بل يكفي أن يظهر استعداده للدفع حالا ، أياً كان استحقاق الديون المقيدة. فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على مع عرضه ، ومصدر التزامه هو إرادته المنفردة " .

" ٣ — وإذا وافق الدائنون جميعاً بعد إعلانهم على العرض الذي تقدم به الحائز ، أو سكتوا ستين يوماً من آخر إعلان رسمي ... اعتبر العرض مقبولا ، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين حسب مرتبتهم ، أو يودعه خزينة المحكمة ، فيتطهر العقار من كل الرهون ويمحى ما عليه من القيود . أما إذا طلب أحد الدائنين أو كفيل له أو وكيل عنه وكالة خاصة في التطهير ، بيع العقار ، فيكون ذلك بإعلان يوجه إلى الحائز الراهن ، في مدى الستين يوماً المشار إليها ، يطلب فيه عرض العقار في المزاد ، ولا تشترط زيادة العشر وهذا هو التجديد الذي حققه المشروع حتى يتخفف الدائن من بعض أعباء التطهير . ولكن يجب على الدائن أن يودع في خزينة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يسترد هذه المصروفات إذا وقع المزاد على الحائز لعدم تقدم مزايد بعطاء أكبر مما عرض . ومتى تقدم أحد الدائنين بطلب بيع العقار على النحو الذي تقدم ، وجب عرض العقار في المزاد ، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء " .

" ٤ — يطرح العقار في المزاد ، وتتبع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، فإن عرض مزايد مبلغاً أكبر من القيمة التي عرضها الحائز (وقد يكون الدائن الذي طلب البيع أو دائناً آخر أجنبياً أو الحائز نفسه زاد فيها سبق أن عرض ، ولكن لا يجوز أن يكون الراهن أو المدين) ، رسا المزاد عليه . ووجب أن يدفع ، إلى جانب العطاء الذي تقدم به ، المصروفات التي أنفقها الحائز في سند ملكيته ونفقات الإعلانات والمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير ، ويرد إلى طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك ، وإذا لم يتقدم مزايد بعطاء أكبر ، خلصت للحائز ملكية العقار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ نفسه الذي سبق أن عرضه ، والمبلغ

الذي يرسو به المزاد يودع خزينة المحكمة ، أو يدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتنقضي الديون وتمحى القيود ويتم بذلك تطهير العقار " [1] .

٢٧٧ – متى يختار الحائز التطهير : ويظهر مما تقدم أن الحائز يختار تطهير العقار المرهون إذا كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار ، فيؤثر هو أن يعرض على الدائنين المقيدين قيمة العقار ، ويطهر العقار بهذه القيمة ، أو يباع في المزاد . غير أن اختيار التطهير يكلف الحائز إجراءات ومشقات ، إلى أن يعرض العقار للبيع جبراً في المزاد العلني بناء على طلب أحد ذوي الشأن ، ويحتمل خروج العقار من ملك الحائز نتيجة لذلك .

أما إذا كانت الديون المقيدة أقل من قيمة العقار ، فالحائز يؤثر أن يلجأ إلى قضاء الديون بدلا من التطهير ، فيقتضيها وهي أقل من قيمة العقار ، فيبقى العقار في يده ، ولا يخسر شيئاً لأنه يحل محل الدائنين في العقار وقيمة العقار أكبر من مجموع الديون .

٢٧٨ – مزايا التطهير وعيوبة : وللتطهير مزايا كثيرة ، وقد قرره كثير من القوانين كقوانين فرنسا وبلجيكا وإيطاليا والبرتغال وهولندا ولم تقرره بعض القوانين كقوانين ألمانيا وبولونيا وأسبانيا والسويد .

فالتطهير مقرر لمصلحة الحائز ، لا سيما إذا كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة العقار .

وهو مفيد للمدين ، إذ يسهل عليه أن يجد مشترياً لعقاره المثقل بالديون .

وهو مفيد للدائن المرتهن ، لأنه يحصل على قيمة العقار ، من غير أن يخضع لإجراءات نزع الملكية .

ولكن التطهير قد يضر بالدائنين المرتهنين ، إذ يلزمهم بقبول ديونهم قبل ميعاد حلولها. فيحرمهم من استغلال هذه الديون استغلالا طيباً ، وقد يباع العقار في وقت غير مناسب فتنزل قيمته [2] .

٢٧٩ – أربع مسائل رئيسية في التطهير : وهناك ، في التطهير أربعة مسائل رئيسية :

(أ) من يجوز له التطهير .

(ب) عرض الحائز وقبوله .

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ – ١٢ .

(٢) أنظر في ذلك جرانمولان فقرة ٥٢٨ – محمد كامل مرسي فقرة ١٥١ .

(ج) عرض الحائز ورفضه . بيع العقار في المزاد .

(د) متى يمتنع التطهير — مصروفاته .

أ — من يجوز له التطهير

٢٨٠ — يجوز التطهير للحائز : تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤ مدني كما رأينا : " يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند " . فحائز العقار المرهون هو الذي يتولى أمر التطهير ، وهو الذي يقدر ما إذا كان من المناسب أن يلجأ إلى هذه الطريقة . وهو يكون عادة ميالا للتطهير ، إذا ما وجد أن الديون المقيدة قبل تسجيل سنده قيمتها أكبر من قيمة العقار . فلا يكون ميالا لدفع هذه الديون لأن قيمتها أكبر من قيمة العقار . فلا يستطيع استردادها كلها ، ثم هو لا يميل إلى التنفيذ مباشرة على العقار بترك الدائن المرتهن ينفذ عليه ، ولا يميل إلى التخلية، فلا يجد أمامه غير التطهير .

فيجوز إذن التطهير لحائز العقار ، ولو كان هو أحد الدائنين المرتهنين [١] بأن يشترى هذا الدائن المرتهن العقار المرهون من الراهن .

ويشترط في حائز العقار ، كما رأينا ، ألا يكون ملتزماً شخصياً بالدين كالكفيل الشخصي ، ولو كان التزامه عن غير كالكفيل العيني [٢] .

فيجوز التطهير إذن لمشترى العقار كله أو بعضه ، والمقايض ، والموهوب له ، والموصي له ، والشفيع ، ولمن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون [٣] .

ولا يجوز لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكني ، لأن هذه الحقوق غير قابلة للبيع بالمزاد ، فهي غير قابلة للرهن [٤] .

٢٨١ — المالك تحت شرط : وقد يكون الحائز قد تملك العقار المرهون ، تحت شرط واقف أو فاسخ .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٥ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ١٠٨٢ — فقرة ١٠٨٣ .

(٣) بيدان وڤواران فقرة ١٠٨١ .

(٤) پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٣٦ — بيدان وڤواران فقرة ١٠٨١ .

فإذا كان قد تملكه تحت شرط واقف ، فهو لم يتملكه بعد ، لأن الشرط لم يتحقق ، ومن ثم لا يكون له حق التطهير إلا عند تحقق الشرط [1] .

وأن كان قد تملك العقار تحت شرط فاسخ ، فهو مالك للعقار حالا قبل تبين مصير الشرط ، فله أن يطهره . فإن لم يتحقق الشرط ، صار مالكاً بوجه بات ، وبقي تطهيره سليما . وإذا تحقق الشرط ، أصبح غير مالك بأثر رجعي ، وكان الواجب زوال التطهير لأن من قام بالتطهير أصبح غير مالك بأثر رجعي ، فلم يكن حائزاً وقت التطهير. ولكن هناك رأي آخر يذهب إلى بقاء التطهير نافذاً بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ ، على أساس أن التطهير عمل مادي لا يؤثر فيه الفسخ [2] . وقد أخذ التقنين المدني الجديد بهذا الرأي . فنص في المادة ١٠٨٣ منه على أنه " إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً ، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار " .

ولكن إذا كان الحائز الذي أجرى التطهير متواطئاً مع الراهن الذي باع له العقار، فإن الغش يبطل التطهير ، فإذا زالت ملكية الحائز زال التطهير . مثل ذلك أن يبيع الراهن العقار الذي رهنه ولو تحت شرط فاسخ ، فيعمد الحائز (المشترى) إلى تطهير العقار ، ثم يشترى الراهن ثانية العقار مطهراً من الحائز . فإذا ثبت التواطؤ بين الراهن والحائز ، وجب إبطال التطهير تبعاً لزوال ملكية من قام به [3] .

٢٨٢ – الملتزم شخصياً بالدين : ولا يجوز التطهير للملتزم شخصياً بالدين ، لأنه ليس بحائز . فلا يجوز التطهير من الكفيل شخصياً كان أو عينياً ، ولا من الشريك في الدين ، متضامناً كان أو غير متضامن ، ولا من وارث المدين ، لأن كل هؤلاء ملتزمون شخصياً بالدين ، فيجب عليهم وفاؤه كاملا ، ولا يسمح لهم بالتخلص منه لقاء دفع قيمة العقار .

فوارث المدين لا يجوز له التطهير ، ولو تلقى العقار المرهون ميراثاً عن المدين الراهن . فالتطهير قد يؤدي إلى وفاء الديون قبل آجالها ، وإلى قبول الوفاء الجزئي ، وإلى انقضاء بعض الرهون دون وفاء الديون المضمونة بها . ولذلك قد شرع لغير الملتزم شخصياً بالدين .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٣٩ – بيدان وڤواران فقرة ١٠٨٤ – دي هلتس فقرة ١٦٢ – جرانمولان فقرة ٥٣٣ .

(٢) نقض فرنسي ٢٢ أغسطس سنة ١٨٧١ داللوز ٧٣ – ١ – ٣٢١ – بيدان وڤواران فقرة ١٠٨٤ – جرانمولان فقرة ٥٣١ – محمد كامل مرسي فقرة ١٥٧ .

(٣) بيدان وڤواران فقرة ١٠٨٤ .

ولو أجيز للملتزم ، لرجع الدائن المرتهن ، بعد تمام إجراءات التطهير ، على أي مال من أموال هذا الملتزم بما فيها العقار الذي طهر من الرهن [1] .

وقد قدمنا أن وارث المدين يلتزم بالدين في القانون الفرنسي ، أما في القانون المصري أو الشريعة الإسلامية فالوارث لا يرث الدين ، ولا يتلقى العقار المرهون إلا بعد انحلال الرهن وسداد جميع الديون .

وإذا كان الحائز هو أحد الشركاء في الدين ، فأنه لا يكون له أن يطهر العقار المرهون مادام لم يدفع حصته في الدين . فإن دفع حصته أصبح غير مدين ، وبقي له صفة الحائز فقط ، فيجوز له أن يطهر العقار . وقبل دفع حصته في الدين ، يكون مديناً، فلا يكون له أن يطهر العقار ، ويكون العقار ضامناً لما هو مدين به [2] .

٢٨٣ – حق الرقبة وحق الانتفاع : ويجوز التطهير لمن انتقل إليه حق الرقبة أو حق الانتفاع مرهوناً . فإذا عرض حائز حق الرقبة أو حق الانتفاع قيمة حقه ، فإنه يترتب على التطهير تخليص الحق المرهون ، وعلى ذلك إذا كان حق الانتفاع هو الذي انتقل إلى الحائز وحصل تطهيره ، فإن حق أرباب الديون المقيدة يبقى على الرقبة ، وعند انتهاء الانتفاع يعتبر ملحقاً بالرقبة ، فتعود أصحاب الديون المقيدة على العقار كاملا ، رقبة وانتفاعاً ، إذ أن الرهن يشمل ملحقات الرهون .

وإذا كان ملك الرقبة هو الذي انتقل إلى حائز وطهر ، فإن الرقبة تتطهر من الرهون، ويبقى الرهن على حق الانتفاع ، ويزول بزواله [3] .

٢٨٤ – تسجيل سند الحائز : يجب أن يكون سند الحائز مسجلا إذا كان قابلا للتسجيل ، لمنع القيود الجديد وتعيين الدائنين نهائياً ، لأنه بالتسجيل لا يكون للقيود الجديدة التي تلحق التسجيل أثر [4] .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٤١ – محمد كامل مرسي فقرة ١٥٩ .

(٢) أنظر جيوار فقرة ١٩٨٨ – بودري ودي لوان فقرة ٢٣٥٠ – بيدان فقرة ٩٥١ – فقرة ٩٥٢ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٣ مكررة هامش ١٧ ثالثاً . عكس ذلك هيك ١٤ فقرة ٨٩ .

(٣) أنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ١٥٥ ص ٢٢٤ – ٢٢٥ .

(٤) وقد نص التقنين المدني الجديد على وجوب التسجيل ، فقرر في الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٤ مدني ، كما رأينا ، أنه " يجوز للحائز ، إذا سجل سند ملكيته ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند " .

فالمشترى يسجل البيع ، والمقايض يسجل المقايضة ، والموهوب له يسجل الهبة ، والموصي له يسجل الوصية ، والشفيع يسجل حكم الشفعة .

أما إذا كان سند الملكية عملا ماديا كالتقادم ، فهذا السند غير قابل للتسجيل . ومن ثم يستطيع الحائز ، الذي كسب الملكية بالتقادم ، أن يطهر العقار دون أن يسجل شيئاً ، " لأن التقادم واقعة مادية تستعصي على التسجيل " (١) .

وإذا كان لمالك العقار بالتقادم سند يمكن تسجيله ، كما إذا حصل على حكم بالملكية بسبب التقادم ، فإنه يجب تسجيل هذا الحكم (٢) .

٢٨٥ – ميعاد التطهير : يجوز للحائز اتخاذ إجراءات التطهير من الوقت الذي يصبح فيه مالكاً ، وله ذلك دون الحاجة إلى حلول الدين المضمون بالرهن ، ويكون للحائز مصلحة في أن يعرض القيمة بمجرد حيازته قبل أن يدفع الثمن ، حتى لا يضطر إلى الدفع مرتين أو تنزع ملكية العقار منه (٣) .

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : " يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلا للتسجيل ، حتى لو لم يكن تسجيله واجبا . فالمشترى يسجل البيع ، والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم الشفعة .... والموصي له يسجل الوصية .... والغرض من ذلك تحديد الرهون التي يجب تطهيرها ، فإنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مرتهن يكون رهنه نافذاً في حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل ، بأن كان عملا ماديا لا عملا قانونيا، فلا سبيل للتسجيل في هذه الحالة . فالحائز الذي ملك بالتقادم عقارا مرهونا و لم يسقط الرهن .... يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصي على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يكون لأي رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة في حق الحائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح في التقادم القصير واجب التسجيل ، وفقا لأحكام المشروع ، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم ، وليس واجبا للتطهير . ذلك أن من يتملك بالتقادم القصير لا يتملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنما يتملك بواقعة مادية تستعصي على التسجيل ، هي الحيازة مقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ – ص ١١٨) .

أنظر شفيق شحاتة ٣ فقرة ٣٠٧ ص ٢٦٧ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٢٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ١٠٩ ص ٣١٧ – ص ٣١٨ – محمد علي إمام فقرة ٢٤٥ – أنظر عكس ذلك وأنه إذا كان سند الملكية عملا ماديا غير قابل للتسجيل فليس للحائز أن يطهر : محمد كامل مرسي فقرة ١٦٠ ص ٢٢٩ – سليمان مرقس فقرة ١٥٩ ص ٢٥٣ – ص ٢٥٤ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ١٦٠ ص ٢٣٠ .

(٣) دي هلتس فقرة ١٥٩ – جرانمولان فقرة ٥٣٨ – محمد كامل مرسي فقرة ١٥٣ ص ٢٢٢ .

ويبقى حق الحائز قائماً في التطهير ، إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع [1] .

ب – عرض الحائز وقبوله

٢٨٦ – إعلان الدائنين المقيدين وعرض قيمة العقار عليهم – نص

قانوني : نصت المادة ١٠٦٥ مدني على ما يأتي :

" إذا أراد الحائز تطهير للعقار، وجب عليه أن يوجه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم، في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد ، إعلانات تشمل البيانات الآتية " :

" (أ) خلاصة من سند ملكية الحائز ، تقتصر على بيان نوع التصرف ، وتاريخه ، واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ، ومحل العقار مع تعيينه وتحديده بالدقة ، وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن ، وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن " .

" (ب) تاريخ تسجيل ملكية الحائز ، ورقم هذا التسجيل " .

" (ج) المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ، ولو كان التصرف بيعاً . ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من الثمن إذا كان التصرف بيعاً . وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة " .

" (د) قائمة بالحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، وأسماء الدائنين " [2] .

---

(١) وكان المشروع التمهيدي ينص على أن الحق في التطهير يبقى قائما " يوم صدور الحكم بنزع الملكية ". فعدلت لجنة المراجعة النص ، فصار " إلى يوم توقيع الحجز العقاري " . وفي مجلس النواب ، أضيفت عبارة " أو صدور الحكم بنزع الملكية " . ولكن في لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة " توقيع الحجز العقاري أو صدور حكم بنزع الملكية " ، واستعيض عنها بعبارة " إيداع قائمة شروط البيع " .

" ويودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة بشروط البيع خلال تسعين يوما من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن " (م ٤١٤ من تقنين المرافعات الجديد) .

وظهرت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ مدني أخيراً ، كما رأينا ، على الوجه الآتي : " وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين ، أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع " .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٨ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه =

فأول ما يجب أن يذكره الحائز في الإعلان ، الذي يجب أن يكون رسمياً وعلى يد محضر وإلا كان الإعلان باطلا [1] ، خلاصة سند الحائز ، فيذكر بيان نوع التصرف إن كان بيعاً أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية ، وتاريخه ، وتعيين المالك السابق تعييناً دقيقاً ، وتحديد العقار المرهون ، وثمن هذا العقار إذا انتقلت ملكيته إلى الحائز بالبيع ، والتكاليف الأخرى التي تعتبر جزءاً من الثمن قبل المصروفات التي يتعهد المشترى بدفعها كمصروفات التطهير والفوائد المستحقة وقت بدء الانتفاع [2] ، والمبالغ التي يتعهد بدفعها من أجل مصروفات الزراعة والبذور والسماد [3] ، والمبالغ التي يتعهد بدفعها الوسيط الذي يكلفه البائع المفاوضة في العقد [4] . وفي حالة ما إذا كان عقد الحائز لا يتضمن ثمناً ، كما في المقايضة والهبة، يجب أن يذكر في الإعلان قيمة العقار المرهون [5].

ويذكر الحائز بعد ذلك تاريخ تسجيل التصرف الصادر إليه ، ورقم هذا التسجيل، فيجب أن يذكر تاريخ تسجيل أي تصرف صدر إليه ، بيعاً كان أو مقايضة أو هبة أو وصية أو غير ذلك [6] .

ويذكر الحائز قيمة العقار ، وهو الذي يقدر هذه القيمة ، وسنعرض لهذا البيان على حدة لأهميته .

ويذكر أخيراً قائمة بالحقوق التي تم قيدها ويريد تطهير العقار منها ، وهذه الحقوق هي حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الرهن الحيازي وحق الامتياز الخاص على العقار . ويذكر تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، وأسماء الدائنين .

= مجلس النواب تحت رقم ١١٥٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٦ — ص ١٠٧) .

التقنين المدني السابق : م ٥٧٥/٦٩٨ : وللحائز المذكور الخيار في أن يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه ، أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغا يقدر به قيمة العقار ولا يجوز أن يكون اقل من الباقي في ذمته من ثمنه ، أو يخلي العقار المرهون ، أو يتحمل الإجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية .

م ٥٨٠/٧٠٣ : إذا كانت أجزاء العقار مرهونة كل جزء على انفراده ، وجب تقدير كل منها على حدته .

(١) بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٦ وفقرة ٢٤١٧ — دي هلتس فقرة ١٧٧ — هالتون ص ٣٠٧ — محمد كامل مرسي فقرة ١٦٥ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٧ .

(٣) نقض فرنسي ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٦ — ١ — ٥١٣ .

(٤) بودي ودي لوان فقرة ٢٤٠٧ .

(٥) جيوار فقرة ٢٠٢٢ — بودري ودي لوان فقرة ٢٤١٠ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٨٥٤ هامش ١٤ .

(٦) جيوار فقرة ٢٠٢٩ — بودري ودي لوان فقرة ٢٤١٢ .

وفائدة هذه البيانات هي أن يطلع الدائنون على حالة العقار وما يثقله من قيود ، ليروا ما إذا كان من مصلحتهم قبول العرض أو رفضه .

٢٨٧ – المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار المرهون : ونأتي للبيان الذي تركناه لنعالجه على حدة لأهميته . وقد جاء في الفقرة (ج) من المادة ١٠٦٥ مدني ، كما رأينا : " وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة، وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة". ذلك أن التقدير يصح أن يرد على عقار شائع ، وعلى جزء مفرز من العقار ، فإذا كان العقار مقسماً إلى أجزاء مفرزة ، كل جزء منها مرهون لشخص ، اعتبر كل جزء عقاراً على حدة مستقلا عن الأجزاء الأخرى ، وجرى تطهير كل جزء على حدة، ولذلك يجب على الحائز تقدير كل جزء منفرداً باعتباره عقاراً مستقلا . وقد يباع بعض هذه الأجزاء في المزاد ، ويقبل عرض الحائز في الأجزاء الأخرى فتبقى له .

ويجب أن يقدر الحائز مبلغاً يعتبره قيمة للعقار الذي يطهره ، جزءاً من العقار كان أو كل العقار . وتقدير الحائز لهذا المبلغ متروك له ، فيقدر المبلغ الذي يعتقد أنه قيمة عادلة للعقار ، ولو كان هذا العقار قد آل إليه بطريق البيع ودفع فيه ثمناً ، فقد يقدر قيمة العقار بما يعادل هذا الثمن ، وقد يقدرها بما يجاوز الثمن ، وقد يقدرها بأقل من الثمن . فهو حر يقدر القيمة بالمبلغ الذي يراه مناسباً ، والدائنون هم أيضاً أحرار بعد ذلك كما سنرى ، لهم أن يقبلوا عرض الحائز ، ولهم أن يرفضوه ويعرضوا العقار المرهون للبيع جبراً في المزاد العلني.

ولا يحد من حرية الحائز في تقدير قيمة العقار المرهون إلا شرطان اشترطهما القانون:

(أ) يجب ألا تقل هذه القيمة في أية حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً . فإذا كان لم يدفع للبائع شيئاً من ثمن العقار ، وكان الثمن ٤٠٠٠ جنيها مثلا ، وجب أن يقدر قيمة العقار بما لا يقل عن ٤٠٠٠ جنيها ، وله أن يقدر القيمة بأكثر من ذلك . وإذا كان قد دفع من الثمن ١٠٠٠ جنيه مثلا ، كان الباقي في ذمته من الثمن ٣٠٠٠ جنيها . فيجب ألا تقل قيمة العقار التي يقدرها عن ٣٠٠٠ جنيهاً ، وقد يقدر القيمة بأكثر من ذلك . وهو على كل حال لا يخسر شيئاً ، فإن الباقي في ذمته واجب عليه دفعه ، ويحل فيه محل الدائن المرتهن ، فيستطيع أن يدفعه لهذا الدائن ويرجع به على العقار المرهون ، فيستوفي حقه كاملا دون أن يخسر أي شيء .

(ب) يجب ألا تقل القيمة التي يقدرها للعقار المرهون عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية ، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص ما يأتي : " وهو (الحائز) لا يتقيد في تقدير هذه القيمة بثمن العقار لو انتقلت

إليه ملكيته بالبيع ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بألا تقل القيمة عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية ، وهذا الأساس هو الضريبة عن العقار " [1] .

ولم يرد في قانون المرافعات السابق أية قواعد لتعيين الثمن في حالة نزع الملكية . وقد اقتبس التقنين المدني الجديد القيد الآنف الذكر من المشروع الإيطالي للتقنين المدني، وقد جاء في المادة ٥٠٠ من هذا المشروع :

Le prix ou la valeur déclarée ne peut être inférieur au taux établi pour base des enchéres par le code de procédure civile en cas d'expropriation .

وقد قضي قانون المرافعات الإيطالي أن على الدائن أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار ، أو يقدر هو هذه القيمة بحيث لا تقل عن ستين ضعفاً للضريبة التي تدفع للدولة إذا كان العقار مملوكاً للمدين ملكية تامة ، ولا عن ثلاثين ضعفاً للضريبة إذا كان المدين لا يملك إلا الرقبة أو الانتفاع . وفي مصر ، جاء في المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية المعدل بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ : " يكون أساس تقدير الرسوم النسبية على الوجه الآتي : ..... (ثانياً) على قيم العقارات أو المنقولات المتنازع فيها ، وفقاً للأسس الآتية :

(أ) بالنسبة للأراضي الزراعية تقدر قيمتها على أساس الثمن أو القيمة التي يوضحها الطالب بحيث لا تقل الضريبة الأصلية السنوية مضروبة في سبعين .

(ب) بالنسبة للعقارات المبنية تقدر قيمتها على أساس الثمن أو القيمة التي يوضحها الطالب بحيث لا تقل الضريبة مضروبة في سبعين .

(ج) بالنسبة للعقارات المبنية تقدر قيمتها على أساس الثمن أو القيمة التي يوضحها الطالب بحيث لا تقل عن قيمتها الإيجارية السنوية المتخذة أساساً لربط الضريبة عليها مضروبة في خمسة عشر [2] .

وقد نصت المادة ٣٧ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ يراعى في تقدير قيمة الدعوى ما يأتي :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٨ — ص ١١٩ .

(٢) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ١٦٤ ص ٢٣٣ هامش ٥ — وقارن سليمان مرقس فقرة ١٦٤ ص ٢٦٢ هامش ١ .

(١) الدعاوى التي يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنياً ، فإن كان من الأراضي يكون التقدير باعتبار أربعمائة مثل لقيمة الضريبة الأصلية ، فإذا كان العار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته .

(٢) الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات والمنازعات الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار تقدر قيمتها بقيمة العقار . أما الدعاوى المتعلقة بحق انتفاع أو بالرقبة قدرت باعتبار ربع قيمة العقار المقرر عليه الحق .

ويطبق حكم هذا النص في تقدير قيمة العقار المرهون .

٢٨٨ – العرض الحقيقي غير واجب – نص قانوني : ونصت المادة ١٠٦٦ مدني على ما يأتي :

" يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أو يوفي الديون المقيدة ، إلى القدر الذي قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ، أياً كان ميعاد الديون المقيدة " [١] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " ولا يلتزم الحائز بعرض القيمة عرضاً حقيقياً ، بل يكفي أن يظهر استعداده للدفع حالا ، أياً كان استحقاق الديون المقيدة. فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه هو إرادته المنفردة " [٢] .

ويفهم من ذلك أن الحائز لا يلتزم أن يعرض على الدائنين المقيدين ، عرضاً حقيقياً ، المبلغ الذي قدره للعقار المرهون ، بل يكفيه أن يظهر استعداده لدفع هذا المبلغ حالا ، إذا قبل الدائنون عرضه ، أياً كان ميعاد دفع الديون المقيدة .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٨٩ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٠٩ – ص ١١٠) .

التقنين المدني السابق : م ٧٠٤/٥٨١ : لا يكون عرض المبلغ عيناً ، إنما يجب عرض مبلغ يدفع نقداً ، أياً كان ميعاد حلول الديون المسجلة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٩ .

وبمجرد أن يظهر الحائز هذا الاستعداد ، يصبح ملتزماً بما عرض ، بحيث إذا قبل الدائنون العرض ، وجب عليه أن يدفع حالا المبلغ الذي عرضه . ومصدر الالتزام هنا هو إرادة الحائز المنفردة ، ويظل ملتزماً إلى أن يقبل الدائنون العرض فيدفع المبلغ في الحال أي ينفذ التزامه ، أو إلى مدى ستين يوماً وهو الحد الأقصى للميعاد الذي أعطى للدائنين لقبول العرض أو رفضه ، كما سنرى .

فإذا انقضت الستون يوماً ورفض الدائنون العرض ، تحلل الحائز من الالتزام ، وإذا دخل مزايداً في العقار المرهون كان ذلك طبقاً لمشيئته ، وكان يستطيع ألا يدخل .

٢٨٩ – ما يترتب على ما يقع في الإعلان من نقص أو خطأ : لم يذكر القانون ما يترتب على ما يقع في إعلان عرض الحائز من نقص أو خطأ .

وقد ذهب الفقه والقضاء إلى وجوب التفرقة بين البيانات الجوهرية [١] والبيانات غير الجوهرية [٢] . فإذا كان البيان جوهرياً ، أي من البيانات التي يجب أن يعلم بها أرباب الديون ليقدروا ما إذا كانوا يطلبون بيع العقار المرهون أو لا يطلبونه ، فإذا كان النقص أو الخطأ يضر بالدائن كان له أن يطلب بطلان الإعلان . ومن البيانات الجوهرية ذكر ثمن العقار المرهون ، فإذا ذكر ثمن أعلى لم يترتب على ذلك البطلان ، ويلزم الحائز بهذا الثمن للدائن الذي حصل الخطأ بالنسبة إليه . وإذا ذكر ثمن أقل ، ترتب البطلان على ذلك بالنسبة إلى من أصابه ضرر [٣] .

ويقرر القاضي ما إذا كان البيان جوهرياً أو غير جوهري [٤] .

وقائمة الحقوق التي تم قيدها على العقار يعتبر بياناً جوهرياً ، فإذا وقع خطأ فيها كان لمن أصابه ضرر أن يطلب البطلان . وعدم ذكر هذه القائمة بالدقة قد يسبب ضرراً لدائن متأخر ، إذ بسبب الغلط قد يمتنع عن طلب بيع العقار المرهون فيعرضه ذلك لضياع دينه ، ولذا يكون التطهير باطلا بالنسبة إليه [٥] .

ويجوز تصحيح البطلان بتنازل الدائن الذي له الحق في التمسك به ، وقد يكون التنازل صريحاً أو ضمنياً [٦] .

---

(١) énone atiou substantienlles .

(٢) enunciations non substienlles, secondaires .

(٣) جيوار ٢٠٥٣ – ٢٠٥٤ – بودري ودي لوان ٢٤١٧ .

(٤) بودي ودي لوان ٢٤١٧ .

(٥) هيك ١٠٧ – بودري ولي لوان فقرة ٢٤١٣ .

(٦) بودري ودي لوان فقرة ٢٤١٩ – نقض فرنسي ٤ مايو سنة ١٨٨٢ داللوز ٩٤ – ١ – ٨٤ .

ولأرباب الديون يكون لهم الحق في طلب البطلان الحق في اتخاذ إجراءات نزع الملكية، ولكن للحائز إذا لم يكن ميعاد العرض قد انتهى أن يجدده [1] .

وإذا كانت البيانات التي أعلنت صحيحة إلى بعض الدائنين ، وحصل خطأ فيها إلى دائنين آخرين ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلانها إلا بالنسبة إلى أرباب الديون الذين وصلت إليهم البيانات غير صحيحة [2] .

٢٩٠ – إلى من يوجه العرض : ويكون العرض على جميع الدائنين المقيدة حقوقهم : المرهنين رهناً رسمياً وأصحاب حقوق الاختصاص والمرهنين رهناً حيازياً وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة على عقار [3] .

والعرض يكون حتى على الدائنين الذين لم تحل حقوقهم ، فيترتب على التطهير الوفاء لدائنين حتى قبل الأجل .

وإذا أهمل الحائز إعلان العرض إلى أحد الدائنين المقيدة حقوقهم الواجب عليه العرض عليهم ، فإن ذلك لا يترتب عليه البطلان بالنسبة إلى الدائنين المعلنين [4] . أما الدائن الذي لم يعلن ، فيكون التطهير باطلا بالنسبة إليه ، ويحفظ حق تتبعه [5] ، وله أن يستعمل حق التقدم على الثمن إذا لم يكن قد وزع [6] .

والدائنون المقيدون الذين يحصل العرض عليهم هم المقيدون قبل تسجيل سند الحائز إذا كان هذا السند قابلا للتسجيل ، وليس من الضروري العرض على الدائنين اللاحقين للتسجيل ، لأن هؤلاء لا تنفذ حقوقهم على الحائز فقد سجل سنده قبل أن يقيدوا حقوقهم [7] .

---

(١) جيوار فقرة ٢٠٥٧ – بودري ودي لوان ٢٤٢٠ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٤ هامش ٤٧ .

(٢) جيوار فقرة ٢٠٥٥ – بودري ودي لوان ٢٤٢٠ – ١ – محمد كامل مرسي فقرة ١٦٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٧ .

(٤) جيوار فقرة ٢٠١٧ – بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٥ .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٥ .

(٦) لوران ٤٦١ – جيوار فقرة ٢٠١٧ – بودري ودي لوان فقرة ٢٤٠٥ – نقض فرنسي ٢٥ أبريل سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٩ – ١ – ١٠٢ .

(٧) جيوار فقرة ٢٠١٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٤ هامش ٨ – محمد كامل مرسي فقرة ١٦٢ – سليمان مرقس فقرة ١٦١ .

٢٩١ – في أي مكان يكون العرض : أوجبت المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري أن يكون للدائن محل مختار في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار ، فإن لم يختر له محلا صح إعلان الأوراق إليه في قلم كتاب المحكمة .

ونصت المادة ١٠٦٥ مدني على أن يوجه الحائز إعلان العرض في مواطن الدائنين المختارة المذكورة في القيد .

فإذن يجوز إعلان العرض على الدائنين في مواطنهم المختارة في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار المرهون ، ومن كان من الدائنين لم يعين محلا مختاراً ، جاز إعلانه في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها العقار المرهون .

ولكن يجوز للحائز مع ذلك أن يوجه الإعلان إلى الدائنين ، لا في مواطنهم المختارة ، بل في محال إقامتهم الأصلية ، لأن الإعلان في الموطن المختار كان لمصلحة الحائز فيجوز له أن يتنازل عن ذلك ، ولأن الإعلان في محل الإقامة الأصلية يكون دائماً صحيحاً . وعلى ذلك يكون مكان الإعلان ، إما المحل المختار فإن لم يوجد فقلم كتاب المحكمة الابتدائية للعقار المرهون ، أو محل الإقامة الأصلي للدائنين [١] .

٢٩٢ – في أي وقت يكون العرض : يعرض الحائز على الدائنين قيمة العقار المرهون من وقت تسجيل سند ملكيته ، دون أن ينتظر إنذاراً بالدفع أو التخليه ، ودون أن ينتظر آجال الديون المقيدة . ومصلحته إذا كان مشترياً أن يقوم بهذا الإجراء قبل أن يدفع الثمن إلى البائع ، حتى يستطيع عرض كل الثمن .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ مدني على أن " للحائز أن يستعمل هذا الحق (التطهير) حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع " [٢] .

وقد جاء التقنين المدني الجديد معدلا للتقنين المدني القديم .

ففي قانون المرافعات المختلط كان يجب أن يعقب التنبيه على المدين بالوفاء أو إنذار الحائز ، توقيع الحجز على العقار ، فنصت المادة ٧٠٠ مدني مختلط على أن حق الحائز في التطهير يبقى إلى وقت حجز العقار [١] .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٣٩٥٦ – بيدان وفواران فقرة ١١٠٥ – محمد كامل مرسي فقرة ١٦٣ – سليمان مرقس فقرة ١٦٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٥ .

وفي قانون المرافعات الوطني كان يلي التنبيه أو الإنذار رفع دعوى نزع الملكية وصدور الحكم فيها ، فنصت المادة ٥٧٧ مدني وطني على أن حق الحائز في التطهير يبقى إلى حين صدور الحكم بنزع الملكية [٢] .

ولأن تقنين المرافعات الأسبق قد ألغى نظام الحجز العقاري ودعوى نزع الملكية ، واستعاض عنها بإيداع قائمة شروط البيع ، نصت المادة ١٠٦٤ مدني على حق الحائز في التطهير إلى وقت إيداع قائمة شروط البيع [٣] .

٢٩٣ – قبول العرض : وقبول عرض الحائز من الدائنين يكون إما صريحاً أو ضمنياً . والقبول يكون بانقضاء الميعاد المعطى للدائنين وهو ثلاثون يوماً غير مواعيد المسافة (م ١٠٦٧ مدني) ، أن يطلب أحد منهم ، أو أحد الكفلاء لهؤلاء الدائنين ، بيع العقار المطلوب تطهيره ، كما سيأتي .

والثلاثون يوماً تبدأ بالنسبة إلى جميع الدائنين في تاريخ واحد هو تاريخ آخر إعلان رسمي ، ويضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلي لهذا الدائن الذي أعلن آخر إعلان وموطنه المختار ، بشرط ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى . ولكن الميعاد ينتهي بالنسبة إلى بعض الدائنين بانقضاء ثلاثين يوماً ، وبالنسبة إلى بعض آخر بانقضاء ثلاثين يوماً مضافاً إليها مواعيد المسافة ، على ألا يجاوز كل ذلك ستين يوماً .

ويسري الميعاد مستقلا بالنسبة إلى كل دائن [٤] . فإذا مضى الميعاد بالنسبة إلى أحد الدائنين فإنه يحرم حق طلب البيع ، ولو كان الميعاد لم ينقض بالنسبة إلى باقي الدائنين [٥] .

ولا يحسب اليوم الأول (dies a quo) ، ولكن يحسب اليوم الأخير (dies ad quan) . وإذا كان هذا اليوم الأخير يوم عيد ، فإن الميعاد يمتد إلى اليوم الذي يليه لو لم يكن هوَ أيضاً يوم عيد [٦] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٥ .

(٢) عبد السلام ذهني في التأمينات فقرة ١٨٣ – وقارن محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٥ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٥ ص ١٤٠١ .

(٣) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ١٥٣ – سليمان مرقس فقرة ١٦٣ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٢٤٥٥ – نقض فرنسي ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ – ١ – ١١٥ .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ٢٤٥٥ .

(٦) جيوار ٢٠٨٥ – بودري ودي لوان فقرة ٢٤٥٥ .

وقبول الدائنين ، صريحاً كان أو ضمنياً ، يرجع أثره إلى يوم حصول العرض [١] ، فإذا بيع العقار بعد ذلك بالمزاد أو بيع بيعاً اختيارياً بثمن أعلي من الثمن المعروض ، فليس للدائنين حق في الزيادة [٢] .

٢٩٤ – التزام الحائز في حالة قبول العرض : ومتى قبل العرض ، صار الحائز ملزماً شخصياً قبل الدائنين بأن يدفع المبلغ المعروض ، ويكون إلزامه في كل أمواله ، لا في العقار المرهون فقط [٣] .

ولكنه يبقى ملزماً بصفته حائزاً للعقار ، فيكون له الحق في أن ينازع في وجود الديون المقيدة وفي صحتها ، أو أن يحتج بسقوطها بالتقادم [٤] .

والرأي الراجح هو أن الدائنين ليس لهم الحق في الفوائد باعتبارها تابعة للثمن ، لأن الفوائد تمثل الانتفاع بالعقار والدائنون ليس لهم حق الانتفاع . غير أن الحائز يكون ملزماً قبل الدائنين بالفوائد ابتداء من وقت إنذاره بالدفع أو التخليه ، أو من وقت العرض إذا أجرى الحائز التطهير من تلقاء نفسه قبل أن ينذره الدائنون [٥] . ويلزم بالفوائد ولو كان العقار لا ينتج ثماراً [٦] ، ولو كانت الفوائد غير واجبة بموجب عقده كما لو كان العقد هبة [٧] ، وحتى لو كان عقد شرائه يقرر صراحة إعفائه من الفوائد [٨] .

٢٩٥ – توزيع قيمة العقار على الدائنين في حالة قبول العرض – نص قانوني

: والعقار المرهون لا يتخلص من القيود بمجرد قبول العرض ، بل يجب لتطهيره من هذه القيود دفع المبلغ المعروض أو إيداعه . وقد نصت المادة ١٠٧٠ مدني على ما يأتي : " إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد وبالأوضاع المقررة ، استقرت ملكية العقار

---

(١) بودري ودي لوان ٢٤٣٧ .

(٢) بودري ودي لوان ٢٤٨٥ – محمد كامل مرسي فقرة ١٦٩ .

(٣) هيك ١٤ فقرة ١٤٤ – دي لوان في داللوز ١٩٠٥ – ١ – ٢٩٣ – جرانمولان ٥٥٥ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٢٤٢٩ – نقض فرنسي ٢٦ أغسطس سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٢ – ١ – ٣٤٤ .

(٥) هيك ١٠٩ – جيوار ٢٠٤٩ – بودري ودي لوان فقرة ٢٤٣٤ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٤ وهامش ١٢ وفقرة ٢٩٤ هامش ٤١ – هامش ٤٢ .

(٦) بودري ودي لوان ٢٤٣٥ .

(٧) بودري ودي لوان ٢٤٣٥ – ١ .

(٨) محمد كامل مرسي فقرة ١٧١ .

نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة " [1] .

ويلاحظ أن المشروع التمهيدي لهذا النص كان يتضمن العبارة الآتية : " أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز " ، ولكن لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة مع أهميتها .

فمن الجائز أن يرفض الدائنون عرض الحائز ، فيعرض العقار المرهون للبيع بالمزاد، ولكن لا يعرض أحد من المزايدين ثمناً أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز ، حتى لو عرض مزايد ثمناً معادلا لما عرضه الحائز . عند ذلك يعتبر المزاد كأن لم يكن ، وتستقر ملكية العقار نهائياً للحائز ، مطهرة من كل حق قيد ، إذا دفع الحائز المبلغ الذي قوم به العقار المرهون .

ومتى دفعت قيمة العقار لأن الدائنين قبلوا عرض الحائز ، أو رفضوه ولكن لم يتقدم مزايد بثمن أعلى من المبلغ الذي قدر به الحائز قيمة العقار ، فإن قيمة العقار المدفوعة تقسم بين الدائنين على حسب درجة قيودهم ، وتدفع إليهم مباشرة ، أو تودع خزانة المحكمة لتوزيعها عليهم قضاء .

وقد أعطى القانون الخيار للحائز بين الدفع أو الإيداع ، قبل الانتهاء من إجراءات التوزيع [2] .

ويجوز للدائنين أن يلزموا الحائز إيداع القيمة ، إذا كانت لديهم أسباب معقولة يخشون معها إعساره قبل الانتهاء من إجراءات التوزيع [3] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، غير أن المشروع التمهيدي كان يتضمن العبارة الآتية : " أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز " . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ١١٧٢ في المشروع النهائي . وأقر النص مجلس النواب تحت رقم ١١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ — ص ١٢٠) .

التقنين المدني السابق : م ٧٠٢/٥٧٩ : لا يتخلص الحائز للعقار بعرض المبلغ الذي قدره قيمة له مما هو ملزم به بصفة كونه حائزاً للعقار ، إلا إذا صار ما عرضه مقبولا ، ويجوز له أن يعرض هذا المبلغ قبل تكليفه تكليفاً رسمياً .

(٢) بودي ودي لوان فقرة ٢٤٨٧ .

(٣) بون فقرة ١٣٣٦ مكررة — بجوار فقرة ٢١١٢ — بودري ردي لوان فقرة ٢٨٤٩ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٨٨٢ هامش ١٠٠ — محمد كامل مرسي فقرة ١٧٢ .

ج – عرض الحائز ورفضه – بيع العقار بالمزاد

٢٩٦ – خيار الدائنين – نص قانوني : تنص المادة ١٠٦٧ مدني على ما يأتي :

" يجوز لكل دائن قيد حقه ، ولكل كفيل لحق مقيد ، أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي ، يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار ، على ألاّ تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوما أخرى [١] .

ويخلص من هذا النص أن الدائنين المقيدين ، الذين أعلن لهم الحائز عرضه ، يكونون بالخيار بين قبول هذا العرض أو رفضه ، وذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي ، يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الأصلي لآخر دائن مقيد وموطنه المختار ، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوما أخرى .

فإذا انتهى الميعاد بالنسبة إلى أحد الدائنين المقيدين ولم يطلب بيع العقار المرهون ، عد هذا الدائن قابلا للعرض ، وامتنع عليه أن يطلب البيع . ولكن ذلك لا يمنع غيره من الدائنين المقيدين ، ومن الكفلاء لحقوق مقيدة وهم كل كفيل كفل لدائن مقيد حقه فهم يعنيهم أن يكون العرض مرضياً حتى يطمئنوا على ما سبق أن كفلوه ، أن يطلبوا البيع . فإذا طلبه أي واحد منهم ، أو طلبوه جميعاً ، كان انتهاء الميعاد بالنسبة إلى الأولين عديم الأثر .

فالدائنون إذن بالخيار بين أن يقبلوا جميعاً العرض هم وكفلاؤهم ، وبين أن يرفض أحد من الدائنين أو الكفلاء ما عرضه الحائز .

فإن قبلوا جميعاً العرض ، صراحة أو ضمناً بأن تركوا ميعاد الثلاثين يوماً (وميعاد المسافة) ينقضي دون أن يطلب أحد منهم البيع ، فقد رأينا فيما تقدم أن العقار المرهون يتطهر من القيود التي عليه إذا دفع الحائز ما عرضه .

والآن ننظر الحالة الأخرى ، وهي كيف يكون الرفض من أحد الدائنين المقيدين أو أحد الكفلاء .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٠ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١١ – ١١٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

٢٩٧ – رفض العرض : ولما كان الحائز هو الذي قدر قيمة العقار المرهون حسب ما يرى ، وكانت إجراءات التطهير تسمح بوفاء الدائن قبل حلول أجل الدين ، وتسمح بالوفاء له جزئياً ، ففي نظير ذلك خول القانون أحد الدائنين المرتهنين أو أحد الكفلاء رفض ما عرضه الحائز .

ولكن القانون فرض على الدائن المقيد أو الكفيل الذي يرفض العرض التزاماً هو أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق في المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من الثمن الذي عرضه الحائز .

وقد كان التقنين المدني القديم (م ٥٨٣/٧٠٦) يوجب على من يرفض عرض الحائز أن يزيد هذا العرض بمقدار عشر المبلغ المعروض ، وأن يصحب تقرير الزيادة إيداع مقدار خمس الثمن ، ويترتب على ذلك وجوب طرح العقار في المزاد .

وقد لوحظ عند وضع التقنين المدني الجديد أن هذه الالتزامات شديدة ، قد تثني من يريد الرفض من سلوك هذا السبيل . فاكتفى التقنين المدني الجديد ، في رفض عرض الحائز ، بطلب عرض العقار المرهون للبيع في المزاد ، وأعفى الدائن من وجوب زيادة العشر وإيداع خمس الثمن ، مكتفياً بإيداع خزانة المحكمة مبلغاً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، على ألا يسترد ما استغرق من هذا المبلغ في المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذي قدره الحائز قيمة العقار المرهون .

٢٩٨ – كيف يكون رفض العرض – نص قانوني : نصت المادة ١٠٦٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – يكون الطلب (طلب بيع العقار المطلوب تطهيره)بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، ويوقعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلا خاصاً . ويجب أن يودع الطلب خزانة المحكمة مبلغاً كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق منه في المصروفات إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز ، ويكون الطلب باطلا إذا لم يستوف هذه الشروط " .

" ٢ – ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه ، إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩١ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه =

وقد اكتفت المادة ١٠٦٨ بأن أوجبت على طالب البيع ، أو وكيله، والتوكيل في التطهير يجب أن يكون توكيلا خاصاً لأن التطهير من أعمال التصرف ، أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزاد . ولا يسترد طالب البيع ما استغرق من هذا المبلغ في المصروفات ، إلا إذا رسا المزاد بثمن أعلى مما عرضه الحائز , ويكون الطلب باطلا إذا لم تستوف هذه الشروط . ولا يجوز لطالب البيع أن يتنحى عن طلبه إلا إذا وافق جميع الدائنين وجميع الكفلاء ، لأن أحداً منهم يجوز أن يكون قد امتنع عن طلب البيع بإرادته المنفردة ، ولا يستطيع الرجوع في ذلك إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء .

ويجوز رفض عرض الحائز بطلب يقدمه طالب البيع ، وهو من رفض عرض الحائز ، بإعلان رسمي يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ، يطلب فيه بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويوقعه طالب البيع أو من يوكله توكيلا خاصاً في ذلك .

وإذا كان المالك السابق غير المدين ، فأنه يجب إعلان المدين أيضاً بذلك . والغرض من إعلان المالك والمدين اعطاؤهما الفرصة لأداء الدين ، تفادياً من رجوع الحائز عليهما [١].

ويشترط في طالب البيع أن يكون أهلا للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر [٢] .

ويترتب على طلب أحد الدائنين أو أحد الكفلاء بيع العقار وجوب عرض العقار في المزاد ، حتى لو قبل القيمة المعروضة من الحائز كل الدائنين والكفلاء ما عدا هذا الدائن أو الكفيل . إذ يتعلق بطلب هذا الدائن أو الكفيل حق الدائنين والكفلاء الآخرين، فقد يكونون اعتمدوا عليه واستغنوا به عن أن يطلبوا هم البيع [٣] .

وقد سوى القانون بين الدائنين والكفلاء ، لأن كفلاء الدين المضمون برهن يكون لهم ، مثل الدائنين ، مصلحة في وفاء الدين من قيمة العقار المرهون حتى لا يرجع عليهم بشيء .

= مجلس النواب تحت رقم ١١٥٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٢ — ص ١١٤) .

التقنين المدني السابق : م ٧٠٨/٥٨٤ فقرة ثانية : ولا يجوز الرجوع عن تلك الزيادة إلا برضاء جميع أرباب الديون المسجلة .

(١) محمد كامل مرسي فقرة ١٧٥ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٧٣ ص ٢٧١ .

(٣) بيدان وفوران ١١١٧ — جرانمولان ٥٦٢ — عبد الفتاح عبد الباقي ٣٣٣ .

وكل دائن قيد حقه يجوز له طلب البيع ، ولو كان حقه معلقاً على شرط [1] . وليس للدائنين العاديين أن يتدخلوا في إجراءات التطهير ، ولكن دائني الدائن المقيد يستطيعون أن يستعملوا حق مدينهم الدائن المقيد بطريق الدعوى غير المباشرة [2] .

٢٩٩ – بيع العقار بالمزاد – نص قانوني : تنص المادة ١٠٦٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – إذا طلب بيع العقار ، وجب إتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل ، من طالب أو حائز ، وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار " .

" ٢ – ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير " [3].

ويرى من هذا النص أنه إذا رفض أحد الدائنين أو أحد الكفلاء عرض الحائز وطلب بيع العقار المرهون ، فإنه يجب بيع هذا العقار طبقاً للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية .

ويتم البيع بناء على طلب طالب البيع أو الحائز ، وعلى من يباشر إجراءات البيع أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به الحائز العقار ، فإن هذا المبلغ إذا لم يجاوزه البيع في المزاد انعقد البيع نهائياً للحائز ، وخسر طالب البيع ما استغرق من المبلغ الذي قدمه في المصروفات .

ويجوز لكل شخص ، عدا الراهن والمدين إذا كان غير الراهن ، أن يدخل في المزاد . فيدخل الدائن طالب البيع وأي دائن آخر ولو كان دائناً عادياً ، ويدخل الحائز نفسه إذا أراد أن يزيد فيما عرضه ، وأي شخص أجنبي عن الدين وعن العقار المرهون .

ويجوز للحائز ، في أي وقت قبل رسو المزاد ، أن يقف الإجراءات باعتباره مالكاً للعقار المرهون ، وأن يمنع البيع في المزاد بدفع ديون الدائنين والمصروفات . ذلك أن البيع في

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ١٧٤ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ١٧٣ ص ٢٧٢ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٢ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٥٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٥ – ص ١١٦) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

الغرض منه استيفاء الدائنين لحقوقهم ، فما داموا قد استوفوها لم يعد هناك محل للبيع الجبري [1] .

وقد لا يستعمل الحائز حقه في ذلك ، وعند هذا يجب الاستمرار في الإجراءات وبيع العقار المرهون في المزاد .

فيرسو المزاد على الحائز أو على غير الحائز .

٣٠٠ – رسو المزاد على الحائز : ويرسو المزاد على الحائز في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا لم يعرض أحد من المزايدين ، أو الحائز نفسه إذا تقدم في المزاد، مبلغاً أكبر من المبلغ الذي قدره الحائز قيمة للعقار المرهون ، فعند ذلك يرسو المزاد على الحائز بالمبلغ الذي سبق له أن قوم به العقار المرهون ، ويبقى مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، وتستقر الملكية له ، ولا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسى المزاد . ويطهر العقار من كل حق مقيد عليه ، رهن رسمي أو حيازي أو اختصاص أو امتياز ، إذا دفع الحائز الثمن الذي سبق أن قوم به العقار . وتقع مصروفات البيع على الدائن طالب البيع [2]، لأنه ظهر أنه كان متسرعاً عندما طلب بيع العقار في المزاد ، و لم يتقدم مزايد حتى هو بثمن أعلى من الثمن الذي قوم به الحائز قيمة العقار . ويرد إلى طالب البيع من المبلغ الذي أودعه خزانة المحكمة ما زاد على ما أنفق في البيع من مصروفات ، فإذا كان المبلغ الذي أودعه خزانة المحكمة معادلا لما صرف لم يسترد شيئاً ، وإذا كان أقل مما صرف وهذا نادر كان مديناً بالفرق بين المبلغ الذي صرف والمبلغ الذي أودعه خزانة المحكمة .

(الحالة الثانية) إذا عرض أحد المزايدين مبلغاً أكبر من المبلغ الذي قوم به الحائز للعقار المرهون ، فزاد الحائز عليه ورسا عليه المزاد . ففي هذه الحالة ، يلتزم الحائز بالزيادة التي رسا بها المزاد عليه . وتدفع هي وما قوم به الحائز العقار عند العرض للدائنين المرتهنين ، فإن بقي شيء منها كان للحائز لأنه سيبقى مالكاً للعقار . ويلتزم الحائز أيضاً بمصروفات البيع ، ويرد إلى طالب البيع كل ما أودعه خزانة المحكمة على ذمة هذه المصروفات . ويبقى الحائز مالكاً للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصلي ، فلا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسى المزاد . وإذا سجل الحائز حكم مرسى المزاد ، فلا تحصل منه رسوم نسبية إلا بمقدار الفرق بين ثمن المزاد والثمن الأصلي [3] . ويطهر العقار من كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا

---

(١) بيدان وفوارات فقرة ١١٢٦ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ٣٣٤ .

(٣) بيدان وفوارات ١١٢٧ .

به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة . ويترتب على ذلك أن الكفيل الذي كفل وفاء الحائز بثمن الشراء الأصلي تبقى كفالته في حدود هذا الثمن فلا يضمن ما ترتب من الزيادة على البيع في المزاد ، وأنه إذا بقي شيء بعد وفاء الديون من ثمن المزاد فإن الزيادة للحائز [1] ، وأن الحقوق العينية التي يكون الحائز قد قررها على العقار بعد أن تلقى ملكيته وقبل رسو المزاد تبقى نافذة .

وفي كلتا الحالتين يرجع الحائز ، إما على الراهن الذي تلقى منه حق ملكية العقار المرهون ، أو على المدين إذا كان غير الراهن . فيرجع على الراهن بدعوى الضمان ، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٠ مدني بقولها : " يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق ، في الحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعاً " . فيرجع المشترى (الحائز) على البائع (الراهن) بما دفعه زيادة على الثمن الذي اشترى به ، ويرجع الموهوب له (الحائز) على الواهب (الراهن) إذا كانت الهبة بعوض وبالقدر الذي دفعه الموهوب له [2] . ويرجع على المدين غير الراهن بدعوى الإثراء بلا سبب، للحصول على مقدار الدين الذي دفعه عنه دون أن يكون ملتزماً بدفعه في سند ملكيته . وقد نصت المادة ٢/١٠٨٠ مدني على أن " يرجع الحائز أيضاً على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته أياً كان السبب في دفع هذه الزيادة ، ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين " . فإذا دفع الحائز عن المدين مبلغاً لم يكن قد التزم بدفعه في سند ملكيته ، جاز له الرجوع على المدين إما بدعوى الإثراء بلا سبب لكي يسترد ما دفعه عن المدين [3] ، أو بدعوى الحلول إذا كان الدين مضموناً بتأمينات أخرى غير العقار المرهون بشرط أن تكون هذه التأمينات مقدمة من المدين نفسه ، أما التأمينات المقدمة من غير المدين (كفيل عيني) فلا يحل فيها الحائز ، لأن الكفيل العيني يكون قد اعتمد على وفاء الدين من العقار المرهون فلا يرجع عليه إلا إذا كان العقار المرهون لم يف بالدين [4] .

٣٠١ – رسو المزاد على غير الحائز : وإذا رسا المزاد على غير الحائز ، سواء كان الدائن طالب البيع أو أي دائن آخر ولو كان عادياً أو أي شخص أجنبي ،

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٨٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٨٤ – بيدان وڤواران فقرة ١١٢٨ .

(٣) بيدان وڤواران فقرة ١١٢٨ .

(٤) سليمان مرقس فقرة ١٧٥ ص ٢٧٥ .

انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الراسي عليه المزاد ، وطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه ، ووجب تسجيل حكم مرسى المزاد وحصل على تسجيله رسوم نسبية كاملة [1] . والتزم الراسي عليه المزاد بأن يدفع ، فوق العطاء الذي تقدم به ، المصروفات التي أنفقها الحائز في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وكذلك المصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير ويغلب أن يكون طالب البيع قد عجلها . وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ مدني تنص على ما يأتي : " ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزامات بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير " .

وقد اختلف القضاء والفقه في فرنسا فيما إذا كان غير الحائز الذي رسا عليه المزاد يتلقى الملكية من الحائز ، أو يتلقاها ممن تلقى الحائز الملكية منه مع فسخ سند الحائز.

فذهب القضاء إلى أنه يتلقاها ممن تلقى الحائز الملكية منه مع فسخ سند الحائز ، استناداً إلى نص المادة ٢١٨٨ مدني فرنسي التي توجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع إلى الحائز كل ما أنفقه في سند ملكيته وتسجيله وإعلانات العرض وإجراءات التطهير ، ويؤخذ من ذلك أن المشرع رغب في إخراج الحائز من هذه الصفقة كأنه لم يدخلها [2].

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن ملكية الحائز تبقى له إلى حين رسو المزاد على الغير، ويعتبر الغير الراسي عليه المزاد متلقياً الملكية من الحائز ، وأن سند الحائز لا ينفسخ. ولا فرق بين رسو المزاد بعد نزع الملكية نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير وبين رسو المزاد بعد نزع الملكية في الأحوال العادية ، أما حكم المادة ٢١٨٨ مدني فرنسي فيضمن للحائز الحصول على ما أنفق من أقرب طريق ممكن وهو طريق الراسي عليه المزاد ، لا من سلفه الذي يغلب أن يكون قد أصبح معسراً [3] .

والخلاف بين الفقه والقضاء في فرنسا يقتضي ما يأتي : (١) فيما يتعلق بالضمان، يرجع الراسي عليه المزاد بالضمان على الحائز في الفقه ، ويرجع به على المالك قبل الحائز في القضاء . (٢) من حيث الثمار ، لا يلزم الفقه الحائز بردها ، ويلزمه القضاء بذلك . (٣) في الرهون المستجدة ، يعتبر الفقه الحائز هو المالك ورهونه نافذة ، ويعتبر القضاء المالك السابق

---

(١) بيدان وقواران فقرة ١١٣١ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٨٨ — فقرة ٣٩٨٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٩٩٠ — فقرة ٣٩٩١ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٤ هامش ١٠٩ وما بعده .

هو المالك ورهونه هي النافذة . (٤) فيما يتعلق بزيادة الثمن الراسي به المزاد على الديون والمصروفات ، يعتبرها الفقه من حق الحائز ، ويعتبرها القضاء من حق المالك السابق .

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد برأي الفقه ، فنص في المادة ١٠٧٦ مدني على أنه " إذا رسا المزاد في الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسي المزاد " . وعلى ذلك يرجع الراسي عليه المزاد على الحائز بالضمان ، ولا يلتزم الحائز برد الثمار إلا من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد (م ١٠٧٩ مدني) ، وينفذ الرهن الذي قرره الحائز ولذلك يتعين إدخال الدائنين المرتهنين من الحائز في الإجراءات حتى يسري في حقهم حكم مرسى المزاد ويطهر العقار من رهونهم ، وزيادة الثمن تكون للحائز (م ١٠٧٧ مدني) .

ووقع خلاف في الوقت الذي يتم فيه تطهير العقار ، أبمجرد تسجيل الحكم بمرسي المزاد ، أم يشترط قيام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن ؟ وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد بالرأي الثاني ، إذ جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : "والمبلغ الذي يرسو به المزاد يودع خزينة المحكمة ، أو يدفع للدائنين حسب مراتبهم ، فتنقضي الرهون وتمحى القيود ، ويتم بذلك تطهير العقار " [١] .

د – متى يمتنع التطهير – مصروفاته

٣٠٢ – متى يمتنع التطهير : الغرض من التطهير هو الوصول إلى قيمة مناسبة للعقار المرهون فيما إذا قبل عرض الحائز ، أو الوصول إلى أعلى قيمة للعقار المرهون فيما إذا رفض عرض الحائز وبيع العقار بالمزاد الجبري ورسا مزاده بثمن أعلى مما قوم به الحائز للعقار.

وهناك أحوال لا يكون التطهير فيها لازماً فيمتنع ، ويكتفي بالثمن الذي وضعه الحائز في العقار ، ويقوم التصرف مقام التطهير [٢] .

من هذه الأحوال أن يكون الدائنون قد ساهموا في جعل العقار يرسو في المزاد فنفرض مثلا أن الحائز قد رسا عليه مزاد العقار المرهون ، ودخل في المزاد أناس كثيرون منهم الدائنون المرتهنون وحاول الجميع الحصول على العقار ، ولكن الحائز أعطى فيه أكبر ثمن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٠ – أنظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ١٧٦ .

(٢) L'alénation vaut purge .

ممكن ، فرسا المزاد عليه . فهذا دليل على أن الثمن الذي رسا به مزاد العقار أوصله إلى أعلى قيمة ممكنة فلا يؤمل بعد ذلك الوصول إلى قيمة أعلى منها . في مثل هذه الحالة يمتنع التطهير ، ويكتفي بالثمن الذي دفعه الحائز للحصول على العقار .

وقد يكون العقار عرض على الجمهور ، بحيث أصبح لا تؤمل زيادة ثمنه على الثمن الذي اشترى به الحائز للعقار . ويكون ذلك في حالة رسو المزاد ، في بيع العقار بالمزاد الجبري ، لنفرض مثلا أن الحائز اشترى العقار في المزاد الجبري ، حيث زايد فيه الناس كافة ، ورسا المزاد أخيراً على الحائز . فهنا أيضاً يمكن افتراض أن الثمن الذي رسا به المزاد على الحائز هو أعلى ثمن للعقار ، وأنه لا فائدة من تطهيره . فيمتنع التطهير ، ويكتفي بالثمن الذي رسا به مزاد العقار على الحائز باعتبار أنه هو أنسب ثمن . وفي حالة رسو المزاد بعد التقرير بالزيادة ، يكون ما يرسو به العقار عل المزايد الذي رفع أكبر ثمن هو الثمن المناسب للعقار .

وقد نصت المادة ٦٧٥ من قانون المرافعات المختلط الملغي على أن " حكم مرسي المزاد المسجل بحسب الأصول يطهر العقار من كل الرهون التأمينية ، ولا يكون للدائنين سوى الحق في الثمن " . ولم يأت قانون المرافعات الأهلي الملغي بنص يقابل المادة ٦٧٥ مرافعات مختلط ، ولكن كان الرأي العمل بحكم هذه المادة ، لأن القانون الأهلي يوجب إدخال الدائنين في إجراءات البيع وفي إجراءات التوزيع ، وينص على انتهاء إجراءات التوزيع بشطب رهونهم ولو لم يبق لهم من ثمن البيع ما يستوفون منه حقوقهم . ولأنه نص في المادة ٤٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن " تجديد القيد واجب حتى أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العيني، ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو طهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر " .

ويعتبر التطهير أيضاً غير مجد وغير لازم في حالة نزع الملكية للمنافع العامة ،ولكن ذلك يرجع لأسباب أخري غير الأسباب التي تقدم ذكرها ، إذ لا يمكن عرض العقار المنزوع ملكيته للمنافع العامة للبيع بالمزاد [1] .

وبوجه عام ، إجراء التطهير لا يكون إلا في الحالات التي ينتقل فيها العقار إلى الحائز وهو محمل بالرهن . وعلى ذلك إذا كان من طبيعة التصرف الذي يرتب الملكية للحائز تحرير العقار من الرهن ، فلا يكون هناك داع لإجراء التطهير ، إذ يكون العقار قد انتقل إلى الحائز محرراً بالفعل مما يثقله من دوين . ويلاحظ أن التصرف ، وإن ترتب عليه تطهير العقار

---

(١) أنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ١٨١ — سليمان مرقس فقرة ١٧٧ .

من الرهن ، لا يؤدي إلى الإضرار بالدائن المرتهن . ففي حالة التنفيذ على العقار ، يكون البيع بالمزاد العلني وبإشراف القاضي ، ويشترك الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ ، وبذلك تعطى الفرصة لأن يأتي العقار بأكبر ثمن ممكن . وفي حالة نزع الملكية ، يقرر القانون من الأحكام ما يكفل بها الحصول على تعويض عادل . وعلى ذلك فالمتصرف الذي يحرر العقار من الرهن يحرره من ضمان الحصول على أكبر قيمة ممكنة للعقار ، وهذه هي نفس وظيفة التطهير [1] .

٣٠٣ – مصروفات التطهير : لا يوجد نص عام يحدد من يتحمل مصروفات التطهير ، ولكن يوجد نصوص متفرقة ، وقواعد قانونية .

فإذا قبل الدائنون المرتهنون عرض الحائز ، تحمل الحائز نفقات الإعلانات الموجهة لهؤلاء الدائنين . على أن للحائز أن يرجع بهذه النفقات على مالكه إذا كان له حق الرجوع عليه بالضمان ، كما إذا تملك العقار المرهون بمقابل ، ولم يتفق على تحمله مصروفات التطهير .

أما إذا بيع العقار بالمزاد ، بأن رفض الدائنون المقيدون عرض الحائز ، التزم الراسي عليه المزاد بدفع المصروفات التي اقتضتها إجراءات التطهير ، وذلك بجانب التزامه بدفع الثمن الذي رسا به المزاد عليه (م ٢/١٠٦٩ مدني) . ويكن للحائز ، إذا رسا المزاد عليه ، أن يرجع بها على مالكه بدعوى الضمان إذا توافرت شروط هذه الدعوى [2] .

وإذا كان التصرف الذي أعقبه التطهير عقد بيع ، فالأصل أن البائع هو الذي يتحمل مصروفات التطهير ، لأنه ملزم بتسليم العقار خالياً من كل رهن . ولكن قد يشترط البائع غير ذلك ، فيلزم المشترى (الحائز) بدفع هذه المصروفات [3] .

وإذا كان العقد من غير مقابل ، فالمصروفات على الحائز [4]

---

(١) أنظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٢٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٣٨ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٣٣٦٣ – جرانمولان فقرة ٥٥٦ – نقض فرنسي ١٠ يونية سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ – ١ – ٣١٩ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٣٣٦٣ – جرانمولان فقرة ٥٥٦ – وأنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ١٧٩ .

§ ٣ – تخليه العقار
(Délaissement hypothécaire)

٣٠٤ – الغرض من التخليه : التخليه هي أن يترك الحائز العقار ، ويكون ذلك في يد حارس [١] أو أمين للعقار [٢] تعينه المحكمة ، ليتخذ الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهة هذا الحارس ، بدلا من أن يكون ذلك في مواجهة الحائز نفسه . وذلك حتى لا تبدأ الإجراءات أو تستمر في مواجهة الحائز ، ولا يظهر اسم هذا في الإعلانات ، حتى لا تسوء سمعته المالية وتكون الإجراءات سبباً في أن يشتهر بالإعسار ، وحتى يتخلص من مسئولية إدارة العقار بعد أن ألحقت ثماره به من وقت الإنذار [٣] .

ويجب ألا تقيد التخليه بأي شرط [٤] ، فتشمل كل العقارات المرهونة التي تكون في يد الحائز بصفته هذه ، فإذا كان الحائز قد تصرف قبل الإجراءات الموجهة إليه في جزء من العقارات ، وقعت التخليه في الباقي منها [٥] .

والتخليه هي من النظم القانونية المتخلفة عن القانون الروماني ، وكان من أهم حقوق الدائن المرتهن في القانون الروماني عند حلول أجل حقه وعدم الوفاء به ، أن يدخل في حيازة العقار المرهون ويستولى عليه من مالكه . وتطور الأمر فلم يعد من حق الدائن المرتهن أن يستولى على حيازة العقار المرهون ، بل إن يطلب بيعه في المزاد العلني ، ومع ذلك بقيت فكرة التخليه ، وأصبحت حقاً للحائز لا للدائن المرتهن [٦] .

ويترتب على التخليه ، لا وقف الإجراءات ، ولكن تحويل مجراها . فبعد أن كانت تتخذ في مواجهة الحائز ، أصبحت تتخذ في مواجهة الحارس أي أمين العقار [٧] .

---

(١) sequester .

(٢) curateur .

(٣) بيدان وقواران ١١٧٩ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٤ – جرانمولان ٤٨٣ – محمد كامل مرسي ١٨٣ .

(٤) م ٢١٨٦ مدني فرنسي : يجب أن تجرى من غير أي تحفظ (saus aucune reserve) .

(٥) هيك ١٤ فقرة ٣٥ – جيوار فقرة ١٦٧٣ – بودري ودي لوان فقرة ٢١٨١ .

(٦) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ – مازو ٣ فقرة ٤٩٨ – سمير تناغر فقرة ٥٨ .

(٧) بيدان وقواران ١٤ فقرة ١١٧١ – سمير تناغر فقرة ٥٨ .

٣٠٥ – من له الحق في التخليه : والتخليه مقررة للحائز ، للأسباب التي تقدم ذكرها . والحائز غير مسئول عن الدين ، فيحق له أن يتفادى إجراءات البيع في مواجهته [١] .

غير أن الحائز قد يصبح مسئولا عن الدين لسبب لاحق ، فعندئذ لا تجوز له التخليه . مثل ذلك أن يجبر الحائز على قضاء الديون في حالة من الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦٣ مدني ، " وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود " (م ٣/١٠٦٣ مدني) . وإذا عرض الحائز تطهير العقار فقبل العرض ، أصبح ملزماً بدفع المبلغ الذي قوم به العقار ، ولم يجز له أن يلجأ إلى التخليه . أما إذا رفض العرض وشرع الدائنون في إجراءات البيع ، فإن الحائز لم يصبح ملاماً بما عرض ، ومن ثمن تجوز له تخليه العقار [٢] .

ويجب أن تتوافر في الحائز ، حتى يستطيع تخليه العقار ، أهلية للتصرف ، لأن التخليه معناها الاعتراف بحقوق الدائنين المقيدين ، والنزول عن كل دفع يستطيع أن يدفع به إجراءاتهم ، وهذا كله من أعمال التصرف [٣] . وهناك من ينكر أن التخليه من أعمال التصرف لأن الحائز إنما يتخلى عن الحيازة المادية للشيء لا عن ملكيته ولا عن حيازته القانونية ، مع الاعتراف في الوقت نفسه بخطورة التخليه مما يجعلها في حكم أعمال التصرف [٤] .

وإذا لم يكن المدين الشريك في الدين متضامناً ، ودفع حصته في الدين ، لم يعد مديناً وجازت له تخليه العقار [٥] . وليس للحائز طلب التخليه إذا تعهد للدائنين المقيدين، سواء في عقد تملكه أو في اتفاق لاحق ، بأن يدفع لهم الثمن ، لأن هذا التعهد يجعله ملزماً شخصياً

---

(١) أستئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ – بيدان وڤواران ١٣ فقرة ١١٧٣ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٦ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٨١٣ – جوسران ٢ فقرة ١٩٠٥ – سمير تناغر فقرة ٥٩ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهامش ٤٣ – بيدان وڤواران ١٤ فقرة ١١٧٦ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٤٧ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٨١٣ – سمير تناغر فقرة ٥٩ .

(٤) أنسيكلوبيدي داللوز ٢ ص ٩٢٩ فقرة ٤٠٢ – محمد كامل مرسي فقرة ١٨٦ – سليمان مرقس فقرة ١٧٧ ص ٢٨٢ .

(٥) هيك فقرة ٣٥ – جيوار فقرة ١٦٧٧ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٧٢٨ هامش ٣٦ – محمد كامل مرسي فقرة ١٨٤ ص ٢٥٢ .

ويترتب عليه حرمانه من حق التخليه [1] . أما إذا كان الحائز قد تعهد للبائع ، فإن هذا التعهد يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويجوز للدائنين أن يقبلوا الشرط فيرجعوا على المشترى بالثمن ولا تجوز التخليه ، أو يرفضوه ويلجئوا إلى دعوى الرهن فيكون للحائز طلب التخليه [2] .

وليس لبعض الحائزين حق التخليه ، فليس لمن يرسو عليه المزاد الحاصل بالمحكمة التخلي عن العقار ، بل يجبر على أن يدفع لأصحاب الديون المقيدة الثمن الذي رسا به المزاد عليه ، وليس عليه دفع شيء زيادة على ذلك [3] . كذلك لا يكون للحائز الحق في التخليه إذا كان لم يدفع الثمن وكان يكفي لقضاء الديون المقيدة ، أو كان الباقي من الثمن يكفي لقضائها ، وللبائع أن يعترض على التخليه ، حتى لو كان الدائنون قد بدأوا الإجراءات [4] . وإذا كانت الديون المقيدة أكثر من الثمن ، ولكن اكتفى جميع أرباب الديون بالثمن وقبلوا محو القيود مقابل دفع هذا الثمن ، فلا يجوز للحائز طلب التخليه [5] .

والكفيل العيني يستطيع أيضاً أن يتخلى عن العقار ، وقد سوى المشرع بينه وبين الحائز فيما يتعلق بالتخليه ، فنصت المادة ٢/١٠٥١ مدني على ما يأتي : " وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليه العقار [6] " .

ويلاحظ أن من له حق التخليه ، من حائز أو كفيل عيني ، إنما يتخلى عن العقار المرهون ، لا في ملكيته ، ولا في حيازته القانونية ، وإنما يتخلى عن الحيازة المادية للعقار

---

(١) لوران فقرة ٢٩٣ — جيوار فقرة ١٦٧٥ — بودري ودي لوان فقرة ٢١٨٤ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٧٢٨ — محمد كامل مرسي فقرة ١٨٤ ص ٢٥٢ .

(٢) هيك فقرة ٣٣ — بون فقرة ١١٨٠ — بودري ودي لوان فقرة ١٨٥ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٣٧ وهامش ٣٩ — محمد كامل مرسي فقرة ١٨٤ ص ٢٥٣ .

(٣) نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٠ ص ١٩٨ .

(٤) جيوار فقرة ١٦٧٨ — بودري ودي لوان فقرة ٢١٨٧ — جرانمولان فقرة ٤٨٦ .

(٥) هيك ١٤ فقرة ٣٣ — جيوار فقرة ١٦٧٨ — بودري ودي لوان فقرة ٢١٨٧ . وأنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ١٨٥ .

(٦) ويقول الأستاذ شمس الدين الوكيل : " إن الكفيل العيني في تقديرنا تتوافر فيه صفة المدينونية ، ولكنه يحدد المسئولية عنها في نطاق العقار المرهون فقط . وهو بذلك يمتنع عليه التطهير باعتبار أنه مسئول عن أداء الدين في الحدود المتقدمة . ولكن ليس ثمة ما يمنع من السماع له بتخليه العقار لتوافر الهدف من تقرير هذه الوسيلة القانونية . فكل ما يسعى إليه الكفيل هنا هو ترك الحيازة العرضية ، حتى يتجنب إشراكه في إجراءات نزع الملكية ، وهو باتخاذ هذا الموقف يستند إلى أنه مدين تابع ، وأنه لا ضرر على الدائنين من انسحابه أثناء التنفيذ على العقار " (شمس الدين الوكيل فقرة ١١٦ ص ٣٠٩ — وأنظر أيضاً سمير تناغو فقرة ٩٥) .

المرهون ، وذلك للحارس أو أمين العقار ، حتى تتخذ الإجراءات في مواجهة هذا الحارس أو الأمين ، بدلا من اتخاذها في مواجهة الحائز أو الكفيل العيني .

٣٠٦ — ميعاد التخليه : يكون للحائز طلب التخليه من وقت إنذار الدائنين إياه بالدفع أو التخليه ، وذلك لأن انقضاء الديون يجوز لكل شخص بمجرد حلول أجل الدين ، ولأن التطهير ورد في شأنه المادة ٢/١٠٦٤ تجيز الالتجاء إليه حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى الحائز ، و لم يرد بشأن التخليه نص مماثل ، فوجب أن تبدأ من وقت إنذار الدائنين للحائز بالدفع أو التخليه [١].

ويبقى هذا الحق قائماً إلى تاريخ رسوم مرسى المزاد ، إلا أنه لا يحدث عملا أن يتأخر الحائز إلى هذا الوقت ، لأن الإجراءات تكون قد اتخذت في مواجهته شخصياً وهو لا يريد ذلك [٢] . وقد كان التقنين المدني المختلط ينص صراحة على جواز ذلك ، إذ جاء في المادة ٦٩٩ مدني مختلط أن " يبقى كل من الحق في عرض المبلغ الكافي لوفاء الدين وألحق في تخليه العقار لحين بيع العقار في المزاد بعد حجزه " .

٣٠٧ — إجراءات التخليه — نص قانوني : نصت المادة ١٠٧١ مدني على ما يأتي :

" ١ — تكون تخليه العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنـــزع الملكية ، وبأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخليه في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها" .

" ٢ — ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك " [٣] .

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١٨١ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ١٨٧ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤٢ — سليمان مرقس فقرة ١٨١ — سمير تناغو فقرة ٦٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٤ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٣ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢١ — ص ١٢٤) .

التقنين المدني السابق : م ٧٠٩/٥٨٥ : تكون تخليه العقار بتقرير من حائزه ، في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار . =

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " ١ — إذا لم يدفع الحائز الدين و لم يلجأ إلى التطهير ، بقي أمامه أن يخلي العقار ، حتى يكفي نفسه المؤونة في مواجهة إجراءات التنفيذ ، وحتى يتقي الظهور في هذه الإجراءات شخصاً تنزع ملكية بما ينطوي على ذلك من مساس بسمعته . وتكون التخليه بتقرير يقدمه أمام قلم كتاب محكمة العقار، ويؤشر به في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويعلن الدائن المباشر للإجراءات بالتخليه في مدى خمسة أيام من وقت التقرير بها ، وهذا إجراء ضروري لم يرد ذكره في التقنين الحالي (السابق) . ٢ — فإذا خلي الحائز العقار ، لم يعد من الممكن الاستمرار في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته ، ولو أنه يبقى مالكاً للعقار. ويجوز لكل ذي مصلحة ، كالدائن أو الراهن أو الحائز نفسه ، أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ الإجراءات في مواجهته . ويجب تعيين الحائز حارساً ، لا باعتباره حائزاً فيتعرض المساس بالسمعة وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ " [١] .

فتخليه العقار المرهون تكون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب محكمة العقار ، ويؤشر بهذا التقرير في هامش تسجيل بنزع الملكية ، ويعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخليه في خلال خمسة أيام من يوم التقرير بها . ولم يكن التقنين المدني السابق يذكر وجوب إعلان التقرير إلى الدائن المباشر للإجراءات ، مع أن هذا إجراء لازم ليعلم هذا الدائن بالتخليه فيطلب تعيين حارس تتخذ في مواجهته الإجراءات .

ويعلن التقرير أيضاً إلى المدين ، وينبه عليه كما ينبه على الدائن المباشر للإجراءات ، بالحضور للمحكمة لسماع الحكم بالتخليه [٢] ، ويجوز عندئذ الاعتراض على التخليه إن كان لذلك محل . وإذا قبل كل من المدين والدائن التخليه ، فإن التنبيه عليهما بالحضور للمحكمة يكون غير لازم [٣] .

وعند ذلك تتوقف الإجراءات ، إلى أن يطلب كل ذي مصلحة ، من دائن أو راهن أو الحائز نفسه ، تعيين الحارس . ويقدم طلب تعيين الحارس إلى قاضي الأمور المستعجلة ، فيعين حارساً أو أميناً للعقار تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية . وقد يطلب الحائز تعيينه حارساً ، فيجب على قاضي الأمور المستعجلة تعيينه . على أن طلب الحائز تعيينه

= م ٥٨٦/٧١١ : يعين بمعرفة قاضي المواد الجزئية ، بناء على عريضة من يطلب التعجيل من الأخصام ، أمين العقار المخلي ، وتحصل في مواجهته الإجراءات المتعلقة بالبيع القهري ويعين لتلك المأمورية الحائز للعقار إذا طلبها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ .

(٣) بودري ودي لوان ٢١٩٢ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٤٣ مكرر وهامش ٤٤ .

حارساً أمر نادر ، لأنه لو أراد أن تكون الإجراءات في مواجهته لما تخلى عن العقار . على أن الحائز قد يطلب تعيينه حارساً ، فيعين لا باعتباره حائزاً ، وبذلك يتوقى المساس بسمعته المالية ، وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ .

وإذا لم يراع إجراء من هذه الإجراءات ، كانت التخليه باطلة ، وللدائن المباشر للإجراءات أن يستمر فيها في مواجهة الحائز نفسه .

٣٠٨ – الرجوع عن التخليه بعد تقريرها : ويجوز للحائز الذي قرر تخليه عن العقار المرهون أن يرجع في ذلك ، فإن له حتى وقت رسو المزاد أن يدفع الديون لأرباب الديون المقيدة ، وإذا فعل فإنه يخلص عقاره (م ١٠٦١ مدني) [١] .

ويترتب على أن الحائز يعمد إلى دفع الديون للدائنين المقيدين أن التخليه لا تنتج آثارها ، إذ يدفع الديون لاتخاذ إجراءات نزع الملكية . ولكن يجب ، لتخليص العقار ، أن يقوم الحائز بدفع الديون كلها بفوائدها ومصروفاتها حتى يتخلص العقار من قيود هذه الديون [٢] .

٣٠٩ – ما يترتب على التخليه : لا يتخلى الحائز عن ملكية العقار ، ولا عن حيازته القانونية ، ولكن عن حيازته المادية فحسب [٣] .

فيظل الحائز مالكاً ، ويجوز له أن يتصرف في العقار إلى وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية [٤] . ويظل حائزاً ، ولذلك تستمر مدة التقادم التي بدأت لمصلحته في كسب حق ما [٥] . ولما كانت التخليه لا يترتب عليها نقل حق على العقار ، فإنه لا يجب في شأنها التسجيل [٦] .

وبمجرد التخليه تتوقف الإجراءات في مواجهة الحائز ، ولصاحب المصلحة أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات بيع العقار في المزاد ، وإجراءات بيع العقار في المزاد لا تختلف ، سواء اتخذت في مواجهة الحارس أو اتجهت في

---

(١) بيدان وقواران فقرة ١١٨٠ – پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٨٩٠ – محمد كامل مرسي فقرة ١٨٩ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤٤ – سليمان مرقس فقرة ١٨٢ .

(٢) بيدان وقواران فقرة ١١٨٠ – پلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٨٩٠ – محمد كامل مرسي فقرة ١٨٩ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٤٤ – سليمان مرقس فقرة ١٨٢ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ – سمير تناغر فقرة ٦١ .

(٤) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٨١٤ – سمير تناغر فقرة ٦١ .

(٥) پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ .

(٦) بيدان وقواران ١٤ فقرة ١١٨٠ – پلانيول وريپير وبيكيه ١٣ فقرة ١١٥٣ .

مواجهة الحائز نفسه . ولذلك يرى بعض الفقهاء أن نظام التخليه لا يحقق نفعاً كبيراً [١] ، ولكن هذا النظام يحقق للحائز تجنب ظهور اسمه في إجراءات نزع ملكية العقار المرهون ، ويجنبه مشقة إدارة العقار المرهون ، ويحقق للدائن المرتهن اعتراف الحائز بحقه ، ونزوله عن كل دفع يستطيع توجيهه إلى الدائن .

٣١٠ – آثار التخليه : ومن آثار التخلية ما يأتي :

(١) إذا انقضى الرهن لأي سبب من الأسباب ، فإن للحائز أن يسترجع العقار[٢].

(٢) الرهون التي يقررها الحائز على العقار المخلي بعد التخليه تكون صحيحة ، ويدخل الدائنون المرتهنون بعد التخليه في الثمن الراسي به المزاد بحسب درجة رهونهم [٣] .

(٣) إذا هلك العقار بحادث جبري قبل رسو المزاد، فإن الهلاك يكون على الحائز، ولا يبرأ من الثمن الذي يكون في ذمته [٤] .

(٤) إذا رسا المزاد بثمن أعلى من الدين المضمون ، فإن الزائد يكون من حق الحائز [٥] .

(٥) يكون للحائز ، حتى رسو المزاد ، أن يسترجع العقار بقضاء الدين المضمون بالرهن ومصروفات الإجراءات [٦] .

فالحائز للعقار الذي يتخلى عنه يكون في نفس المركز الذي يكون فيه الحائز للعقار الذي لا يتخلى عنه ويتحمل إجراءات نزع الملكية [٧] .

٣١١ – بُعد التخليه : فإذا تمت التخليه وعين حارس للعقار ، اتخذت إجراءات بيع العقار المرهون في مواجهة الحارس ، لا في مواجهة الحائز . ولا تختلف الإجراءات عن تلك التي تكون موجهة إلى الحائز .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٤٤ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٨١٢ – سمير تناغو فقرة ٦١ ص ١٨٨ .

(٢) بيدان ٢ فقرة ١٩٤٣ .

(٣) لوران ٣١٨ – هيك ٤٩ – جيوار ١٦٨٥ – بودري ودي لوان ٢١٩٥ – محمد كامل مرسي فقرة ١٩٠ .

(٤) پون ١٢١٦ – جيوار ١٦٨٥ – بودري ودي لوان ٢١٩٥ .

(٥) لوران ٢٩٨ – هيك ٣٧ – جيوار ١٦٨٣ – بودري ودي لوان ٢١٩٥ و ٢٢١٧ – أوبري ٣ فقرة ٢٨٧ ص ٢٣٨ هامش ٤٥ مكرر وهامش ٦١ – محمد كامل مرسي فقرة ١٩٠ .

(٦) محمد كامل مرسي فقرة ١٩٠ .

(٧) محمد كامل مرسي فقرة ١٩٠ ص ٢٥٨ .

ويجوز للحائز أن يدخل في المزاد ، وأن يرسو المزاد عليه ، كما في حالة البيع نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير ، وكما في حالة نزع الملكية في مواجهة الحائز نفسه .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، انتقلت الملكية من الحائز إلى الراسي عليه المزاد ، وطبقت الأحكام التي تتعلق بنزع ملكية الحائز .

وإذا رسا المزاد على الحائز ، تأيدت ملكيته ، وطبقت أحكام رسو المزاد على الحائز في حالة بيع العقار للحائز نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير [1] .

§ ٤ – تحمل إجراءات نزع الملكية

٣١٢ – نص قانوني : نصت المادة ١٠٧٢ مدني على ما يأتي :

" إذا لم يختر الحائز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد " [2] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي:

" إذا لم يختر الحائز دفع الديون المقيدة ولم يلجأ إلى تطهير أو التخليه ، اتخذت الإجراءات في مواجهته هو باعتباره حائزاً . ويجب لاتخاذ الإجراءات في مواجهته أن ينذر ، بعد التنبيه على المدين أو مع التنبيه ، ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه ، وفي هذا تقنين للقضاء المصري في هذه المسألة . وعلى هذا الحكم أن المدين هو الذي يجب اتخاذ الإجراءات ضده بعد المدين أو معه " [3] .

---

(١) بيدان وفوارن فقرة ١١٨٢ – سليمان مرقس ١٨٤ . وأنظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ١٨٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٥ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٤ – ص ١٢٦) .

التقنين المدني السابق : م ٦٩٢/٥٧٤ فقرة ثانية : ومع ذلك إذا كان العقار في يد حائز آخر ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يشرع في نزع ملكيته إلا بعد التنبيه على الحائز المذكور تنبيها رسميا بدفع الدين أو بتخليه العقار ، وبعد مضي الثلاثين يوما المقررة في قانون المرافعات للتنبيه بالوفاء والإنذار بنزع الملكية .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٧ .

ويرى من ذلك أنه إذا لم يؤد الحائز الديون و لم يطهر و لم يتخل ، فلا مناص من اتخاذ إجراءات بيع العقار في مواجهته . ويلزم لذلك التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار، وإنذار الحائز بدفع الدين أو تخليه العقار . فلننتظر في إيجاز ، كيف عالج تقنين المرافعات الجديد كلا من الأمرين .

٣١٣ – التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار المرهون : نصت المادة ٤٠١ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي :

" يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين ، لشخصه أو لموطنه ، مشتملا على البيانات الآتية : ..... فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين ، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة ٢٨١ " .

والحائز ، إذا لم يختر أداء الديون أو التطهير أو التخليه ، وجب التنفيذ في مواجهته هو ، ببيع العقار المرهون جبراً بالمزاد العلني .

ويسبق ذلك أن يعلن الدائن المرتهن المدين الراهن بالتنبيه بنزع ملكية العقار المرهون ، ويشتمل التنبيه على بيانات معينة ذكرتها المادة ٤٠١ مرافعات ، ولا محل لذكرها هنا فهي من مباحث المرافعات .

فإذا كان العقار المرهون مملوكاً لغير المدين ، أي مملوكاً لكفيل عيني ، أعلن التنبيه بنزع الملكية إلى الراهن أيضاً ، بعد تكليف المدين بالوفاء .

وقد أوجب المشرع التنبيه على المدين، مع أن إجراءات البيع ستتخذ ضد الحائز ، لأن المدين هو المسئول الحقيقي عن الدين ، إذ أن الحائز إذا نزعت ملكيته للعقار المرهون سيكون له حق الرجوع على المدين ، فوجب توجيه المطالبة أولا إلى المدين حتى تتحقق مسئوليته عن عدم الوفاء [1] .

٣١٤ – إنذار الحائزين بدفع الدين أو تخليه العقار : وتنص المادة ٤١١ من تقنين المرافعات على ما يأتي :

" إذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني ، وآل إلى حائز بعقد سجل قبل تسجيل التنبيه ، وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليه العقار ، وإلا جرى التنفيذ في مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه، وإلا كان باطلا. ويترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز جميع الإحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ " .

---

(١) بيدان وقوارن فقرة ١٠٢٦ – سليمان مرقس فقرة ١٣٢ ص ٢١٢ – استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤٨ .

وتنص المادة ٤١٢ مرافعات على ما يأتي :

" يجب أن يسجل الإنذار ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه " .

وتنص المادة ٤١٣ مرافعات على ما يأتي :

" إذا تبين سبق تسجيل إنذار الحائز على العقار ذاته ، طبقت أحكام المادتين ٤٠٢ و ٤٠٣ ، وإذا سقط تسجيل التنبيه سقط تبعاً له تسجيل الإنذار " .

ولا يغني عن إنذار الحائز علمه باتخاذ إجراءات نزع الملكية . وإذا توالى انتقال ملكية العقار المرهون من حائز إلى آخر ، كان الإنذار للحائز الأخير [١] .

وقد اشترط المشرع في إنذار الحائز شرطين : (١) أن يكون الإنذار تالياً للتنبيه أو حاصلا معه في وقت واحد (م ١٠٧٢ مدني) ، فلا يصح أن يكون الإنذار قبل التنبيه . (٢) أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إلى الحائز (م ٤١١ مرافعات) . فإذا تخلف أحد هذين الشرطين ، وقع الإنذار باطلا (م ٤١١ مرافعات) [٢] .

ويجب أن يتم الإنذار على يد محضر ، وأن يستوفي البيانات المعتادة في أوراق المحضرين ، والبيانات اللازمة لإخبار الحائز بحقيقة مركزه وبما ينبغي له القيام به ، كبيان الدين المطلوب والعقار المراد نزع ملكيته وإعلان الحائز بوجوب الدفع أو تخليه العقار .

ويترتب على عدم إنذار الحائز ، أو على بطلان الإنذار أن إجراءات البيع وحكم مرسي المزاد لا يجوز الاحتجاج بها على الحائز [٣] ، وأنه إذا رفعت يد الحائز عنوة جاز له أن يطلب إعادة يده على العقار . ويجب أن يحكم للحائز بذلك ، دون أن يثبت أنه كانت له مصلحة في توجيه الإنذار إليه لأن القانون افترض وجود هذه المصلحة دائماً [٤] . ولا يجوز لغير الحائز أن يتمسك بعدم الإنذار ، أو ببطلانه [٥] . وقد حكم بأن علم الحائز باتخاذ

---

(١) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٧٥ .

(٢) استئناف مختلط ٢ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٧١ — ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٣ .

(٣) استئناف وطني ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦١ ص ١١٨ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٦٩ ص ٥٠١ — ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٨ ص ٣٩١ — استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٧ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦١ — ٩ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٥ — ٦ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٣ — ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٤ .

(٤) أسيوط الابتدائية ١٢ مارس سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧ ص ٩٢٦ .

(٥) استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموع الرسمية ٢٩ رقم ١٤٤ ص ٣٣٩ .

إجراءات نزع ملكية العقار الذي آل إليه لا يغني عن إنذاره ، لأن الإنذار إجراء أساسي أوجبه القانون [1] .

٣١٥ – اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز : ويستمر الدائن المرتهن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز ، إذا لم يلجأ هذا إلى قضاء الدين أو التطهير أو التخليه [2] . وهذه الإجراءات لا تختلف كثيراً عن الإجراءات عادة ضد المدين [3] .

٣١٦ – ما يترتب على إنذار الحائز : وقد نصت المادة ٤١١ مرافعات، كما رأينا ، على أنه " يترتب على إعلان الإنذار في حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد من ٤٠٦ إلى ٤١٠ " .

وهذه الأحكام هي :

م ٤٠٦ مرافعات : " تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لت جيل التنبيه، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة . ولكل دائن بيده سند تنفيذي أن يطلب بعريضة من قاضي التنفيذ أمراً بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجني الثمار وبيعها . وتباع الثمار والمحصولات في كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها القاضي ، ويودع الثمن خزانة المحكمة " .

م ٤٠٧ مرافعات : " إذا لم يكن العقار مؤجراً ، اعتبر المدين حارساً إلى أن يتم البيع ، ما لم يحكم قاضي التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي . وللمدين الساكن في العقار أن يبقى ساكناً فيه بدون أجرة ، إلى أن يتم البيع . وإذا كان العقار مؤجراً ، اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر ، وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي بعدم دفعها للمدين . وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف ، صح وفاؤه ، ورسئل عنها المدين بوصفه حارساً " .

م ٤٠٨ مرافعات : " مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى في شأن إيجار العقارات ، تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه في حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة

---

(١) استئناف مصر ١٢ يونية سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٢ ص ٢٣٣ – استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥٥ – ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧١ .

(٢) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٣ .

(٣) بيدان وقواران فقرة ١٠٢٤ – سليمان مرقس فقرة ١٣٢ ص ٢١٦ .

بعقود الإيجار الواجبة الشهر . أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه، فلا تنفذ في حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة".

م ٤٠٩ مرافعات : " المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه ، متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات واجبة الشهر ، فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة " .

م ٤١٠ مرافعات : " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المواد ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٦١ من قانون العقوبات على المدين ، إذا اختلس الثمرات أو الإيرادات التي تلحق بالعقار المحجوز ، أو إذا أتلف هذا العقار أو أتلف الثمرات " .

٣١٧ – معارضة الحائز والدفوع التي يجوز التمسك بها – نص قانوني

نصت المادة ١٠٧٣ مدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفاً في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها، إذا كان الحكم بالدين لاحقاً لتسجيل سند الحائز " .

" ٢ – ويجوز للحائز ، في جميع الأحوال ، أن يتمسك بالدفوع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها " [1] .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " فإذا ما وجه الإنذار للحائز كان له حق المعارضة ، وله أن يتمسك بالدفوع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها ، كانقضاء الدين بعد الحكم به بالوفاء أو بالمقاصة أو بغير ذلك : بل له أيضاً أن يتمسك بالدفوع التي كان للمدين أن يتمسك بها قبل الحكم ، بشرط أن يكون في موقف من شأنه ألا يجعل للحكم حجية قبله ، ويتحقق ذلك إذا كان الحكم لاحقاً لتسجيل سنده ولم يكن طرفاً في الدعوى، فإن الحكم في هذه الحالة لا يكون حجة عليه مادام قد سجل سنده قبل صدوره ولم يدخله الدائن خصماً ثالثاً . فإن

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٦ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٥ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٦ – ص ١٢٨) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

كان الحائز لم يعارض أو عارض فرفضت معارضته ، سير في إجراءات نزع الملكية وفقاً للأوضاع المقررة " [1] .

فللحائز إذن أن يعارض في الإنذار الموجه إليه ، في أي وقت في أثناء إجراءات نزع الملكية [2] . فإذا لم يعارض حتى الحكم بنزع الملكية وانقضاء مواعيد الطعن ، فإن هذا الحكم يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه [3] .

وله أن يتمسك بالدفوع الخاصة به ، والدفوع الخاصة بالراهن ، والدفوع الخاصة بالمدين .

فالدفوع الخاصة به مثل الدفع ببطلان القيد [4] ، والدفع بالضمان إذا كان الدائن المرتهن ملزماً شخصياً قبله بضمان الاستحقاق كما لو كان الدائن كفيلا للبائع إلى الحائز. وليس للحائز أن يدفع بأنه صرف على العقار مصروفات ضرورية أو نافعة، ولا أن يطلب من الدائن أن يعوضه من هذه المصروفات قبل السير في الإجراءات . ولكن له أن يمتنع عن تسليم العقار المرهون إلى من يرسو عليه المزاد حتى يستوفي ما صرف ، فيكون له الحق في حبس العقار المرهون حتى يستوفي المصروفات .

ومن الدفوع الخاصة بالراهن الدفع ببطلان الرهن ، أو بانقضائه .

ومن الدفوع الخاصة بالمدين الدفع ببطلان الدين ، أو بانقضائه [5] ، أو المبالغة في مقداره [6] ، أو بعدم حلول أجله . وتجب التفرقة بين ما إذا كان الدين ثابتاً ومحدداً بالعقد الرسمي (الرهن) ، وبين ما إذا كان الدين قد ثبت أو تحدد بحكم لاحق لعقد الرهن . ففي الحالة الأولى ، يكون للحائز التمسك بجميع الدفوع التي يجوز للمدين أن يدفع بها المطالبة . أما في الحالة الثانية ، فالمفروض أن المدين قد تمسك في الدعوى بكل أوجه الدفع الجائزة له أو أنه نزل عن التمسك بها ، ويكون الحكم الذي صدر في الدعوى حجة عليه برفض الدفوع أو بنـــزوله عنها ، فيكون حجة أيضاً على خلفه الخاص. فإذا كان المدين هو الراهن وباع العين إلى الحائز بعد صدور الحكم عليه بالدين، كان للحكم حجية بالنسبة إلى الحائز

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٧ — ص ١٢٨.

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢١ — ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ .

(٣) استئناف مصر ١٤ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٦ ص ٥٢١ — استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٨ .

(٤) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٥) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ .

(٦) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٢ — ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ .

ولم يجز لهذا أن يتمسك بالدفوع التي كانت للمدين قبل الحكم ، ولكن يجوز له أن يتمسك بعد ذلك بما استجد من دفوع كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو بغيره . أما إذا كان المدين الراهن قد تصرف في العقار المرهون إلى الحائز وسجل هذا عقده قبل صدور الحكم على المدين بإلزامه بالدين ، فإن الحكم الذي يصدر بعد تسجيل عقد الحائز لا يكون حجة عليه مادام لم يكن طرفاً في الدعوى، لأن الحائز يعتبر من الغير بالنسبة إلى المدين فيما يتعلق بهذا الحكم ، فيجوز له أن يتمسك بالدفوع التي كان للمدين أن يتمسك بها في الدعوى [1].

§ ٥ – موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد

٣١٨ – وضع المسألة : هنا يتجمع عدد من المسائل ، تدور كلها حول موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد ذلك أن القانون أورد بعد ذلك عدداً من النصوص في هذه المسألة ، وهي لا تخص فقط الحائز وهو تنزع ملكيته باعتباره حائزاً ، بل إن الحائز قد يباع عقاره المرهون بالمزاد في أوضاع ثلاثة : (١) عقب إجراءات التطهير ، عندما يرفض الدائنون المقيدون عرض الحائز ، ويلجأون إلى بيع العقار المرهون وهو ملك الحائز . (٢) عقب التخليه ، عندما يعين قاضي الأمور المستعجلة حارساً للعقار أو أميناً له ، ويلجأ الدائنون المقيدون في مواجهة هذا الحارس إلى بيع العقار المرهون وهو ملك للحائز . (٣) عندما لا يطهر الحائز أو يتخلى أو يؤدى الديون ، فعندئذ يلجأ الدائنون المقيدون إلى اتخاذ الإجراءات في مواجهة الحائز نفسه ، ويبيعون العقار المرهون وهو ملك الحائز .

فكيف يكون مركز الحائز في هذه الأوضاع الثلاثة ، وعند بيع الدائنين للعقار المرهون أيستطيع الحائز أن يدخل في المزاد ؟

لا شك في أن الحائز يستطيع أن يدخل في المزاد ، وأن يرسوا المزاد عليه . ولا شك أيضاً في أنه يستطيع أن يدخل المزاد ، ولا يرسوا المزاد عليه ، ولا شك أخيراً في أنه يستطيع ألا يدخل في المزاد ، فلا يرسو المزاد عليه بطبيعة الحال .

فهناك إذن موقفان : (١) يدخل الحائز في المزاد فيرسو المزاد عليه ، في الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها . (٢) لا يرسو المزاد على الحائز ، إما لأنه دخل المزاد فلم يرس المزاد عليه ، أو لأنه لم يدخل المزاد أصلا ، وذلك أيضاً في الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها .

---

(١) استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٥ – سليمان مرقس فقرة ١٣٣ .

وقبل أن نتدبر هذه الموقفين ، يجب أن نشير إلى أن القانون حدد للحائز عطاء ويجب أن يتقدم به إذا دخل المزاد ، سواء رسا المزاد عليه أو رسا على غيره . فيجب أن ننظر أولا ما هو العطاء الذي يجب أن يتقدم به الحائز ، إذ هو دخل المزاد .

٣١٩ – عطاء الحائز إذا دخل المزاد – نص قانوني : تنص المادة ١٠٧٤ مدني على ما يأتي :

" يحق للحائز أن يدخل في المزاد ، على شرط ألا يعرض فيه ثمناً أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه " (١) .

والحائز ، سواء كان ذلك عقب إجراءات التطهير ورفض الدائنين لعرض الحائز وبيع العقار في المزاد ، أو عقب إجراءات التخلية عندما يعين حارس للعقار ويباع العقار في المزاد في مواجهة هذا الحارس ، أو عندما لا يطهر الحائز العقار ولا يتخلى ولا يؤدى الدين فيبيع العقار في مواجهة الحائز نفسه ، يرى عقاره الذي حصل على ملكيته قد نزع منه وعرضه الدائنون للبيع بالمزاد الجبري . فيتقدم في المزاد مزايداً ، ويحاول أن يحصل على ملكية العقار من طريق شرائه في المزاد .

والقانون أباح له ذلك ، كما أباح ذلك للغير ممن لا صلة لهم بالعقار .

وإنما اشترط القانون ، لأن الحائز له صلة بالعقار بالمرهون ، أن يكون عطاؤه في المزاد لا يقل عن الباقي في ذمته من ثمن العقار المرهون .

وهنا افترض القانون أن الحائز قد اشترى العقار فأصبح حائزاً ، وعجل شيئاً من الثمن ، وبقي في ذمته الباقي . كان الثمن مثلا ألفين ، وعجل الحائز ثلثمائة فبقي في ذمته ألف وسبعمائة ، فيجب عندما يدخل المزاد ويقدم عطاء ، ألا يقل هذا العطاء عن ألف وسبعمائة ، لأن هذا المبلغ يجب على الحائز دفعه على أي حال ، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد خير من أن يدفعه للبائع له .

وإذا كان الحائز لم يدفع شيئاً من الثمن عندما تقدم في المزاد ، فيجب ألا يقل العطاء الذي يتقدم به في المزاد عن الثمن كله وهو ألفان ، لأن هذا المبلغ مستحق في ذمته ويجب أن يدفعه ، فلأن يتقدم به عطاء في المزاد خير من أن يدفعه للبائع . وهذا ما يقع عادة في العمل،

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي ، واقترحه القائم بوضع المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة فوافقت عليه، تحت رقم ١١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٢، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٢٩) .
التقنين المدني السابق : لا مقابل .

يحرص الحائز للعقار المرهون على ألا يدفع شيئاً من ثمنه ، ثم يدخل المزاد ويقدم عطاء فيه كل الثمن ، وهو مستحق في ذمته . وقد يقدم عطاء أكبر من كل الثمن ، إذا قدر أن العقار المرهون يستحق ذلك وكان حريصاً على أن يحصل على هذا العقار .

أ – موقف الحائز إذا رسا عليه المزاد

٣٢٠ – رسو المزاد على الحائز بما لا يزيد على الثمن الذي دفعه في العقار :

قد يدخل الحائز المزاد ، فيرسو عليه مزاد العقار المرهون ، ولكن بثمن لا يزيد على الثمن الذي سبق له دفعه في العقار . فنفرض مثلا أن الحائز أصبح حائزاً لأنه اشترى العقار بألفين ، وعندما تقدم في المزاد عقب إجراءات التطهير أو التخلية أو عندما كان الدائنون المقيدون يبيعون العقار المرهون في مواجهة الحائز نفسه ، أعطى فيه ألفاً وخمسمائة أو ألفاً وثمانمائة أو ألفين ، فرسا عليه المزاد بما أعطى فيه . فكيف يملك الحائز العقار ، وما علاقة الحائز بسلفه ؟

إذا رسا المزاد على الحائز نفسه، اعتبر هذا مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي، فالملكية تعتبر منتقلة إلى الحائز من وقت سند الملكية الأصلي لا من وقت رسو المزاد ، ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية .

وأما علاقة الحائز بسلفه أي بالبائع له الذي كان مالكاً للعقار المرهون ، فهناك رأيان في فرنسا : الرأي الأول الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية وبعض الفقهاء [١] أن الحائز لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذي رسا به المزاد عليه ، ألف وخمسمائة مثلا ، ويرجع بالباقي وهو خمسمائة على البائع له ، وهو مالك العقار المرهون قبل الحائز . ولكن الرأي الغالب هو أن الحائز يبقى ملزماً بالثمن الذي اشترى به من مالك العقار المرهون ، فلا يرجع عليه بشيء إذا كان قد دفع له الثمن كله ، ويدفع له الثمن كله الذي اتفق معه عليه إذا كان لم يدفعه [٢] . ويعتبر الحائز مالكاً للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصلي (البيع الصادر من مالك العقار المرهون) ، وإلا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل ، ولا يترتب على حكم مرسى المزاد فسخ سند ملكية الحائز أي سند ملكيته الأصلي [٣] .

---

(١) نقض فرنسي ٢٠ أكتوبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ١ – ٣ لوران فقرة ٣١٩ – بودري ودي لوان فقرة ٢٢١٧ .

(٢) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ١٩٣ ص ٢٦٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٩ .

ويتفرع على ذلك ما يأتي : (١) الرهون التي قررها الحائز في الفترة من بين كسبه الملكية من مالك العقار المرهون وتسجيل حكم مرسى المزاد تبقى صحيحة ، وتكون مرتبتها من وقت قيدها فلا يأخذ هؤلاء الدائنون شيئاً إلا بعد أن يستوفى الدائنون المقيدون المستمدون حقوقهم من غير الحائز حقوقهم . (٢) الحائز ، في علاقته بسلفه مالك العقار المرهون، يبقى ملتزماً بالثمن المسمى في العقد مع أنه قد يزيد على الثمن الذي رسا به المزاد. (٣) حقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى التي قررها الحائز تكون صحيحة أيضاً ، ولكن الدائنون المقيدون الذين لا يجوز الاحتجاج ضدهم بهذه الحقوق يكون لهم أن يبيعوا العقار خالياً منها وأن ينصوا على ذلك في شروط البيع [1] .

٣٢١ – رسو المزاد على الحائز بما يزيد في الثمن الذي دفعه في العقار : هنا أيضاً يعتبر الحائز مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، كما في الحالة السابقة (م ١٠٧٥ مدني) . ولا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل لأنه لم ينقل الملكية إلى الحائز ، وإنما الذي نقلها هو السند الأصلي لملكية الحائز . وتبقى العلاقة ما بين الحائز ومالك العقار المرهون كما حددها سند ملكيته ، أي أن حكم مرسى المزاد لا يترتب عليه فسخ ملكية الحائز .

وكل ما يترتب على رسو المزاد على الحائز بثمن أعلى ، أن الحائز يصبح مديناً بهذا الثمن للدائنين المقيدين . وتبقى علاقته بمالك العقار المرهون على ما كانت عليه .

ويبقى الحائز مالكاً للعقار المرهون ، ولكن لا بحكم مرسى المزاد ولكن بحكم السند الأصلي كما قدمنا .

ويتقاضى الدائنون المقيدون حقوقهم من الثمن الذي رسا به المزاد على الحائز ، وهو أعلى من الثمن الأصلي .

ولا يُفسخ السند الأصلي لملكية الحائز ، ويترتب على ذلك نفس النتائج التي قررناها فيما سبق : الرهون التي قررها الحائز تبقى صحيحة ، والحائز في علاقته بسلفه مالك العقار المرهون يبقى ملتزماً بالثمن المسمى في العقد مع أنه يقل عن الثمن الذي رسا به المزاد ، وحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى التي قررها الحائز تكون أيضاً صحيحة .

٣٢٢ – تطهير العقار المرهون – نص قانوني : تنص المادة ١٠٧٥ مدني على ما يأتي :

---

(١) أنظر سليمان مرقس فقرة ١٣٨ .

" إذا نزعت ملكية العقار المرهون ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر هذا مالكاً للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الذي رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة " [1] .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " فإن رسا المزاد على الحائز ، فإن الملكية تعتبر منتقلة إليه من وقت سند الملكية الأصلي لا من وقت رسو المزاد ، ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية . ويتطهر العقار بدفع الثمن إلى الدائنين ، أو بإيداعه خزينة المحكمة " [2] .

ويرى من النص ، كما قدمنا في الحالتين السابقتين ، أن الحائز ، سواء رسا عليه المزاد بأقل أو بأكثر من الثمن الذي بذله للحصول على العقار من مالكه ، يعتبر مالكاً للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي ، ولا يجب تسجيل الحكم برسى المزاد على الحائز .

ويتطهر العقار من كل حق مقيد ، فتطهير العقار ، كما يتم بداهة من رسو المزاد على غير الحائز ، يتم أيضاً برسو المزاد على الحائز . ويتحول حق الدائنين المقيدين من العقار إلى ثمنه ، وتبقى للدائنين مزية التقدم في استيفاء حقوقهم من هذا الثمن كل منهم بحسب ترتيبه . فإذا لم يف المبلغ بحقوق الدائنين المقيدين ، فإن المتأخرين منهم لا يحصلون على شيء من الثمن ، وتنقضي مع ذلك قيودهم ، ولكن لهم حقوقهم الشخصية قبل المدين الأصلي .

ولا يقتصر أثر حكم مرسى المزاد على تطهير العقار المرهون من القيود التي صدرت من المالك الأصلي وحده ، بل يشمل أيضاً تطهيره من القيود التي صدرت من الحائز نفسه ، لأن الملكية تنتقل إلى الراسي عليه المزاد خالية من جميع القيود .

وفي خصوص التطهير هناك رأيان : (١) رأي يذهب إلى أن التطهير يتم قبل دفع الثمن الذي رسا به المزاد أو إيداعه ، بمجرد تسجيل حكم مرسى المزاد [3] . (٢) ورأي آخر يذهب إلى أن التطهير لا يتم إلا إذا دفع الثمن الذي رسا به المزاد، أو أودع خزانة المحكمة .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٧ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٧ ، في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٠ – ١٣١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٠ – ص ١٣١ .

(٣) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٨٤ .

وقد أخذ المشرع المصري بالرأي الثاني واشترط دفع الثمن الذي رسا به المزاد أو إيداعه خزانة المحكمة ، إذ نص في المادة ١٠٧٥ مدني سالفة الذكر : " ويتطهر العقار من كل حق مقيد ، إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد ، أو أودعه خزانة المحكمة ".

ويتم التطهير بقوة القانون ، متى توافرت شروطه . وتمحى القيود ، ويجوز المحو بناء على تقرير الدائن الذي استوفى حقه ، أو بناء على أمر القاضي فيما يتعلق بالقيود التي لم يدرك أصحابها التوزيع . وإذا امتنع الدائن الذي أدركه التوزيع عن التقرير بالمحو تعسفاً ، جاز للراسي عليه المزاد إيداع استحقاقه خزانة المحكمة ، واستصدار حكم بالمحو [1] .

ب – موقف الحائز إذا رسا على غيره المزاد

٣٢٣ – تلقي الراسي عليه المزاد حقه من الحائز – نص قانوني :

تنص المادة ١٠٧٦ مدني على ما يأتي :

"إذا رسا المزاد في الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز ، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى مرسي المزاد [2] " .

وكما يرسو المزاد على الحائز ، قد يرسو على غير الحائز ، من دائن مقيد أو دائن عادي أو أجنبي أو غير ذلك .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، انتقل حق الملكية إلى الراسي عليه المزاد من الحائز نفسه ، كما يقول النص . ولا يفسخ سند الحائز الأصلي ، بل يبقى قائماً إلى أن يرسو على غير الحائز ، وعندئذ تنتقل الملكية إلى هذا الأخير من الحائز ، بموجب حكم مرسى المزاد .

وعلى ذلك يجب تسجيل حكم مرسى المزاد ، حتى تنتقل الملكية إلى غير الحائز ممن رسا عليه المزاد .

ويكون الثمن الذي رسا به المزاد ملكاً للحائز ، يستوفي منه الدائنون المقيدون حقوقهم ، وما يبقى إذا بقي شيء يكون للحائز ولمن استمد حقه من الحائز .

---

(١) أنظر سليمان مرقس فقرة ١٢٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٨ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٢ – ص ١٣٣) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

ويرجع الحائز بدعوى ضمان الاستحقاق على مالك العقار المرهون ، وهو الذي تلقى منه الحائز الملكية ، وفقاً لقواعد الضمان في البيع أو الهبة .

وللحائز أن يرجع على المدين أيضاً بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه وفى دينه ويرجع بما دفعه زيادة على ما في ذمته بموجب سند ملكيته .

ويحل الحائز كذلك محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، طبقاً لقواعد الحلول .

وإذا كانت له حقوق عينية على العقار المرهون ، كرهن أو ارتفاق أو انتفاع أو استعمال أو سكنى ، قبل أن تنتقل إليه ملكية العقار كحائز ، فزالت باتحاد الذمة ، ثم رسا المزاد على غير الحائز ، فإن هذه الحقوق العينية تعود [1] .

٣٢٤ – نزع ملكية الحائز ليس له أثر رجعي : وإذا رسا المزاد على غير الحائز ، فنزعت بذلك ملكية الحائز ، ترتب على ذلك أن الحائز يحرم من ملكه ، ولكن لا يكون لذلك أثر رجعي .

فلا تفسخ ملكية الحائز ، بل تبقى لدى الحائز ، إلى أن يرسو المزاد على الغير ، فتنتقل الملكية إلى هذا الغير من الحائز نفسه .

فالحائز لا يكون مالكاً في المستقبل من وقت تسجيل حكم مرسى المزاد ، أما قبل ذلك فإنه يعتبر هو المالك للعقار من وقت أن انتقلت إليه الملكية من مالك العقار المرهون، ويتلقى الراسي عليه المزاد حقه من الحائز كما تقول المادة ١٠٧٦ مدني سالفة الذكر .

ويترتب على ذلك أنه إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز كما سيأتي .

٣٢٥ – الزيادة في ثمن العقار – نص قانوني : تنص المادة ١٠٧٧ مدني على ما يأتي :

" إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز ، وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة " [2] .

---

(١) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ١٩٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٩٩ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٧٩ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٣ – ص ١٣٤) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي: " وإن رسا المزاد على غير الحائز ، فإن الحكم برسو المزاد هو الذي ينقل الملكية إلى من رسا عليه ، ويكون الثمن الذي رسا به المزاد للحائز ، يستوفي منه الدائنون حقوقهم، وما يبقى فهو له وللدائنين المرتهنين منه هو " [1] .

ونرى مما تقدم أنه إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على غير الحائز عما هو مستحق للدائنين المقيدين ، كانت الزيادة للحائز وللدائنين المقيدة حقوقهم منه هو [2] .

وللدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة ، فهي حق مدينهم الحائز ، فلهم أن ينفذوا عليها ، ويستوفوا منها حقوقهم بحسب مراتبهم [3] .

٣٢٦ – الرهون التي قررها الحائز : وكل ما قرره الحائز من رهون رسمية أو حيازية ، وكل ما أخذ ضده من حقوق اختصاص وحقوق امتياز خاصة عقارية ، إلى وقت تسجيل الحكم برسى المزاد ، تكون صحيحة ، وتكون لها مرتبتها بعد استيفاء دائني الملاك السابقين المقيدين لحقوقهم .

وقد نصت المادة ٧١٧/٥٩١ من التقنين المدني السابق على أنه " إذا زاد ثمن العقار المبيع بالمزاد على مقدار الديون المطلوبة لأرباب الديون المسجلة (المقيدة) تكون تلك الزيادة لدائني الحائز المرتهن له منه ، إنما لا يستولونها إلا بعد أرباب الحقوق على العقار المترتبة لهم على مالكيه السابقين على الحائز المذكور " [4] .

٣٢٧ – حقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى– نص قانوني:

تنص المادة ١٠٧٨ مدني على ما يأتي :

– التقنين المدني السابق : م ٧١٧/٥٩١ : إذا زاد ثمن العقار المبيع بالمزاد على مقدار الديون المطلوبة لأرباب الديون المسجلة ، تكون تلك الزيادة لدائني الحائز للعقار المرتهنين له منه ، إنما لا يستولون عليها إلا بعد أرباب الحقوق على العقار المرتبة لهم على مالكيه السابقين على الحائز المذكور .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤١ – ص ١٤٢ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٨٧ – بودري ودي لوان فقرة ٢٢١٧ – استئناف مختلط ٢١ مارس نة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٤ .

(٣) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ١٩٧ .

(٤) هيك ١٤ فقرة ٤٩ – جيوار فقرة ١٦٨٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٨ وهامش ٦٠ مكرر – محمد كامل مرسي فقرة ١٩٨ .

" يعود للحائز ما كان له ، قبل انتقال ملكية العقار إليه ، من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى " [1] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي: " وإذا كانت له (للحائز) حقوق عينية على العقار المرهون (كرهن أو ارتفاق) قبل أن تنتقل إليه ملكيته ، فزالت باتحاد الذمة ، ثم رسا المزاد على غيره ، فإن هذه الحقوق العينية تعود " [2] .

و يلاحظ أنه من المحتمل أن يكون للحائز ، قبل أن يصبح حائزاً ، حقوق عينية على العقار المرهون ، كحق رهن أو حق انتفاع ، أو حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكني. فإذا أصبح حائزاً وانتقلت إليه ملكية العقار ، زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة .

فإذا بيع العقار بعد ذلك ، ورسا مزاده على غير الحائز وانتزعت ملكية الحائز ، فإن من الطبيعي أن الحقوق العينية التي كانت له على العقار قبل أن يصبح حائزاً ، تعود إليه كما كانت ، بعد أن تجرد من ملكية العقار ورسا المزاد على غيره . فيعود للحائز حق الرهن ، أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، أو حق الاستعمال ، أو حق السكنى . فقد زال سبب زوالها وهو اتحاد الذمة ، وأصبح العقار مملوكاً لغير الحائز .

ويلاحظ أن الدائنين المقيدين كان لا يجوز الاحتجاج ضدهم بهذه الحقوق ، لأنها تالية للحقوق التي كسبوها على العقار المرهون . فيكون لهم الحق في بيع العقار لهم خالياً من هذه الحقوق ، وقد يضعون شرطاً في هذه الخصوص في شروط البيع [3] .

فإذا وضعوا هذا الشرط ، بيع العقار خالياً من هذه الحقوق للراسي عليه المزاد .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٠ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٠ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٥ — ص ١٣٦) .

التقنين المدني السابق : م ٧١٧/٥٩٠ : ما كان لحائز العقار قبل انتقاله إليه من حقوق الارتفاق والحقوق العينية على العقار يعود كما كان بنزع العقار من حائزه المذكور ، وكذلك حق الاختصاص بالعقار للحصول على الدين وحق الرهن إن كانا له . إنما لا يأتي كل حق من الحقين المذكورين بدرجته إلا إذا كان تسجيلهما (قيدهما) محفوظاً ، بمعنى أنه لم ينقض حكمه بمضي الزمن ولا يشطبه .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

(٣) أنظر لوران ٣١٨ — بون فقرة ١٢١٥ — هيك فقرة ٤٩ — جيوار فقرة ١٦٨٦ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٢٦ و ص ١٢٧ وفقرة ٢٨٧ ص ٧٣٩ — محمد كامل مرسي فقرة ١٩٩ .

ولكن عندما ينزع ملكية الحائز ببيع العقار في المزاد ورسو المزاد على غير الحائز لم يعد هناك مبرر لزوال هذه الحقوق من الحائز ، فتعود إليه ثانية كما كانت .

٣٢٨ – الحقوق العينية للحائز السابقة على حقوق الدائنين المرتهنين:

وفيما تقدم فرضنا أن الحقوق العينية التي للحائز على العقار المرهون إنما هي تالية لحقوق الدائنين المرتهنين ، والآن نفرض أن هذه الحقوق العينية التي للحائز هي سابقة على حقوق الدائنين المرتهنين ، وتسرى عليهم [1] .

وقد زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة لما تملك الحائز العقار المرهون ، وأصبح بهذا التملك حائزاً . ثم زالت ملكية الحائز للعقار المرهون ، ونزعت ملكيته بناء على طلب الدائنين المقيدين ، وبيع العقار بالمزاد الجبري ، ورسا مزاده على غير الحائز .

عند ذلك تعود الحقوق العينية التي كانت للحائز قبل أن يصبح حائزاً إليه ثانية ، لأن السبب في زوالها قد زال ، و لم يعد الحائز مالكاً للعقار المرهون .

والفرق بين هذه الحالة والحالة المتقدمة ، أن العقار يباع على الحائز بالمزاد العلني غير خال من هذه الحقوق العينية ، ولا يجوز للدائنين المرتهنين ، كما يجوز لهم في الحالة المتقدمة ، أن يبيعوا العقار خالياً من هذه الحقوق العينية ، ولا أن يضعوا شرطاً بخلو العقار من هذه الحقوق كما جاز لهم أن يضعوا هذا الشرط في الحالة المتقدمة . بل يجب أن يبيعوا العقار مثقلا بهذه الحقوق ، لأنها سابقة على حقوقهم وتسرى عليهم . فإذا رسا العقار في المزاد على غير الحائز ، عادت للحائز حقوقه العينية كما كانت ، فيعود له حق الرهن أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الاستعمال أو حق السكنى .

وإذا كان للحائز حق رهن ، فيجب عليه أن يجدد قيد رهنه حتى لو زال الرهن باتحاد الذمة ، وذلك إذا أراد الحائز عند عودته دائناً مرتهناً أن يتمسك بمرتبته الأصلية [1] . فإذا لم

---

(1) إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن بل يكون للدائن المرتهن الحق في نـزع ملكية العقار وفاء لدينه ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن إذ هذا يؤدي إلى إهدار حق الدائن الذي كفله نص المادة ٥٥٤ من القانون المدني من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ، كما أنه فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضي إلا بانقضائه .
(جلسة ١٩٥٦/٣/٨ الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ٣٠١) .

(١) بودري ودي لوان فقرة ٢٢١٣ – أوبر ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهامش ٦٣ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٥ – نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٨ – ١ – ٣٣٧ .

يجدده ، أو إذا وافق على محو القيد ، فإن رهنه يعود ، ولكن لا يأخذ مرتبته إلا من وقت القيد الجديد [1] .

وتعود الحقوق العينية من وقت تسجيل رسو المزاد على الحائز ، لأنه حتى ذلك الوقت يبقى الحائز مالكاً للعقار .

وإذا كان حق الارتفاق الذي كان للحائز يعود إليه كما قدمنا ، فإن حق الارتفاق الذي كان مقرراً لمنفعة العقار المرهون على عقار للحائز يعود كذلك ، وإلا انبنى على ذلك نقص قيمة العقار المرهون والإضرار بالدائن المرتهن ، فيجب أن يشمله العقار المرهون عند طرحه في المزاد [2] .

٣٢٩ – رد الثمار – نص قانوني : تنص المادة ١٠٧٩ مدني على ما يأتي :

" على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات لمدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد" [3] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي: " والحائز على كل حال مسئول عن الثمار من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية ، إذ تلحق الثمار بالعقار قبله من ذلك الوقت . فإذا تركت الإجراءات ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد ، لأن الإنذار القديم يكون قد سقط " [4] .

ويرى من ذلك أن الحائز ، عندما يشرع الدائنون المقيدون في بيع عقاره المرهون بالمزاد ، يجب عليه أن يرد الثمار . ويردها مع العقار إلى من رسا عليه المزاد ، وذلك من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، إذ من ذلك الوقت تلحق الثمار بالعقار ، فإذا رسا المزاد

---

(١) دي هلتس فقرة ١٢٨ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٥ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٢٢١٢ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٦٢ – جرانمولان فقرة ٥٠٦ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٥ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠١ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨١ في المشروع النهائي . وأقرّه مجلس النواب تحت رقم ١١٦٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٧ – ص ١٣٨) .

التقنين المدني السابق : م ٨٢٢/٥٨٧ : إذا أخلى الحائز العقار من تلقاء نفسه أو نـزع منه بالبيع القهري، وجب عليه رد غلته من وقت التنبيه عليه بالدفع أو بالتخلية ، إلا إذا سقط حق الدعوى بما يمضي الزمان ، ويسقط ذلك الحق بمضي ثلاث سنوات .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

على غير الحائز سلم الحائز له العقار المرهون ، مع ثماره من وقت الإنذار إذ تلحق الثمار بالعقار المرهون كما قدمنا .

فإذا أنذر الحائز بالدفع أو التخلية ، وترك الدائنون المقيدون الإجراءات إلى ثلاث سنوات دون عمل ، سقط الحق في الثمار ، ويبقى ساقطاً عقب انقضاء الثلاث السنوات، إلى أن يوجه الدائنون إنذاراً جديداً للحائز بالدفع أو التخلية ، فيعود الحائز من وقت الإنذار الجديد مسئولا عن الثمار وتلحق بالعقار ، وتبقى ملحقة بالعقار ثلاث سنوات أخرى إذا تركت الإجراءات فيها سقط الإنذار الثاني ، وهكذا ، حتى يتمكن الدائنون المقيدون من بيع العقار وتكون الثمار ما .. ، فيتسلم الراسي عليه المزاد الثمار مع العقار .

وقبل إنذار الحائز بالدفع أو التخلية ، تكون الثمار له باعتباره مالكاً للعقار المرهون . وتكون الثمار ضماناً عاماً لكل دائني الحائز ، عاديين وغير عاديين . ولكن من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية ، تكون الثمار من حق الدائنين المقيدين .

وفوائد الثمن تكون أيضاً من حق الدائنين المقيدين ، من وقت الإنذار الدفع أو التخلية [1] .

وسقوط الإنذار بالدفع أو التخلية بمضي ثلاث سنوات يكون بقوة القانون فلا حاجة إلى طلب ، ولا يكفي الرهن الرسمي وحده لجعل الثمار ملحقة بالعقار [2] .

ويلاحظ أنه بحسب قانون المرافعات القديم (م ٥٤٥) تعتبر الثمار ملحقة بالعقار من وقت تسجيل التنبيه بنـــزع الملكية . وتفسير هذا الاختلاف أن القانون المدني نظر إلى الحالة التي يكون فيها العقار للحائز فتكون المطالبة له ، ونظر قانون المرافعات إلى الحالة التي تكون المطالبة فيها لنفس المدين . وبين الحالتين فرق ، فإذا كانت المطالبة موجهة إلى المدين لكونه مالكاً للعقار المرهون فإن الثمار تكون من حق دائنيه حتى العاديين فلا يستأثر بها الدائنون المقيدون إلا من وقت تسجيل التنبيه ، أما إذا كانت المطالبة موجهة إلى الحائز فلا يصح أن يترتب على تسجيل التنبيه الذي يوجه إلى المدين التزام على الحائز وإنما يترتب هذا الالتزام على الإنذار الذي يوجه إلى الحائز [3] .

والثمار التي يشملها الإلحاق هي كل الثمار ، طبيعية كانت أم صناعية أم مدنية[4] .

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ٢١٩٨ وفقرة ٢٢٠٠ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٠ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١١٨ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٠ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٢٠١ ص ٢٦٩ – سليمان مرقس فقرة ١٤٠ .

(٤) محمد كامل مرسي فقرة ٢٠١ ص ٢٦٩ .

٣٣٠ – المصروفات : ويجب أن ترد إلى الحائز جميع المصروفات الضرورية. أما المصروفات النافعة ، فلا يرد منها إلا أقل القيمتين : مبلغ المصروفات ، وما زاد في قيمة العقار المرهون بسبب هذه المصروفات [١] ، وتقدر الزيادة وقت رسو المزاد [٢] .

وللحائز أن يطالب بالمصروفات التي أنفقها هو ، والتي أنفقها الحائزون السابقون ودفع مقابلا عنها عند حيازته للعقار . أما إذا كانت الزيادة ناشئة عن الزيادة العامة في قيمة العقارات ، فليس للحائز أن يطالب بشيء [٣] .

٣٣١ – التلف - نص قانوني : تنص المادة ١٠٨١ مدني على ما يأتي :

" الحائز مسئول شخصياً قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطأه " [٤] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي: " وهو (الحائز) مسئول أيضاً أمام الدائنين عما يصيب العقار المرهون من تلف بخطأه " [٥] .

والمفروض هنا أن العقار المرهون قد أصابه تلف بخطأ الحائز ، فيكون الحائز هو المسئول عن هذا التلف متى ثبت أن التلف بخطأه ، وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

ويكون ذلك غالباً عندما تسلم الحائز العقار المرهون ، بعد أن انتقلت إليه ملكيته وأصبح حائزاً ، فيقع خطأ من الحائز يتسبب عنه تلف العقار . ويقع الخطأ في أي وقت، وليس من الضروري أن يقع بعد أن يقرر الدائنون المقيدون بيع العقار في المزاد ويرسو مزاده على غير الحائز , فمتى وقع خطأ من الحائز في أي وقت ولو قبل أن يقرر الدائنون المقيدون بيع العقار في المزاد ، وتسبب عن هذا الخطأ تلف العقار المرهون ، كان الحائز مسئولا عن هذا التلف . وتكون مسئوليته قبل الدائنين المرتهنين ، فلهم أن يقاضوا الحائز ويثبتوا خطأه

---

(١) ترولون فقرة ٨٣٨ – هيك ١٤ فقرة ٤٣ – بون فقرة ١٢٠٧ – جيوار فقرة ١٦٤٠ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٢ .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٤ ص ٢٧٢ .

(٣) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٤ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٣ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٣ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤١ – ص ١٤٢) .

التقنين المدني السابق : م ٥٨٩/٧١٥ : يلزم الحائز للعقار لأرباب الديون بما حصل فيه من الخلل ، سواء كان بفعله أو بإهماله .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٣ .

وأن هذا الخطأ تسبب في تلف العقار ، حتى يتقاضوا تعويضاً من هذا التلف طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية .

ولا تفيد دعوة التعويض في الواقع إلا الدائنين الذين لا يكفى ثمن العقار بعد أن تلف لقضاء ديونهم ، فهم الدين يكون لهم الحق في طلب التعويضات ، إذ لولا التلف الذي أصاب العقار لبيع بثمن أعلى واستفادوا من فرق الثمن [١] .

ويقع عبء إثبات المسئولية على من يدعيها من الدائنين المقيدين .

والتعويض الذي يدفعه الحائز هو نقص قيمة العقار بسبب التلف ، ويكون من حق الدائنين بحسب مراتبهم [٢] .

ويجوز للدائنين المقيدين أن يرفعوا دعوى التعويض حتى قبل إجراءات دعوى الرهن ، عقب وقوع التلف . ويجوز أن يرفعها من لم يحل حقه بعد ، ومن كان حقه شرطياً ولو معلقاً على شرط واقف . ولكن في هذه الأحوال يطلب الدائن إيداع المبلغ الذي يقضي به في مقابل التلف خزانة المحكمة ، فيودع بحسب درجة القيود في حالة عدم كفايـــة ثمن العقار [٣] .

ويكون للحائز الذي يلزم بالتعويض الحق في الرجوع على البائع له ، إذ أن ملكية العقار انتقلت إليه بموجب البيع ، والملكية تشمل حق تصرف المالك في الشيء كما يريد، ولو أتلف الشيء ، من غير أن يلزم بأي تعويض . فإذا ألزم الحائز بالتعويض للدائنين المقيدين نظير التلف الحاصل ، كان له حق الرجوع على البائع له [٤] .

ولا يكون الحائز مسئولا قبل الدائنين المرتهنين عن التلف الحاصل بسبب أجنبي ، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو بسبب القدم أو بسبب الاستعمال العادي ، بل يتحمله الدائنون المقيدون [٥] .

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٠ .

(٢) لوران فقرة ٣٠٣ — جيوار فقرة ١٦٣٤ — بودري ودي لوان فقرة ٢٢٠٣ وفقرة ٢٢١٧ — محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٣) جيوار فقرة ١٦٣٤ — بودري ودي لوان فقرة ٢٢٠٣ — أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ وهامش ٥٥ — محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ٢٢٠٣ — محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٢ ص ٢٧١ .

(٥) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٤ — جيوار فقرة ١٦٣٣ — بودري ودي لوان فقرة ٢٢٠٣ — محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٢ .

٣٣٢ – حق رجوع الحائز – نص قانوني : تنص المادة ١٠٨٠ مدني على ما يأتي :

" ١ – يرجع الحائز بدعوى الضمان على المالك السابق في الحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعاً " .

" ٢ – ويرجع الحائز أيضاً على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته ، أياً كان السبب في دفع هذه الزيادة . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين ، دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين " [1] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي: " ويرجع (الحائز) بدعوى ضمان الاستحقاق على من تلقى الملك منه وفقاً لقواعد الضمان في البيع أو الهبة ، وله أيضاً أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب بما دفعه زيادة عما في ذمته بمقتضى سند ملكيته . ويحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، طبقاً لقواعد الحلول " [2] .

ونرى من ذلك أن للحائز ، بعد أن يخرج العقار من ملكه بالمزاد العلني إلى يد من رسا عليه المزاد ، يكون له حقان في الرجوع طبقاً للقواعد العامة :

(الحق الأول) ضد المالك السابق الذي تلقى عنه الملكية ، وهو مالك العقار المرهون . فللحائز أن يرجع على مالك العقار المرهون بدعوى الضمان ، إذا كان قد تلقى منه الملكية

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٢ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرت النص لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٠٨٢ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٦٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٣٨ – ص ١٤٠) .

التقنين المدني السابق : م ٧١٨/٥٩٢ : للحائز الذي انتزع منه العقار أو أخلاه من تلقاء نفسه حق الرجوع بطريق الضمان على من ملكه إليه إذا كان التمليك بمقابل ، وفي جميع الأحوال له الرجوع على المدين الأصلي بما صرفه بأي صفة كانت .

م ٧١٩/٥٩٣ : وله أيضاً الرجوع على المدين المذكور بالمبالغ التي دفعها بأي صفة كانت ، زيادة عن المبلغ الذي كان ألزمه به عقد التمليك إذا أبقي العقار في يده أو رسا عليه المزاد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٢ .

معاوضة [1] . ونفرض أن مالك العقار المرهون قد باع هذا العقار للحائز ، فالحائز وهو المشترى يستطيع الرجوع على مالك العقار المرهون وهو البائع بضمان الاستحقاق . وللحائز أن يرفع دعوى الضمان بمجرد تسلم الإنذار بالدفع أو التخلية [2] ، غير أن للقاضي أن يؤجل الفصل في الطلبات والتعويضات حتى يتم نزع العقار [3] .

أما إذ كان العقار انتقل إلى الحائز تبرعاً بدون مقابل ، فلا يكون للحائز الرجوع على المتبرع إلا إذا اشترط ذلك وفقاً للقواعد العامة [4] .

ويكون الرجوع لتعويض كل الضرر . فإذا رسا مزاد العقار على غير الحائز بثمن أقل من الثمن الذي اشترى به الحائز ، رجع الحائز بقيمة العقار . وإذا رسا مزاد العقار بثمن أزيد من الثمن الذي اشترى به الحائز ، رجع الحائز بثمنه المزاد كله [5] .

(الحق الثاني) ضد المدين الذي دفع الحائز دينه ، ويكون غالباً هو صاحب العقار المرهون . ويرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب ليتقاضى المبلغ الذي دفعه عنه بالفعل ، أي دينه ينقص منه الثمن الذي بيع به العقار في المزاد .

وللحائز ، فضلا عن الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب ، أن يرجع عليه أيضاً بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم وسيأتي ذكر ذلك [6] .

وإذا كان المدين هو نفس مالك العقار المرهون ، كما إذا رهن المدين عقاره ثم باعه للحائز بعد ذلك ، كان للحائز حق الرجوع عليه بالضمان من استحقاق العقار ، ودعوى الإثراء بلا سبب باعتباره مديناً ، ودعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، ويجب التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث لاختلاف شروطها ونتائجها .

---

(١) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٣٥ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن للحائز الذي نزع الدائن المرتهن عقاره ، أن يرجع على من ملكه له إذا كان قد باعه إياه ، ولكن ليس هذا الحق إذا كان العقار قد انتقل له بالهبة أو الوصية ، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك أو كان استحقاق العقار حاصلا بفعل الواهب بعد الهبة (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) .

(٢) لوران فقرة ٣٢٠ — هيك ١٤ فقرة ٥٠ — بودري ودي لوان فقرة ٢٢١٨ .

(٣) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ .

(٤) دي هلتس فقرة ١٣١ — محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٧ ص ٢٧٦ .

(٥) محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٧ ص ٢٧٧ .

(٦) استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٧ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٤٩ .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠ مدني في آخرها ، كما رأينا ، ما يأتي : "ويحل (الحائز) محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين،دون التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين " .

ويفهم من ذلك أن للحائز حقاً ثالثاً غير الحقين السابقين ، وهو دعوى الحلول محل الدائن الذين وفاه حقوقه .

فقد وفى الحائز حقوق كثير من الدائنين المقيدين ، نأخذ واحداً منهم على سبيل المثال . هذا الدائن كان له حق الرجوع على المدين لأنه دائن له ، فيحل الحائز الذي وفى هذا الدائن محله في الرجوع على المدين .

ونفرض أن هذا الدائن كان له أيضاً حق رهن على عقار آخر للمدين ، فيحل الحائز محل الدائن في هذا الرهن .

أما إذا كان الرهن قدمه لهذا الدائن شخص آخر غير المدين ، أي قدمه كفيل عيني ، فلا يحل الحائز محل الكفيل العيني في هذا الرهن طبقاً للقواعد المقررة .

٣٣٣ – الحائز والكفيل : فقد يكون الدين مضموناً بكفالة ، شخصية أو عينية ، فاختلف الفقهاء فيما إذا كان للحائز الذي نزعت ملكيته حق الرجوع على الكفيل. يرى القليل من الفقهاء أن للحائز حق الرجوع على الكفيل [١] . ولكن أكثر الفقهاء يرون أن مركز الكفيل مفضل على مركز الحائز ، لأنه كان بإمكان الحائز عند انتقال ملكية العقار إليه أن يخلص من الرهن عن طريق التطهير ، فيخلص نفسه والكفيل من الدين بمقدار الثمن المدفوع ، ولما لم يفعل وجب عدم الرجوع على الكفيل ، وعلى العكس من ذلك إذا دفع الكفيل يرجع على الحائز [٢] .

وقد أخذ التنقين المدني الجديد بهذا الرأي الثاني ، كما رأينا ، في الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠ مدني [٣] .

---

(١) دي هلتس فقرة ١٣٤ .

(٢) لوارن ١٨ فقرة ١٢٣ – فقرة ١٢٥ – أوبري ور ٣ فقرة ٣٢١ هامش ٨٤ – هامش ٨٥ – جرانمولان فقرة ٥١٣ – محمد كامل مرسي فقرة ٢١٠ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٢١٠ .

٣٣٤ – الرجوع فيما بين الحائزين : وقد تكون هناك جملة عقارات مرهونة كلها في دين واحد ، وانتقلت ملكية كل عقار منها إلى حائز ، فتعدد الحائزون .

فالحائز الذي بيع عقاره ورسا المزاد على غيره ، ووفى الدائن المرتهن ، يحل محله في الرجوع على باقي الحائزين ، ويكون له حق الرهن الذي كان لهذا الدائن قبلهم .

ومن رأي الفقهاء أنه يكون لهذا الحائز الرجوع على باقي الحائزين ، كل بنسبة قيمته العقار الحائز له ، بعد أن يخصم الجزء الذي يمثل عقاره [١] .

وقد أخذ التقنين المدني المصري الجديد بهذا الرأي ، فنص في المادة ٣٣١ منه على أنه: " إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين ، إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار " [٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٥ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٣ – ١٨ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٤٥٩ – جيوار فقرة ١٦٧١ وفقرة ١٦٩٠ – بودري ودي لوان فقرة ٢١٧٠ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٨٧ هامش ٣٤ وهامش ٦٥ – جرانمولان فقرة ٥١٢ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٩ .

(٢) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٩ .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

٣٣٥ – الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية : ينقضى الرهن الرسمي بصفة تبعية إذا انقضى الدين المضمون بالرهن ، فينقضي الرهن تبعاً لانقضاء الدين . ذلك أن الرهن كما قدمنا تابع للدين ، يبقى معه ويزول بزواله ، فإذا زال الدين زال معه الرهن ، ولا يعود إلا إذا عاد الدين .

وينقضي الرهن بصفة أصلية ، إذا زال وحده دون أن ينقضي الدين . فهناك حالات يزول فيها الرهن وحده دون الدين ، فيبقى الدائن ودينه عادي بعد أن كان مضموناً برهن . والحالات التي ينقضي فيها الرهن دون الدين حالات محدودة ، وهي أقل من الحالات التي ينقضي فيها الرهن والدين معاً ، ولكنها موجودة .

فنعقد مبحثين : (١) المبحث الأول في انقضاء الرهن بصفة تبعية ، أي مع انقضاء الدين . (٢) المبحث الثاني في انقضاء الرهن بصفة أصلية ، أي دون انقضاء الدين .

المبحث الأول

انقضاء الرهن بصفة تبعية

٣٣٦ – أسباب انقضاء الدين هي أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية : مادام الرهن ينقضي تبعاً لانقضاء الدين . فينتج من ذلك أن كل سبب يقضي الدين ، يقضي الرهن أيضاً تبعاً لانقضاء الدين . فتكون أسباب انقضاء الدين هي نفسها أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية [1] .

وقبل أن نتكلم في هذه الأسباب ، نذكر أن الرهن يزول أيضاً بصفة تبعية إذا زال الدين .

---

(1) مفاد نص المادة ١٠٨٢ من القانون المدني أن الرهن الرسمي ينقضي بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون، وإذ كان من حق المدين الراهن أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بانقضاء الرهن تبعاً للوفاء بالدين وبالتالي فإنه يكون لمشترى العقار المرهون المحال عليه بالدين أن يتمسك بهذا أيضاً قبل الدائن المرتهن إعمالا للحق المخول له وفقاً للمادة ٣٢٠ من القانون المدني ومن ثم فإن دعواه بذلك تكون مقبولة .
(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٥ الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٢٢٠١) .

٣٣٧ – متى يزول الدين : فقد يزول الدين لأنه لم يوجد صحيحاً ، أو وجد صحيحاً ولكنه زال بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يوجد . والرهن مثل الدين في ذلك، فقد لا يوجد صحيحاً ، أو يوجد صحيحاً ولكنه يزول بأثر رجعي .

٣٣٨ – أسباب زوال الدين : ومن أسباب زوال الدين أنه يوجد في عقد باطل ، لعدم الرضاء أو لعدم الأهلية أو لانعدام المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لخلل في الشكل ، فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معهما الرهن .

ومن أسباب زوال الدين أيضاً أنه يوجد في عقد قابل للإبطال ، لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء أو لنص في القانون ، فيختار من له مصلحة في إبطال العقد إبطاله ، فيبطل ويبطل معه الدين ، فيبطل معهما الرهن . مثل ذلك أن يعقد العقد ناقص الأهلية أو من شاب رضاءه إكراه ، فيعمد ناقص الأهلية أو المكره إلى إبطال العقد ، فإن أبطل وبطل معه الدين ، بطل معهما الرهن .

ومن أسباب زوال الدين كذلك أن ينشأ في عقد معلق على شرط فاسخ ، فيتحقق الشرط ويزول العقد بأثر رجعي ، فيزول الدين بأثر رجعي ، ويزول بزوال الدين الرهن بأثر رجعي كذلك .

٣٣٩ – انقضاء الدين : وقد يوجد الدين صحيحا ، ويبقى ، ولكنه ينقضي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام . وبانقضاء الدين ينقضي الرهن معه ، ونستعرض هنا في إيجاز أسباب انقضاء الالتزام أو الدين ، لأنها هي بحثنا الأصلي .

٣٤٠ – أسباب انقضاء الدين – نص قانوني : ومعروف أن الدين ينقضي بالأسباب الآتية : الوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والإبراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم . فنستعرضها في إيجاز سبباً سبباً ، ولكن قبل ذلك نستعرض نصاً تشريعياً ، هو المادة ١٠٨٢ مدني ، وتنص على ما يأتي :

" ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضي به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٤ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٤ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٧٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٢ .
التقنين المدني السابق : لا مقابل .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " ينقضي حق الرهن بطريقة تبعية مع الدين ، فإذا كان الدين قد انقضي ثم عاد بزوال سبب انقضاءه ، كأن كان الوفاء باطلا أو الإبراء صادراً من غير ذي أهلية ، رجع الرهن برجوع الدين . ولكن إذا كان الغير حسن النية قد كسب على العقار المرهون حقاً عينياً ما بين انقضاء الرهن وعودته ، وجب احترام هذا الحق " [1] .

ونرى من هذا الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء الدين المضمون ، ويكون انقضاؤه بصفة تبعية ، فإنه تابع للدين المضمون ، فينقضي بانقضائه .

ولكن الدين المضمون قد ينقضي ، ثم يرجع إلى الوجود . مثل ذلك إذا انقضي الدين المضمون بالوفاء باطلا كأن كان الموفى به غير مملوك للموفي وبطل الوفاء ، فإن الدين يعود إلى الوجود ، ويعود معه الرهن .

ومثل ذلك أيضاً إذا انقضي الدين المضمون بالإبراء ، وكان الإبراء صادراً من ناقص الأهلية فكان قابلا للأبطال وأبطل ، فإن الدين يعود كما كان ويعود معه الرهن .

ومثل ذلك أخيراً إذا انقضي الدين المضمون باتحاد الذمة ، ثم زال اتحاد الذمة، فإن الدين المضمون يعود إلى الوجود ويعود معه الرهن .

وإذا عاد الرهن ، ولم يكسب أحد على العقار حقاً عينياً تبعياً ، عاد الرهن بمرتبته الأصلية وكأنه لم ينقضِ .

أما إذا كسب أحد حقاً عينياً تبعياً كرهن ثان مثلا ، في الفترة ما بين انقضاء الرهن الأول بوجود سبب الانقضاء وعودة هذا السبب ، فيجب أن نميز بين أمرين :

(الأمر الأول) أن يكون صاحب الرهن الثاني عالماً بما يحيط رهنه من ملابسات ، وأن الرهن الأول قد يعود إلى الوجود بزوال سبب انقضاء الدين ، فأنه رهنه الثاني يبقى ثانياً ، ويتقدمه الرهن الأول عند عودته .

(الأمر الثاني) أن يكون صاحب الرهن الثاني جاهلا للملابسات ، ويعتقد بحسن نية أن الدين المضمون بالرهن قد زال وأنه لن يعود ، أو يعتقد أن الدين المضمون بالرهن لم يزل ولكن لم يكن هناك رهن أول ، فإن الرهن الثاني يصح ويبقى رهنا أولا ، ويتقدم على الرهن الأول عند عودة هذا الرهن .

والآن نعود إلى أسباب انقضاء الدين المضمون بالرهن .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ — ص ١٤٩ .

§ ١ – الوفـــاء

٣٤١ – اتباع القواعد العامة في الوفاء والوقوف عند بعض المسائل:

إذا انقضي الدين المضمون بالرهن ، انقضي الرهن تبعاً له ، وانقضاء الدين المضمون بالرهن عن طريق الوفاء تتبع فيه القواعد العامة المقررة في وفاء الديون [١] . وقد تكون هناك بعض مسائل في الوفاء يحسن الوقوف عندها هنا .

٣٤٢ – الوفاء مع الحلول يجعل الموفى يحل محل الدائن في الرهن الذي له :

فقد يكون الدين المضمون بالرهن قد وفاه شخص حل محل الدائن ، حلولا قانونياً أو حلولا اتفاقياً . فينتقل إلى الموفى مع الدين المضمون بالرهن ، ما يكفل هذا الدين من تأمينات ، ومنها الرهن [1] .

ومن ثم يرجع الموفى لا على المدين وحده، بل يرجع أيضاً على الراهن، لأن الرهن لم يزل بالوفاء مع الحلول . وإذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار (م ١٣٣١ مدني) [٢] .

وإذا كان الدين المضمون بالرهن كفيل، ووفى الكفيل بالدين فحل محل الدائن قانوناً، رجع الكفيل على العقار المرهون واستوفى منه ما دفعه وفاء للدين . أما العكس فغير صحيح ، فلو كان الموفى هو الحائز للعقار المرهون وحل محل الدائن حلولا قانونياً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على الكفيل ، إذ لو رجع عليه كان للكفيل أن يرجع هو أيضاً بدوره على الحائز بدعوى الحلول . فلا فائدة إذن من رجوع الحائز على الكفيل ، لأن هذا الحائز مسئول من الدين تجاه الكفيل بموجب الرهن ، أما الكفيل فقد رأينا أنه يرجع على الحائز لأنه غير مسئول عن الدين تجاه هذا الحائز [٣] .

---

(١) أنظر الوسيط ٣ .

(1) لا يشترط في الاتفاق على الحلول شكل خاص ويخضع في إثباته للقواعد العامة ، والموفى يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات عينية أو شخصية وما يرد عليه من دفوع ، وهو ما تقضي به المادة ٣٢٩ من القانون المدني ويقع الحلول في التأمينات بحكم القانون دون حاجة لاتفاق المدين مع الدائن على إحلاله محله في الرهن أو أي تأمين آخر .
(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ٧٤٥) .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٣٩٩ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٠٠ .

والوفاء مع الحلول هو وفاء للحق بالنسبة إلى الدائن ، وانتقال للحق بالنسبة إلى المدين ، إذ المدين لم يوف الحق بنفسه بل وفاه عنه غيره، فلا ينقضي بالنسبة إلى المدين، بل ينتقل إلى الموفى لأنه هو الذي وفى الحق [1] [2] .

٣٤٣ – الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين : وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٣٠ مدني على ما يأتي :

" إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه ، وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .

والمفروض هنا أن الموفى وفى جزءاً من الدين ، فحل محل الدائن في هذا الجزء . فإذا تبين أن المدين قد رهن عقاراً في الدين ، وليس يفي العقار بكل الدين ، وليس للمدين أموال أخرى ، فإن الموفى وقد وفى جزءاً من الدين ، والدائن الأصلي ولا يزال دائناً بالجزء الباقي ، لا يجد أن أمامهما سوى هذا العقار فيستوفى كل منهما حصة منه ، ويتقدمان معاً على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن . ولكن فيما بينهما كان ينبغي أن يتعادلا ، فإن كلا منهما دائن بجزء من دين واحد ، فلا محل لتفضيل أحدهما عن الآخر . ولكن النص ، وهو في ذلك يترجم عن النية المحتملة للطرفين – يفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه إلا وهو مشترط على الموفى أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي . وعلى هذا الأساس قد قبل وفاء جزئياً ما كان الموفى يستطيع أن يجيزه عليه ، ومن ثم يتقدم الدائن الأصلي على الموفى في القرض الذي نحن بصدده ، ويستوفي أولا الجزء الباقي له من الدين ، وما بقي بعد

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠٥ .

(2) إذا كان الأصل أن لمحكمة الموضوع أن تسبغ التكييف الصحيح على واقعة الدعوى ، إلا أنها تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض ، وإذا كان استناد محكمة الاستئناف إلى المادة ٣٢٣ من القانون المدني لا يصلح أساساً لتكييف العلاقة بين الأطراف الثلاثة – البائع والمشترى والبنك – لأنه لا صالح للطاعنين في الوفاء عن البائع بقصد الحلول محل البنك في دينه قبل البائع ، كما أن الطاعنتين لم تقصدا الوفاء إلى البنك تفضلا ، وكان التكييف الصحيح لهذه العلاقة هو أن الأمر يتعلق بحوالة دين تم الاتفاق فيها بين المدين الأصلي للبنك المطعون عليه الأول البائع والمحال عليه – الطاعنتين المشتريتين – على أن تتحمل الأخيرتان سداد دين البنك بدلا من سداد الثمن للبائع في مقابل تطهير العقار من الرهن ، ومؤدى ذلك أن الدين الذي التزمت به الطاعنتان قبل الدائن هو عين الدين الذي كان مترتباً في ذمة المدين الأصلي وبرئت منه هذه الذمة بالحوالة مادام الدائن – البنك – قد قبلها ويكون له أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستمدة من عقد الحوالة كعيوب الرضا .

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٠ ق س ٣١ ص ٨٧١) .

ذلك من ثمن العقار يأخذه الموفى فلا يستوفى به كل حقه . ونرى من ذلك أن الموفى ، وقد حل محل الدائن في جزء من حقه ، لم يعامل معاملة الدائن ، بل فضل الدائن عليه .

على أن هذه القاعدة ليس إلا افتراضاً لما أراده الدائن والموفى ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للدائن والموفى أن يتفقا على غير ذلك ، فلهما أن يتفقا على أنهما يتعادلان ويتقاسمان مال المدين قسمة الغرماء ، بل لهما أن يتفقا على أن الموفى هو الذي يتقدم الدائن فيستوفى أولا الجزء من الدين الذي وفاه ، وما بقي بعد ذلك يأخذه الدائن . وهذا ما يقع غالباً ، فإن الموفى وهو يفي للدائن بجزء من حقه يكون عادة هو الجانب الأقوى الذي يملي شروط الوفاء ، فسرعان ما يشترط أن يتقدم الدائن في استيفاء حقه من المدين [1] .

٣٤٣ – تعذر الوفاء للدائن وإيداع الدين : وقد يجد المدين نفسه في حالة تعذر أن يوفى دينه للدائن المرتهن مباشرة ، ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

أولا – إذا كان الدائن قد مات عن ورثة انتقل إليهم الدين في الحالات التي ينتقل فيها ، ولكن المدين يجهل من هم هؤلاء الورثة ، عند ذلك لا يسعه إلا أن يودع الدين على ذمة صاحبه ، دون عرض حقيقي أو إعذار .

ثانياً – إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ، ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، فلا يجد المدين بداً من إيداع الدين على ذمة هذا الدائن ، دون أن يعرضه عرضاً حقيقياً . وقد يجد المدين نفسه ، بعد أن كان دائنه كامل الأهلية ثم مات عن وارث قاصر ، أمام هذا الوارث وليس له نائب يقبل عنه الوفاء ، فيضطر أيضاً في هذه الحالة إلى إيداع الدين على ذمته .

ثالثاً – إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر هذا الإجراء . فمتى قام سبب جدي يمنع المدين من عرض الدين على الدائن وهو مع ذلك يريد الوفاء به ، فليس أمامه إلا أن يودعه على ذمة الدائن . مثل ذلك أن يريد المشترى الوفاء بالثمن للبائع ، ولكن البائع يمتنع عن القيام للتصديق على إمضائه في عقد البيع ، فلا يجد المشترى بداً من إيداع الثمن على ذمة البائع بشرط ألا يقبضه إلا بعد التصديق على الإمضاء ، ثم يعمد بعد ذلك إلى رفع دعوى بثبوت البيع .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٠١ .

وفي هذه الفروض المتقدمة ، ليس على المدين إلا أن يودع الدين دون حاجة إلى عرض حقيقي ، فتبرأ ذمته [1] .

ومتى برأت ذمة المدين من الدين ، يكون الدين قد انقضى ، فينقضي معه الرهن.

وهكذا يستطيع المدين عادة أن يجد طريقاً للخلاص من الدين أو إبراء ذمته ، فمتى فعل وانقضي الدين ، انقضي الرهن تبعاً لانقضاء الدين .

§ ٢ – الوفاء بمقابل

٣٤٥ – القواعد العامة للوفاء بمقابل : وقد ينقضي الدين ، لا بالوفاء، ولكن بالوفاء بمقابل ، والقواعد العامة التي تنطبق على الوفاء بمقابل تنطبق هنا أيضاً [2] ، ومتى انقضي الدين انقضي معه الرهن .

٣٤٦ – التكييف القانوني للوفاء بمقابل : والوفاء بمقابل عمل مركب، فهو تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية ، فالوفاء بمقابل تجديد بتغيير محل الدين ، ومتى تغير محل الدين عمد المدين إلى الوفاء بالمحل الجديد [3] .

٣٤٧ – ضمان الاستحقاق في الوفاء بمقابل : وإذا استحق المقابل في يد الدائن ، رجع على المدين . ولا يرجع بالدين الأصلي ، فإن هذا الدين قد انقضي بالتجديد، وانقضت تأميناته معه ومنها الرهن ، فلا يعود ولا تعود . وإنما يرجع بضمان الاستحقاق كما يرجع المشترى على البائع ، لأنه إنما يطعن في التصرف الخاص بنقل الملكية لا التصرف الخاص بالتجديد . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه ، وهو الذي قضي الدين الأصلي بالرهن الذي يكفله وبتأميناته الأخرى ، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية .

ولا شك في أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلي ، ولكن الرهن الكافل للدين الأصلي وبقية التأمينات تنقضي كما انقضي الدين الأصلي ، الذي انقضي بالتجديد ، فلا تكفل ضمان الاستحقاق [4] .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٨ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٢٨ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ١٨٠ .

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٢ .

٣٤٨ – الوفاء بمقابل يقضي الدين الجديد : ثم إن الوفاء بمقابل ، باعتباره وفاء ، يقضي الدين الجديد الذي حل محل الدين الأصلي ، أما الدين الأصلي فقد انقضي بالتجديد ، ومن ثم تترتب النتائج الآتية :

(١) يزول الرهن الذي كان يكفل الدين الأصلي ومعه سائر التأمينات ، ولا تعود حتى لو استحق المقابل في يد الدائن ، وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلي قد انقضي وانقضي معه الرهن وسائر التأمينات عن طريق التجديد .

(٢) إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له ، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية ، ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكن يسترد منه المقابل الذي دفعه بدعوى استرداد غير المستحق .

(٣) يجوز لدائني المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية في الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء. فإذا وفى المدين المعسر ، وفاء بمقابل ، أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، لم يسر هذا الوفاء بمقابل في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى المقابل [١] .

§ ٣ – التجديـــد

٣٤٩ – القواعد العامة للتجديد تسرى : والقواعد العامة للتجديد [٢] تسرى هنا أيضاً بوجه عام . والتجديد عمل مركب ، فهو قضاء دين قديم وإنشاء دين جديد يحل محله .

وإن كان الالتزام الجديد لا يغاير الالتزام القديم في عنصر هام ، في الدين أو في المدين أو في الدائن ، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير ، أو قراراً (ratification) له حتى يسرى في حق الغير ، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان ، أو نحو ذلك ، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً . كذلك إدخال تعديل غير جوهري على الالتزام القديم لا يعد تجديداً، فإضافة أجل إلى الالتزام القديم ، أو مد أجل قائم أو إلغاء أجل موجود ، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهريا

---

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٤٨٣ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٤ – فقرة ٥٢٤ .

على حد أن يكون هناك تجديد . كذلك إضافة شرط جزائي ، أو تقديم تأمين شخصي أو عيني ، أو إلغاء هذا التأمين ، أو تعديل مكان الوفاء ، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو برفعها ، أو تغيير مقدار الدين بزيادة أو بنقص ، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهرياً يترتب عليه تجديد الالتزام . وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً ، فيتم التجديد ، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً في محل الدين .

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ ، أو إلغاء شرط واقف أو شرط فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً ، فإن هذا يعد تعديلا جوهرياً في الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين [1] .

٣٥٠ – تقييد الالتزام في حساب جار : ومجرد تقييد الالتزام في حساب جار لا يكون تجديداً لهذا الالتزام ، لأن مجرد تقييد الالتزام في الحساب الجاري قبل قطع رصيد الحساب لا ينشئ التزاماً جديداً . لكن الالتزام الذي قيد في الحساب الجاري تفنى ذاتيته ويصير قلما من أقلام الحساب ، وينقضي الالتزام قبل أن يتم تجديده ، ويحل محله عنصر حسابي هو الدائنية أو المديونية التي يمثلها الالتزام في الحساب الجاري .

ويترتب على أن الالتزام ينقضي حتى قبل أن يتم التجديد أن تزول عنه صفته المدنية إذا كان ديناً مدنياً ، ولا يعود يخضع لسريان التقادم . وكان ينبغي ، إذا كان الالتزام مضمونا برهن ، أن ينقضي هذا الرهن بانقضاء الالتزام المضمون بالرهن ، لولا أن المادة ٣٥٥ مدني تنص على ما يأتي : " ١ – لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار. ٢ – وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره ، على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك " .

فإذا كان الالتزام مضموناً برهن رسمي مثلا ، فبالرغم من أنه قد انقضي وإن كان لم يتجدد ، فأن الرهن الرسمي لا ينقضي تبعاً للالتزام المضمون به ، ولكنه يبقى كما يقول النص .

فإذا ما قطع رصيد الحساب الجاري وتم إقراره ، فإن الرصيد يكون حقاً لأحد طرفي الحساب ديناً في ذمة الآخر . وعند ذلك يتم تجديد جميع الالتزامات المقيدة في الحساب الجاري ، ويصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذي حل محل الالتزامات المقيدة ، والذي رأيناه يبقى بالرغم من انقضاء هذا الالتزام . ذلك أن القانون يفترض أنه نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٩٠ .

فأصبح مكفولا به . وغني عن البيان أن هذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام في الحساب وانقضائه على هذا الوجه [1] .

٣٥١ – نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد : تنص المادة ٣٥٧ مدني على ما يأتي :

" ١ – إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي ، فإن الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد تراعى فيه الأحكام الآتية : "

" (أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد في الحدود التي لا تحقق ضرراً للغير " .

" (ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استيفاء التأمينات العينية ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم " .

" ٢ – ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذاً في حق الغير إلا إذا تم مع التجديد في وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل " .

وتنص المادة ٣٥٨ مدني على ما يأتي :

" لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة ، عينية كانت أو شخصية ، ولا التضامن ، إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون " [2] .

§ ٤ – المقاصة

٣٥٢ – القواعد العامة للمقاصة تسري : وتسرى هنا أيضاً القواعد العامة المقررة في شأن المقاصة [3] . والمقاصة أداة وفاء، وأداء ضمان ، فإما أنها أداة وفاء، فذلك يستخلص من انقضاء دينين متقابلين توافرت فيهما شروط معينة . وأما أن المقاصة أداة ضمان ، فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذي يستوفى حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذي في ذمته دون غيره من دائني المدين . فيستوفى حقه منه

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٤٩٨ .

(٢) أنظر في ذلك الوسيط ٣ فقرة ٥٠٣ – فقرة ٥١٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٥٢٥ – فقرة ٥٦٠ .

متقدماً عليهم جميعاً ، ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأميناً ، فهي من هذ الوجه أداة ضمان [1] .

وقد أوجب التقنين المدني الجديد على ذي المصلحة في المقاصة أن يتمسك بها ، والتمسك بالمقاصة يراد به تأكيد أن المقاصة ليست من النظام العام بل هي مقررة لمصلحة الطرفين ، وأن القاضي لا يجوز له أن يقضي بها من تلقاء نفسه حتى لو علم بوقوعها وإنما يجب على ذي المصلحة أن يتمسك بها . والتمسك بالمقاصة يصح في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . بل يصح التمسك بالمقاصة حتى بعد صدور حكم نهائي ، وفي أثناء إجراءات التنفيذ . ذلك أن المقاصة تقع بحكم القانون دون حاجة إلى إعلان عن الإرادة ، والتمسك بها ليس إلا إعلاناً للقاضي أن ذا المصلحة فيها يطلب الحكم بوقوعها ، وإغفال التمسك بها قد يؤول على أن ذا المصلحة ق نزل عنها بعد ثبوتها .

بل ويمكن التمسك بالمقاصة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتبر هذا التمسك تصرفاً قانونياً ، إنما هو إشعار الطرف الآخر بوقوع المقاصة .

فالمقاصة ليست من النظام العام ، ويجوز إذن لمن تقررت لمصلحته أن ينـــزل عنها ، صراحة أو ضمناً [2] .

٣٥٣ – حالة من حالات النزول الضمني عن المقاصة : وقد نصت المادة ٣٦٩ مدني على ما يأتي :

" إذا وفى المدين ديناً ، وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق ".

وهذا النص يفرض أن المدين وفى دينه للدائن ، بالرغم من وجود حق له في ذمة الدائن كان من الممكن أن يقاص به دينه فلم يفعل . وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أولا – حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يعلم بوجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فلم يتمسك مع ذلك بالمقاصة ودفع الدين . وهنا يجب تأويل عدم تمسك المدين بالمقاصة مع علمه بجواز التمسك بها أن هذا نزول ضمني منه عن التمسك بحقه في المقاصة بعد ثبوتها . ومن ثم ينقضي الدين الذي كان في ذمة المدين بالوفاء ، ويعود للمدين حقه

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٢٥ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٦ .

الذي كان قد انقضي بالمقاصة . ولكن لا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير ، فلا يضار دائن مرتهن متأخر في المرتبة عن مرتبة الرهن الذي كان يكفل الحق ، لأن هذا الرهن قد زال لأنه يكفل حقاً كان يجب أن ينقضي بالمقاصة .

ثانياً — حالة ما إذا كان المدين وهو يدفع دينه يجهل وجود حق له يمكن أن يقاص به الدين ، فهنا لا يمكن القول بأن المدين قد نزل عن التمسك بالمقاصة في هذا الحق . وجعل القانون من جهل المدين بحقه المكفول برهن عذراً مقبولا ، فاعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم في ذمته ، لا على أنه وفاء لدين انقضي بالمقاصة . ومادامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين يبقى مع الرهن الذي يكفله ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين [1] .

§ ٥ — اتحاد الذمة

٣٥٤ — القواعد العامة لاتحاد الذمة تسرى : وتسرى هنا أيضاً القواعد العامة لاتحاد الذمة [2] . واتحاد الذمة يتحقق ، أكثر ما يتحقق ، عن طريق الميراث . وله صورتان : (الصورة الأولى) حيث يرث المدين الدائن ، ويرث المدين حق الدين ، فتتحد الذمة في الدين ، وهذا صحيح في مصر ، لأن قواعد الفقه الإسلامي ، وهي التي تطبق في الميراث ، تقره وتنقل حقوق الدائن إلى ورثته ، (الصورة الثانية) حيث يرث الدائن المدين ، فتكون التركة هي المدينة للدائن ، والدائن هو الوارث . وهنا تأبى قواعد الفقه الإسلامي أن تتحد الذمة في الدين ، إذ أن الدائن لا يرث الدين الذي على التركة ، فالديون لا تورث ولا تركة إلا بعد سداد الدين . فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد دينها لهذا الدائن ، ثم يرث الدائن بعد ذلك من التركة ما يبقى بعد سداد الديون ، فلا يكون هناك مجال لاتحاد الذمة في هذه الصورة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : " ورغم أن نصيب هذا النظام من الأهمية جد ضئيل ، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تقر أحد تطبيقه الرئيسيين ، فقد أفرد له الشروع مادتين ، أدمجتا بعد ذلك في مادة واحدة) ، تناول في أولاهما تحديد نظامه ، واستظهر في الثانية الأثر المترتب عليه [3] " .

وقل أن تتحد الذمة عن طريق التصرف القانوني ما بين الأحياء . ومع ذلك فهناك مثل أورده المشرع ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدني على ما يأتي : " إذا كان

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٤٧ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٦١ — فقرة ٥٧٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩١ .

الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع " . فهذا دين متنازع فيه في ذمة المدين للدائن ، وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له ، فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائناً لنفسه ، وتتحد الذمة في الدين . والواقعة التي أدت إلى اتحاد الذمة هنا هي تصرف قانوني ما بين الأحياء ، فإن استرداد الدين ينطوي على تصرف قانوني . والمثل الآخر الذي يورده الفقه عادة لتصرف قانون ما بين الأحياء يكون سبباً لاتحاد الذمة هو مثل الكمبيالة قبلها المسحوب عليه ، فأصبح مديناً بقيمتها . وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشتريها المسحوب عليه فتصبح ملكه ، ومن ثم يصير دائناً لنفسه . فتجتمع صفتا المدين والدائن ، وتتحد الذمة في الدين . وسبب اتحاد الذمة هنا هو شراء المسحوب عليه للكمبيالة ، وهذا تصرف قانوني ما بين الأحياء [1] .

٣٥٥ – عودة الدين إلى الظهور : فإذا زال بأثر رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة ، اعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ، وعاد الدين إلى الظهور والنفاذ بعد أن كان موقوفاً من ناحية المطالبة [2] .

ويعود الدين بمقوماته الأصلية ، فيرجع ديناً مدنياً أو تجارياً ، منتجاً لفوائد أو غير منتج لها ، مشمولا بسند تنفيذي أو غير مشمول به ، بحسب الأحوال . ويعود أيضاً الرهن والتأمينات التي كانت تكفله من كفيل شخصي وكفيل عيني ورهن وغير ذلك .

مثل ذلك أن يكون السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وصية ، فأوصى الدائن بالدين للمدين ، ومات الدائن فاتحدت الذمة في الدين . ثم تبين بعد ذلك أن الوصية قابلة للإبطال فأبطلت ، وزال بأثر رجعي هذا السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . عند ذلك يعود الدين في ذمة المدين للتركة ، ويعود كما كان بصفاته ودفوعه وتأميناته . وتطالب التركة المدين بالدين ، بعد أن كانت كفت عن المطالبة بسبب اتحاد الذمة .

ومثل ذلك أيضاً أن يقبل الكمبيالة المسحوب عليه، ويشتريها بعقد قابل للإبطال، ثم يبطل العقد .

ومثل ذلك أخيراً أن يتخلص المدين من دين متنازع فيه بدفعه الثمن والفوائد ، ثم يتبين بعد ذلك أنه كان قاصراً وقت تخلصه ، فيبطل التصرف .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٦٥ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٣ .

في هذه الأحوال جميعاً يعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن بعد أن زال سببه بأثر رجعي ، ويعود الدين إلى الظهور ، بما كان يكفله من رهن وتأمينات .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ مدني على هذه الأحكام ، إذ تقول : " وإذا زال السبب الذي أدي إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ".

٣٥٦ – زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي: وقد يزول بأثر غير رجعي السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة . ويمكن تصور ذلك إذا ورث المدين الدائن فاتحدت الذمة في الدين ، ثم اتفق الوارث باعتباره دائناً مع شخص آخر فحول الدين له . ففي هذه الحالة يعود الدين إلى الظهور في ذمة الوارث باعتباره مديناً ، ويصبح المحال له دائناً للوارث .

ولكن لا يضار الغير بعودة الدين على هذا الوجه ، ففي المثل الذي نحن بصدده ، إذا كان للدين كفيل عيني أو شخصي ، وبرئت ذمة هذا الكفيل باتحاد الذمة ، ثم عاد الدين بأثر غير رجعي ، فإن الكفالة العينية (الرهن) أو الشخصية لا تعود . ولا يستطيع المحال له أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل من الغير في الاتفاق الذي تم بين الوارث والمحال له، وقد برئت ذمته من الكفالة، فلا يضار بسبب اتفاق لم يكن هو طرفاً فيه [1] .

§ ٦ – الإبراء من الدين

٣٥٧ – القواعد العامة للإبراء تسرى : وهنا أيضاً تنطبق القواعد العامة للإبراء [2] . والإبراء تصرف تبرعي صادر من جانب واحد هو الدائن المبرئ ، وينقضي به الدين ، فيزول الرهن . وتنص المادة ٣٧٢ مدني على ما يأتي : " ١ – تسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع . ٢ – ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام بشرط لقيامه شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان ".

وكان الإبراء في التقنين المدني السابق اتفاقاً يتم بين الدائن والمدين على انقضاء الدين دون مقابل . وقد عدل التقنين المدني الجديد عن هذا التكييف التقليدي ، وصرح في المادة ٣٧١ مدني بأن الإبراء يتم " متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده " . ومعنى ذلك أن

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٤ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٧٦ – فقرة ٥٨٤ .

الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، لا باتفاق بين الدائن والمدين . وقد اقتبس التقنين المدني الجديد هذا التكييف المستحدث من الفقه الإسلامي ، ففيه يتم الإبراء بإرادة الدائن المنفردة ويرتد برد المدين .

٣٥٨ – الإبراء يقضي الدين: والإبراء سبب من أسباب انقضاء الالتزام، على أن الإبراء يرتد برد المدين إياه . فإذا وصل الإبراء إلى علم المدين ، ولم يرده في المجلس الذي علم فيه ، لم يستطع أن يرده بعد ذلك . أما إذا رده في المجلس ، فإنه يرتد ويزول أثره، ويبقى الدين في ذمة المدين بجميع تأميناته ومنها الرهن الرسمي [1].

٣٥٩ – وينقضي مع الدين تأميناته ويدخل فيها الرهن الرسمي : وإذ ينقضي الدين بالإبراء ، فأنه ينقضي ما كان يكفله من تأمينات ، ويدخل فيها الرهن الرسمي.

٣٦٠ – إبراء الدائن للمدين من الدين ونزوله عن الرهن الرسمي : وقد يتفق أن الدائن يتلقى رهناً رسمياً من المدين يكفل له الوفاء بالدين .

هنا إذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، برئت ذمة المدين وانقضي الدين ، وانتهى معه الرهن الذي يكفله . وقد يكتفي الدائن بالنزول عن الرهن الرسمي ، وفي هذه الحالة يزول الرهن الرسمي وحده بالنزول عنه من الدائن المرتهن ، ولكن الدين يبقى إذ لم يوجد سبب لزواله . فالرهن يزول مع الدين كما قدمنا ، ولكن الدين لا يزول مع الرهن ، إذ أن الرهن تابع والدين أصيل .

§ ٧ – استحالة التنفيذ

٣٦١ – القواعد العامة لاستحالة التنفيذ تسرى : وهنا أيضاً تسرى القواعد العامة لاستحالة التنفيذ . ويلاحظ أن استحالة التنفيذ التي تقضي الدين يجب أن تكون استحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإن كان الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لم ينقض الدين . وإذا كان الدين يبقى ، كان تنفيذه العيني أصبح مستحيلا على كل حال ، ومن ثم يؤول إلى تعويض في ذمة المدين جزاء خطأه . ولا يجوز القول بأن الالتزام الأصلي قد انقضي وحل محله التزام جديد محله التعويض ، بل إن الالتزام الأصلي

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٢ .

باق بعينة وإنما تحول محله من التنفيذ العيني إلى التعويض . ولو فلنا أن الالتزام الأصلي قد انقضي إذا استحال التنفيذ بخطأ المدين ، لترتب على ذلك انقضاء الرهن الرسمي وسائر التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي ، مع أن الرهن والتأمينات تبقى متى كان خطأ المدين هو السبب في استحالة تنفيذ الالتزام الأصلي .

٣٦٢ – انقضاء الالتزام وتوابعه باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي : ويترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي ، أن ينقضي هذا الالتزام ، وينقضي معه الرهن الرسمي الذي كان يكفله .

ولا ينقضي الرهن الرسمي فقط ، بل تنقضي جميع توابع الالتزام ، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله . فإذا كان هناك رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الالتزام قبل استحالة تنفيذه ، فإن هذه الحقوق العينية تنقضي بانقضاء الالتزام ، ويجب على الدين محو القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات .

وإذا كان للالتزام كفيل ، عيني أو شخصي ، ثم استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي فانقضي وبرئت ذمة المدين منه ، فأن ذمة الكفيل العيني أو الشخصي تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين .

ومتى انقضي الالتزام وتوابعه ، فإن المدين يلتزم بأن يترل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك . فإذا كان الشيء مؤمناً عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض، وجب على المدين أن ينقل للدائن حقه في مبلغ التأمين أو حقه في التعويض "[1] .

§ ٨ – التقادم المسقط

٣٦٣ – القواعد العام للتقادم المسقط تسرى : وتنطبق هنا أخيراً القواعد العامة للتقادم المسقط [2] . ويلاحظ أننا الآن في صدد انقضاء الدين ذاته وانتضاء الرهن بصفة تبعية ، لا في صدد انقضاء الرهن بصفة أصلية التي سيأتي الكلام فيه فيما يلي .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٥٨٩ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١ – فقرة ٦٨٠ .

٣٦٤ – التمسك بالتقادم من كل ذي مصلحة : وإلى جانب المدين وخلفه لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتقادم ، ومن ذوي المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم الحائز للعقار المرهون .

فللحائز أن يدفع بتقادم الدين المضمون بالرهن . فلو فرض أن المدين رهن عقاراً ضماناً للوفاء بدينه ، ثم باع هذا العقار ومضت على الدين مدة التقادم ، ورجع الدائن على حائز العقار يطالبه بالدين ، فللحائز أن يدفع الدين بالتقادم .

فإن كان المدين يعلم أن الدين لا يزال في ذمته وتحرج من أن الحائز دفعه بالتقادم، فما عليه إلا أن يوفي الدائن ، فهو المدين الأصلي الذي يجب عليه الوفاء [١] .

٣٦٥ – سقوط الدين وتوابعه بالتقادم : وإذا تمسك المدين بالتقادم في دين تم تقادمه ، فإن الدين يسقط مع الدين وتوابعه من رهن رسمي وحق امتياز وحق اختصاص وكفالة وما إلى ذلك . فينقضي الرهن بانقضاء الدين بالتقادم ، فإن التابع يزول بزوال الأصل .

كذلك يسقط مع الدين ما استحق من فوائده وملحقاته، باعتبارها توابع الدين[٢].

٣٦٦ – التقادم يسقط الحق والدعوى معاً : والتقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى ، بل يسقط الحق والدعوى جميعاً ، ومتى سقط الحق سقطت معه توابعه، ومنها التأمينات التي تكفل الحق ويدخل فيها الرهن الرسمي .

ومما يقطع في أن الحق ذاته هو الذي يسقط بالتقادم أن المدين ، في غير الديون التي يقوم فيها التقادم على محض قرينة الوفاء ، لو أقر أمام القضاء بعد أن تمسك بالتقادم أن الدين باقي في ذمته ، فإن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ، إذ الدين يكون قد سقط .

بل إن من الفقهاء من ذهب إلى أن التقادم يقضي الحق والدعوى معاً كما تقتضيها الأسباب الأخرى لانقضاء الالتزام ، فلا يتخلف عن الالتزام المتقادم التزام طبيعي [٣] .

ولكن هذا الرأي لم يسد ، والرأي الصحيح هو أنه يتخلف عن الالتزام المدني الذي سقط بالتقادم التزام طبيعي . وقد نص على هذا الحكم صراحة التقنين المدني المصري الجديد، في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ مدني ، فهي تقول :

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٤٩ .

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٦٧ .

(٣) لوران ٢٢ فقرة ٢٠٥ – هيك ١٤ فقرة ٨٣٨ – تروبلون ١ فقرة ٢٩ .

" يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي".

والنص صريح في أمرين : (أولا) في أن التقادم يقضي الالتزام ذاته ، ولا يقتصر على أن يقصي الدعوى . (ثانياً) في أن الالتزام الذي ينقضي بالتقادم ، يتخلف عنه في ذمة المدين التزام طبيعي [1] .

المبحث الثاني
انقضاء الرهن بصفة أصلية

٣٦٧ – أسباب الانقضاء : المقصود هنا من أن الرهن ينقضي بصفة أصلية ، هو أنه ينقضي وحده استقلالا ، دون أن ينقضي بانقضاء الدين بصفة تبعية. فينقضي الرهن، دون أن ينقضي الدين .

وهذا يحصل أحياناً .

وقد نص القانون على أسباب ثلاثة ينقضي بها الرهن دون أن ينقضي الدين ، وكان ينص على أربعة أسباب أخرى حذفت جميعاً . ومن هذه الأسباب الأربعة ، توجد أسباب ثلاثة تقضي بها القواعد العامة فحذفها لا يهم .. أما السبب الرابع ، وهو انقضاء الرهن بصفة أصلية بالتقادم ، فقد كان من المفيد بقاؤه إذا أريد العمل به .

فهناك إذن أسباب سبعة نعرض لها هنا لبحثها ، وهي :

(١) تمام إجراءات التطهير (م ١٠٨٣ مدني) .

(٢) بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني (م ١٠٨٤ مدني) .

(٣) عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون (م ١٠٨٤ مدني في آخرها) .

(٤) نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي .

(٥) اتحاد الذمة في العقار المرهون .

(٦) هلاك العقار المرهون .

(٧) التقادم .

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٤ .

§ ١ – تمام إجراءات التطهير

٣٦٨ – نص قانوني : نصت المادة ١٠٨٣ مدني على ما يأتي :

" إذا تمت إجراءات التطهير انقضي حق الرهن الرسمي نهائياً ، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار " [١] .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " وينقضي حق الرهن بطريقة أصلية ، أي مستقلا عن الدين ، بأسباب مختلفة – فهو ينقضي بالتطهير ، حتى لو فسخت ملكية الحائز الذي أجرى التطهير ، كما إذا طهر المشترى وفاء العقار المرهون ثم استرده البائع ، فإنه يسترده مطهراً " [٢] .

ويفهم من هذا النص أن حق الرهن الرسمي ينقضي بالتطهير ، سواء تم التطهير والعقار لا يزال في ملكية الحائز ، أو تم بعد أن باع الدائنون العقار في المزاد العلني الجبري ورسا المزاد على غير الحائز .

٣٦٩ – تمام التطهير ببيع العقار في المزاد العلني ورسو المزاد على غير الحائز : وإذا تم التطهير ببيع العقار في المزاد العلني ورسو المزاد على غير الحائز ، ودفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين أو أودعه خزانة المحكمة ، فقد تطهر العقار وانتهت الرهون ، حتى لو بقيت رهون لم تدفع لعدم كفاية الثمن الذي رسا به المزاد .

هذه الرهون التي لم تدفع يصدق عليها أنها انقضت دون أن تنقضي الديون ، ولكن من جهة أخرى هذا السبب ينطبق عليه الوجه الثاني لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني ، وينطبق عليه أيضاً الوجه الثالث لانقضاء الرهن بصفة أصلية وهو عدم سماع مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون، فلا نطيل القول فيه . ونقتصر هنا على استعراض الصورة الأخرى من التطهير، وفيها يبقى العقار في ملكية الحائز ويتم التطهير فينقضي الرهن بصفة أصلية .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٥ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٤ – ص ١٤٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٠ .

٣٧٠ – تمام التطهير مع بقاء العقار المرهون في ملكية الحائز : في هذه الصورة يتطهر العقار مع بقائه في ملكية الحائز ، وينقضي الرهن بصفة أصلية إذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه لعدم كفاية ما عرضه الحائز وتأخر مرتبة الدائن المرتهن ، إذ ينقضي الرهن دون أن ينقضي الدين .

وانقضاء الرهن دون أن ينقضي الدين يجعل الرهن ينقضي بصفة أصلية ، إذ أنه قد انقضي لا تبعاً للدين بل مستقلا عنه .

وقد أتت المذكرة الإيضاحية بمثل على ذلك ، ففرضت أن المشترى وفاه ، وهو مالك تحت شرط فاسخ ، قد طهر العقار وهو لا يزال في ملكيته بأن قبل الدائنون المرتهنون عرض الحائز , ثم استرد العقار البائع وفاء في الميعاد ، فإنه يسترده مطهراً ، ولا يفسخ التطهير بفسخ ملكية المشترى بل يبقى . وبذلك يتم تطهير العقار بالرغم من فسخ ملكية المطهر ، وهو المشترى وفاء ، ومن لم يستوف من الدائنين المقيدين حقه لتأخر مرتبته ينقضي رهنه دون أن ينقضي ماله من دين . ويبقى الدين ديناً شخصياً ، وبذلك ينقضي الرهن بصفة أصلية .

ولما كان البيع الوفائي قد ألغي في التقنين المدني الجديد ، فنأتي بمثل آخر .

نفرض أن الحائز ، بعد أن طهر العقار مع استيفاء ملكيته ، كشف أن عقده قابل للإبطال ، وأبطل من له الحق في الإبطال عقد الحائز ، واسترد العقار بأثر رجعي . عند ذلك يسترده مطهراً كما كان في يد الحائز ، ولا يبطل التطهير .

وهذا مثل فيه عاد العقار بأثر رجعي، ونأتي بمثل آخر لا يكون فيه الأثر الرجعي .

بعد أن طهر الحائز العقار مع استيفاء ملكيته ، باعه لمشتر . فإنه يبيعه مطهراً كما كان في يده ، ويأخذ المشترى العقار وهو خال من القيود . فهنا بقي العقار مطهراً مع زوال ملكية الحائز ، ولم يكن زوال الحائز بأثر رجعي .

وفي جميع هذه الأمثلة ، يجب حتى يتم التطهير وتنقضي الرهون ، أن يدفع الحائز ما قدره قيمة للعقار المرهون ، أو يودعه خزانة المحكمة .

§ ٢ – بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني

٣٧١ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٨٤ مدني على ما يأتي :

" 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 بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن " [1] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي: " وينقضي الرهن بطريقة أصلية ..... كذلك بالبيع الجبري ، ويتطهر العقار بإيداع الثمن خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين " [2] .

٣٧٢ – البيع في مواجهة مالك العقار : وهنا يفترض القانون عقاراً مرهوناً لم ينتقل إلى حائز ، وعمد الدائن المرتهن إلى التنفيذ عليه ببيعه بيعاً جبرياً في المزاد العلني . فإذا ما بيع ورسا مزاده على أحد ، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

ومن رسا عليه المزاد يفضل طبعاً إيداع الثمن خزانة المحكمة ، بدلا من أن يقوم مقام القاضي ويوزع الثمن على من تسمح مرتبتهم بأخذ شيء منه من الدائنين المقيدين، فقد يخطئ في التوزيع ، فيتحمل مغبة هذا الخطأ [3] .

٣٧٣ – البيع في مواجهة الحائز : ويكون البيع في مواجهة الحائز ، إذا لم يختر هذا لا دفع الديون ولا تخلية العقار ولا تطهيره ، فعند ذلك لا مناص من بيع العقار في مواجهة الحائز نفسه .

ويكون البيع في مواجهة الحائز أيضاً ، إذا عمد الحائز إلى تطهير العقار ، وعرض على الدائنين المقيدين ما قدره قيمة له ، فرفض الدائنون المقيدون ما عرضه الحائز ، وباعوا العقار

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٠٦ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٨٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٦ – ص ١٥٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . ويقابله المادة ٦٧٥ مرافعات مختلط .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بعد انقضاء حق الرهن ببيع العقار المرهون جبراً . لا تجوز إعادة حق الرهن بموجب اتفاق عرفي خاص (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢). وقضت أيضاً بأنه إذا بيع العقار المرهون جبراً ورسا مزاده على الدائن المرتهن فانقضي الرهن ، ثم أبطلت إجراءات نزع الملكية وأعيدت بناء على طلب دائن آخر ، عاد رهن الدائن الأول إلى الظهور ووجب اعتباره عند إعادة التوزيع (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٦٩) .

جبراً في المزاد العلني . عند ذلك يبيعونه في مواجهة الحائز لأنه هو المالك للعقار ، وذلك ما لم يختر الحائز تخلية العقار .

فإذا ما بيع العقار ورسا مزاده على أحد ، فإن حق الرهن على هذا العقار ينقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، ويفضل الراسي عليه المزاد الأمر الأول .

٣٧٤ – البيع في مواجهة الحارس : هنا فرض القانون أن للعقار حائزاً ، وأن هذا الحائز لم يدفع الديون ولم يطهر العقار ولا يريد تحمل إجراءات بيع العقار ، فيعمد إلى تخلية العقار وتعيين حارس عليه يباع العقار في مواجهته .

فإذا بيع العقار في مواجهة الحارس ورسا مزاده على أحد ، فإن حق الرهن هنا أيضاً ينقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد خزانة المحكمة ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . ويفضل الراسي عليه المزاد الأمر الأول ، حتى لا يتحمل خطر التوزيع .

وفي هذه الحالة والحالتين اللتين سبقتاها ، قد لا يأخذ أحد الدائنين المرتهنين المتأخرين أي شيء من حقه لتأخره في المرتبة ، وينقضي رهنه مع ذلك ، ويبقى دينه ديناً شخصياً دون رهن . وعلى ذلك ينقضي الرهن بصفة أصلية ، مع بقاء الدين الذي يبقى ديناً شخصياً .

§ ٣ – عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن باستيفاء حقه من العقار المرهون

٣٧٥ – كيف يتحقق ذلك : نفرض هنا أن عقاراً رهن لعدة دائنين مرتهنين متسلسلي المرتبة ، وأن العقار المرهون هبط ثمنه بعد رهنه فأصبح لا يكفي للوفاء بحقوق جميع الدائنين المرتهنين . ونفرض أن الدائن المرتهن الأخير مثلا لا ينال شيئاً من ثمن العقار ، فهنا ينقضي رهنه مستقلا عن الدين ، ويبقى الدين شخصياً . ويكون زوال الرهن بصفة أصلية ، لا بصفة تبعية لانقضاء الدين .

٣٧٦ – نص قانوني في هذا المعنى : والنصوص القانونية تؤكد أن الدائنين المرتهنين يتقاضون حقوقهم بحسب مراتبهم ، من ثمن العقار المرهون . فإذا لم يبق من ثمن العقار شيء لدائن مرتهن متأخر ، لم يأخذ الدائن المرتهن شيئاً من رهنه ، ومع ذلك يبقى دينه ديناً شخصياً ، ولا ينقضي كما انقضي الرهن .

ونأتي بنص قانوني درسناه أخيراً ، هو نص المادة ١٠٨٤ مدني . وتقول هذه المادة ، كما رأينا [١] ، إنه " إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ... فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن " . فالنص يفرض أن هناك دائنين مرتهنين لا تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، فالدائن المرتهن الذي لا تسمح مرتبته بأخذ شيء من ثمن العقار يكون قد انقضى رهنه بصفة أصلية ، ولا ينقضي الدين بل يبقى ديناً شخصياً، ومن ثم يكون هذا سبباً في انقضاء الرهن بصفة أصلية دون الدين .

٣٧٧ – النصوص التي حذفت من المشروع : ويأتي بعد ذلك أربعة نصوص حذفت كلها من المشروع ، ثلاثة منها لوضوحها، والأخير لاختلاف الرأي فيه .

أما النصوص التي حذفت لوضوحها فهي تلك المتعلقة بنزول الدائن المرتهن حق الرهن الرسمي ، وباتحاد الذمة في العقار المرهون ، وهلاك العقار المرهون .

وأما النص الذي اختلف الرأي فيه ، فهو المتعلق بتقادم الرهن .

ونتناول هذه النصوص الأربعة ، مبتدئين بالنصوص الثلاثة الواضحة .

وننتهي بالنص الرابع المختلف فيه ، وهو النص المتعلق بتقادم الرهن ، فنبحث في إيجاز سبب الخلاف في هذا النص .

§ ٤ – نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي

٣٧٨ – النص المحذوف : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني ينص في المادة ١٥٠٧ منه على ما يأتي :

" يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي صراحة أو ضمناً ، وفي كل حال لا يجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن إذا لم تتوافر فيه الأهلية في إبـــراء ذمة المـــدين من الدين " [٢] .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، رأت اللجنة حذفه دون أن تبين سبباً لهذا الحذف ، والظاهر أن الحذف كان لأن حكم النص واضح ويمكن تطبيقه دون نص ، لأن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٦ في الهامش .

حق الرهن الرسمي هو حق الدائن المرتهن وليس من النظام العام ، فمن الجائز أن ينـــزل عنه الدائن المرتهن ، وأهليته للنـــزول عن هذا الحق الذي يعرض الدين للخطر هي الأهلية في إبراء ذمة المدين من الدين .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " ينقضي حق الرهن ، بطريقة أصلية أيضاً ، بالتنازل عنه ممن تكون له أهلية التنازل عن الدين نفسه " [1] .

٣٧٩ – النـــزول الصريح أو الضمني : ينقضي الرهن بصفة أصلية بنـــزول الدائن المرتهن عنه صراحة أو ضمناً ، دون مساس بالدين ، فالدين يبقى ، لأنه لو انقضي لأنقضي الرهن معه بصفة تبعية لا بصفة أصلية . فيقصد بالنـــزول عن الرهن النـــزول عن الرهن وحده لا الدين ، فيبقى الدين ديناً شخصياً بعد أن انقضي الرهن ، ولذلك يكون انقضاء الرهن انقضاء بصفة أصلية لا بصفة تبعية .

والنـــزول الصريح لا يشترط فيه شكل خاص ، وأن كان عملا من أعمال التبرع . ويصح أن يكون بكتابة عرفية ، كما يصح أن يكون من غير كتابة . فإن حصل من غير كتابة ، فلا يمكن إثباته بالبينة والقران إلا في الأحوال التي تقبل فيها الشهادة [2] .

والنـــزول الضمني يستنتج من الأعمال التي تدل عليه ، كاشتراك الدائن المرتهن في الصلح بين المفلس والدائن . وقد نصت المادة ٦٦٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (كانت تقابلها المادة ٣١٨ تجارة قديم) على أنه : (١) لا يجوز للدائنين أصحاب التأمينات العينية المقررة على أموال المفلس الاشتراك في التصويت على الصلح بديونهم المضمونة بالتأمينات المذكورة إلا إذا نزلوا عن هذه التأمينات المقدمة ، ويجوز أن يكون التنازل مقصوراً على جزء من التأمين بشرط ألا يقل عما يقابل ثلث الدين ، ويذكر التنازل في محضر الجلسة . (٢) إذا اشترك أحد الدائنين المذكورين في الفقرة السابقة في التصويت على الصلح دون أن يصرح بالتنازل عن تأمينه كله أو بعضه اعتبر ذلك تنازلا عن التأمين بأجمعه . (٣) وفي جميع الأحوال لا يكون التنازل عن التأمين نهائياً إلا إذا تم الصلح وصدقت عليه المحكمة . (٤) وإذا أبطل الصلح عاد التأمين الذي شمله التنازل .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ في الهامش .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٢٢٦١ .

وقد يفسر الاشتراك بأنه نزول عن حق التتبع ، لا عن حق التقدم [1] . والمحكمة تقدر ذلك بحسب ظروف كل دعوى ، ولا يؤخذ النـــزول ضمناً بطريق الظن [2] . والنـــزول إما أن يكون مطلقاً بالنسبة إلى الجميع ، أو نسبياً بترك الرهن لمصلحة شخص معين [3] .

٣٨٠ – النـــزول عن الرهن ومحو القيد : ويجب التمييز بين النـــزول عن الرهن ومحو القيد ، وإن كان النـــزول عن الرهن يستوجب محو القيد فالنـــزول عن الرهن لا يستوجب شكلا خاصاً كما قدمنا ، أما محو القيد فقد جاء في المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري ما يأتي : " لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائي ، أو برضاء الدائن بتقرير رسمي منه ، ومع ذلك يكتفي في إجراء المحو في حالة رهن الحيازة العقاري وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفي مصدق على التوقيع فيه " .

فيكون المحو الاختياري لقيد الرهن الرسمي برضاء الدائن المرتهن بتقرير رسمي منه ، ولا يكون بعقد عرفي ولو كان مصدقاً على التوقيع فيه .

٣٨١ – النـــزول عن قيد الرهن فقط : وقد يكون النـــزول ، لا عن الدين ، ولا عن الرهن، ولكن عن قيد الرهن فقط . وعند ذلك يبقى الدين ، ويبقى الرهن. ويجوز عمل قيد جديد ، ولكن هذا القيد الجديد لا يأخذ مرتبته إلا من وقت عمله .

٣٨٢ – النـــزول عن مرتبة الرهن : وقد يتزل الدائن ، لا عن الدين ولا عن الرهن ، ولكن عن مرتبة الرهن وحدها .

وقد رأينا كيف أن الدائن المرتهن ينـــزل عن مرتبة رهنه إلى دائن مرتهن آخر على نفس العقار يكون متأخراً عنه ، فيأخذ كل منهما مرتبة الآخر .

٣٨٣ – النـــزول عن الرهن إرادة منفردة : ونـــزول الدائن المرتهن عن الرهن إرادة منفردة من جانبه ، فلا يشترط فيه قبول الراهن [4] .

---

(١) جيوار فقرة ١٩٠٨ – بودري ودي لوان فقرة ٢٢٢٧ وفقرة ٢٢٦٢ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٢ وهامش ٢٠ وهامش ٣٢ .

(٢) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٣٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ .

(٤) ترولون ٤ فقرة ٨٦٨ – بودري ودي لوان فقرة ٢٢٥٩ .

والدائن المرتهن الذي أبدى هذه الإرادة يزول رهنه وقت النزول عنه ، ولا يجوز له أن يسحب نزوله ، بل يلزم به بمجرد حصوله . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع الراهن العقار بعقد لم يسجل ، واتفق المشترى مع الدائن المرتهن على أن يتزل عن رهنه على العقار المبيع وعن السير في إجراءات نزع الملكية التي كانت قد اتخذت عليه ، وقرر المرتهن أنه حرر هذا العقار من الرهن وتعهد بشطبه ، فإن هذا الاتفاق ، وأن لم يسجل هو الآخر ، ملزم للمرتهن ، فلا يجوز له أن ينقضه . فإذا هو سار في إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه ، فلا يصح له أن يتمسك بملكيته إياه في مواجهة ذلك المشترى ، وإذا هو رفع عليه دعوى الملكية وقضي برفضها ، فهذا الحكم لا مخالفة فيه للقانون ، إذ المرتهن شأنه شأن البائع سواء بسواء ، فكما أن البائع الذي يتعهد بنقل الملكية لغيره لا يصح أن يطلبها لنفسه اعتماداً على عدم تسجيل عقد البيع ، كذلك المرتهن الذي يتعهد بالتنازل عن رهنه وشطبه والتنازل نهائياً عن السير في إجراءات نزع الملكية لا يصح له أن يتمسك برهنه ولا أن يسير في تلك الإجراءات [1] .

أما النـــزول عن المرتبة أو حلول أخر محل الدائن ، فإنه يلزم لتمامه توافق إرادتي المرتهن ومن حصل النزول له ، ويجوز للدائن المرتهن أن يسحب نزوله حتى يتم قبوله [2] ، لأن النزول في هذه الحالة يكون اتفاقاً [3] .

٣٨٤ — الأهلية اللازمة للنزول عن الرهن : وتقول المادة ١٥٠٧ المحذوفة كما رأينا إن الأهلية اللازمة للنزول عن الرهن هي الأهلية اللازمة لإبراء ذمة المدين من الدين .

والنزول عن الدين ، والنزول عن الرهن ، كلاهما عمل من أعمال التبرع ، لأنه يتم تبرعاً دون مقابل .

فيجب ، حتى يكون الدائن المرتهن أهلا للنزول عن الرهن، أن تتوافر فيه أهلية التبرع، أي أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه .

فلا يصح للوصي أو القيم أن يتزل عن الرهن ، ولو بإذن القاضي . ولا يملك النزول عن الرهن إلا الدائن المرتهن نفسه ، بشرط أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه .

---

(١) نقض ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦١ ص ١٤٩ .

(٢) بوردي ودي لوان فقرة ٢٢٥٩ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٢١٦ ص ٢٨٦ .

وقد نصت المادة ١١١٣ مدني ، بالنسبة إلى الرهن الحيازي ، على أن الدائن المرتهن يصح أن يتزل عن حقه في الرهن " إذا كان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين " .

§ ٥ – اتحاد الذمة في العقار المرهون

٣٨٥ – النص المحذوف : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني ينص في المادة ١٠٥٠٨ منه على ما يأتي :

" ١ – ينقضي الرهن إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ، أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي " .

"٢ – ويعود الرهن الرسمي إذا زال سبب انتقال الحق ، وكان لزواله أثر رجعي" [١].

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة ولم تذكر سبب الحذف . والظاهر أن سبب الحذف كان لوضوح الحكم ، فإن اتحاد الذمة مانع طبيعي لبقاء الرهن .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " وينقضي (حق الرهن)باتحاد الذمة ، إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ، أو انتقل حق الرهن إلى مالك العقار المرهون . فإن زال السبب في اتحاد الذمة بأثر رجعي ، كفسخ البيع الذي ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون ، عاد الرهن "[٢] .

٣٨٦ – انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن : هذا يقع كثيراً ، فقد يرسو المزاد ، في حالة بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً ، على دائن مرتهن . فيملك الدائن المرتهن العقار المرهون ، ويصبح الرهن واقعاً على ماكه . وعند ذلك يزول الرهن باتحاد الذمة ، إذ أن الدائن المرتهن أصبح مالكاً للعقار المرهون ، فصار صاحب حق الرهن وفي الوقت ذاته صار صاحب العقار المرهون .

وقد يتم ذلك أيضاً بأن يشترى الدائن العقار المرهون شراء اختيارياً ، لا في المزاد الجبري .

وقد يتم ذلك أيضاً بأن يرث الدائن المرتهن العقار ، أو بأن يوصى له به ، فيصبح الدائن المرتهن مالكاً للعقار المرهون ، فتتحد الذمة ، وينقضي الرهن بطريق أصلي دون أن ينقضي الدين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ في الهامش .

٣٨٧ – انتقال حق الرهن الرسمي إلى العقار المرهون : وقد ينعكس الوضع ، فيملك مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي .

مثل ذلك أن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فيصبح مالكاً للرهن الرسمي بطريق الميراث ، وهو في الوقت ذاته مالك للعقار المرهون . فينقضي الرهن الرسمي بطريق أصلي ، دون أن ينقضي الدين .

ومثل ذلك أيضاً أن يوصى الدائن برهنه لمالك العقار المرهون ، فيصبح هذا المالك مالكاً للرهن كذلك . فينقضي الرهن باتحاد الذمة ، ويزول بطريق أصلي .

ومثل ذلك أيضاً أن تحيل الدائن المرتهن مالك العقار المرهون بالدين والرهن ، فيصبح مالك العقار المرهون صاحب الرهن ، وينقضي الرهن بطريق أصلي باتحاد الذمة .

٣٨٨ – زوال السبب في اتحاد الذمة : وقد يزول السبب في اتحاد الذمة بأثر رجعي ، ونتعقب ذلك في الفروض التي بسطناها .

ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون ، عن طريق الرسو في المزاد ، قد يبطل . فإذا كان الرسو في المزاد باطلاً ، وتقرر بطلانه ، خرج العقار المرهون من ملكية الدائن المرتهن ، فيعود الرهن بأثر رجعي كما كان ، ويعتبر انتقال ملكية العقار المرهون للدائن كأن لم يكن ، وتزول الآثار التي ترتبت على ذلك . فلا ينقضي الرهن بطريق أصلي ، لأنه عاد إلى الدائن المرتهن ، ولم يصبح هذا مالكاً للعقار المرهون . أما إذا كانت ملكية العقار المرهون تزول عن الدائن المرتهن لا بأثر رجعي ، فإن ما تم من انقضاء الرهن بطريق أصلي يبقى . مثل ذلك بعد أن يصبح الدائن المرتهن مالكاً للعقار المرهون فينقضي الرهن ، يعمد الدائن المرتهن إلى بيع العقار المرهون . فينتقل العقار مطهراً من الرهن كما كان إلى المشترى ، وتبقى الآثار التي ترتبت على ملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون ، ومن أهمها زوال الرهن بطريق أصلي .

وملكية الدائن المرتهن للعقار المرهون بطريق الشراء الاختياري ، وانقضاء الرهن تبعاً لذلك بطريق أصلي ، قد تزول . ويتم ذلك مثلا بأن يفسخ شراء الدائن المرتهن للعقار المرهون أو يبطل ، فيزول الشراء ، ويعود الرهن الرسمي للدائن المرتهن . أما إذا كان شراء العقار المرهون لم يفسخ ولم يبطل ، بل عمد الدائن المرتهن بعد أصبح مالكاً للعقار المرهون إلى هبة العقار فلا يوجد أثر رجعي ، فإن ما تم من انقضاء الرهن بطريق اصلي يبقى .

ووراثة الدائن المرتهن للعقار المرهون أو الوصية له بهذا العقار قد يزول بأثر رجعي ، فيتبين مثلا أن الدائن المرتهن ليس بوارث ، أو أن الوصية باطلة . فيتجرد الدائن المرتهن عن ملكية العقار المرهون ، ويعود الرهن كما كان ، وتزول الآثار التي ترتبت على انتقال ملكية

العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ، ويعتبر انتقال ملكية العقار المرهون كأن لم يكن . أما إذا بقي انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ، بأن كان هذا وارثاً حقاً ، أو كانت الوصية صحيحة ، ولكن الدائن المرتهن بعد أن أصبح مالكاً للعقار المرهون ، وبعد أن انقضي الرهن بطريق أصلي ، عمد إلى العقار فباعه أو وهبه ، فإن العقار ينتقل إلى المشترى أو الموهوب له خالياً من الرهن ، لأنه لا يوجد أثر رجعي ، وما تم من انقضاء الرهن بطريق أصلي يبقى .

وأما أن يرث مالك العقار المرهون الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فقد يزول ذلك بأثر رجعي ، بأن يتبين مثلا أن مالك العقار المرهون غير وارث . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من الرهن الرسمي ، فيعود هذا الرهن للوارث الحقيقي . وإذا بقي الرهن الرسمي لمالك العقار المرهون لأنه هو الوارث ، فقد يبيع العقار بعد أن زال عنه الرهن ، فيملكه المشترى خالياً من الرهن .

وإذا أوصى الدائن المرتهن برهنه لمالك العقار المرهون ، فقد يزول ذلك بأثر رجعي ، بأن تكون الوصية باطلة أو قابلة للإبطال فتبطل . عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من حق الرهن الرسمي ، ولا ينقضي الرهن بطريق أصلي بل يبقى . أما إذا كانت الوصية صحيحة ، وتجرد المالك للعقار لآخر من ملكية العقار الذي زال عنه حق الرهن ، فإن العقار تنتقل ملكيته إلى هذا الآخر وقد زال عن العقار حق الرهن نهائياً .

وإذا ملك مالك العقار المرهون الرهن عن طريق الحوالة ، فقد تكون هذه الحوالة باطلة أو قابلة للإبطال فتبطل ، عند ذلك يتجرد مالك العقار المرهون من الرهن بأثر رجعي، فلا ينقضي الرهن بطريق أصلي ، بل يبقى . أما إذا كانت الحوالة صحيحة ، وانقضى الرهن بطريق أصلي ، ثم عمد مالك العقار إلى بيعه، فإن العقار ينتقل إلى المشترى دون أثر رجعي، خالياً من الرهن .

§ ٦ – هلاك العقار المرهون

٣٨٩ – النص المحذوف : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني ينص في المادة ١٠٥٤ منه على ما يأتي :

" ١ – إذا هلك العقار أو انقضى الحق المرهون ، فإن الرهن الرسمي ينقضي ، وتراعى أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ " .

" ٢ – ومع ذلك ، لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه إذا كان مثقلا برهن ، إضراراً بالدائن المرتهن " [١] .

ولما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة دون أن تبين السبب ، ولعل ذلك لوضوح الحكم .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي:

" وينقضي (حق الرهن)بهلاك العقار ، أو انقضاء الحق المرهون . على أنه إذا كان الحق المرهون حق انتفاع ، وانقضى بتنازل صاحبه ، فإنه يعود إلى صاحب الرقبة مثقلا بحق الرهن ، حتى لا يضر الراهن بحق المرتهن . وإذا هلك العقار المرهون ، انتقل الرهن إلى ما يحل محله من تأمين أو تعويض أو غير ذلك . وخير الراهن أو المرتهن بين الوفاء أو استكمال التأمين ، وفقاً للقواعد التي سبق تقريرها " [٢] .

٣٩٠ – هلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون : قد يهلك العقار المرهون، بأن يحترق مثلا أو تنزع ملكيته للمنفعة العامة . عند ذلك ينقضي حق الرهن الرسمي لزوال محله ، ويكون زواله بأثر غير رجعي . وينقضي الرهن هنا بصفة أصلية ، لا بصفة تبعية لانقضاء الدين المضمون ، لأن هذا الدين يبقى ديناً شخصياً بالرغم من زوال الرهن .

ومثل هلاك العقار انقضاء الحق المرهون . فقد يرهن حق رهناً رسمياً ، ثم ينقضي هذا الحق . مثل ذلك حق الانتفاع أو حق الحكر ، الأول منهما ينقضي حتما بموت المنتفع ، والآخر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني) . فإذا انقضى حق مقرر عليه رهن رسمي ، انقضى الرهن الرسمي بانقضاء محله وهو الحق . ويكون انقضاء الرهن الرسمي بطريقة أصلية إذ أن الدين لا ينقضي ، بل يتحول إلى دين شخصي إذ أن الرهن الرسمي قد زال وبقي الدين .

٣٩١ – وجوب مراعاة أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ أي أحكام هلاك العقار المرهون : وقد نصت المادة ١٠٤٨ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ في الهامش .

" ١ — إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً " .

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

" ٣ — وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر " .

وهذا النص ينطبق في حالة هلاك العقار أو تلفه . فإذا كان الراهن هو الذي تسبب بخطأه في الهلاك أو التلف ، كان هو المخطئ ، وخير الدائن المرتهن بين أن يستوفي حقه فوراً وبين أن يقضي تأميناً كافياً يحل محل العقار المرهون .

أما إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد للراهن فيه ، كان المدين لا الدائن هو المخير بين تقديم تأمين كاف وفاء الدين فوراً مع [illegible] الفوائد بالسعر القانوني في المدة ما بين وفاء الدين وحلول الأجل إذا كان الدين في الأصل لا ينتج فوائد .

٣٩٢ — انتقال الرهن إلى ما يحل محل الشيء المرهون : وقد نصت المادة ١٠٤٩ مدني ، كما رأينا ، على أنه " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة " .

وهذا هو الحلول العيني . فقد يحل محل الشيء الهالك أو التالف بديل عنه ، كالتعويض إذا كان هناك مسئول عن التعويض ، أو مبلغ التأمين إذا كان الشيء مؤمناً عليه ، أو مقابل نزع الملكية إذا نزعت ملكية الشيء للمنفعة العامة ، فينتقل الرهن بمرتبته إلى ما حل محل العقار المرهون حلولا عينياً .

وإذا هلك بعض العقار المرهون ، ظل الرهن على ما يبقى من العقار من أجل كل الديون . فإذا احترق البناء بقي الرهن على الأرض التي كانت تحمل البناء [1] ، ولكنه لا يرد على البناء الجديد الذي ينشأ محل البناء المحترق ، لأن البناء الجديد لم يكن محملا بالرهن .

---

(١) بيدان وقوران فقرة ١٢٢٨ — سليمان مرقس فقرة ١٩٢ ص ٢٩١ .

٣٩٣ – حق الانتفاع هو المثقل بالرهن : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠٩ المحذوفة ، كما رأينا ما يأتي :

" ومع ذلك لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه إذا كان مثقلاً برهن، إضراراً بالدائن المرتهن " .

وهذا بديهي ، فإن حق الانتفاع إذا رهنه صاحبه ، يبقى قائماً على حق الانتفاع . ولا يجوز للمنتفع أن يتعجل ، ويتنازل عن حق الانتفاع فيقضيه ويقضي الرهن معه ، إضراراً بالدائن المرتهن . وإذا هو فعل ، فإن حق الانتفاع يعود إلى مالك الرقبة ، مثقلا بالرهن ، إلى أن ينتهي الرهن بوجه من أوجه انقضائه " [١] .

وحق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المنتفع . فإذا مات المنتفع ، وانتهى حق الانتفاع المرهون ، فأن الرهن يزول بزوال محله . ويزول بصفة أصلية مع بقاء الدين المضمون بالرهن، وينقلب الدين إلى دين شخصي . ولا يزول الرهن بصفة تبعية ، لأن الدين باق لا يزول .

§ ٧ – التقـــادم

٣٩٤ – النص المحذوف : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني ينص ، في المادة ١٥١٠ منه ، على ما يأتي :

" ١ – لا ينقضي الرهن الرسمي بالتقادم ، مستقلا عن الدين المضمون " .

" ٢ – ومع ذلك ، إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، فإن حق الرهن بالنسبة له يسقط بالتقادم ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن عليه في خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمكين الدائن من رفع هذه الدعوى . وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفـــع أو بالتخلية " [٢] .

ولما عرض النص على لجنة المراجعة ، أقرته تحت رقم ١١٨٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٣ ، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٧ . ثم اقترح بعض مستشاري محكمة النقض حذف الفقرة الثانية من المادة ، لما وجه من نقد نظيرها في القانون الفرنسي (م ٢١٨٠ من القانون المدني الفرنسي) . ورأت لجنة

---

(١) بيدان وقوران فقرة ١٢٢٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٣٣ – محمد كامل مرسي فقرة ١٩٢ ص ٢٩٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ في الهامش .

مجلس الشيوخ أن الأخذ بهذا الاقتراح يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضاً ، ومن ثم حذفت لجنة مجلس الشيوخ المادة بفقرتيها اكتفاء بالقواعد العامة "[1] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذه المادة ، ما يأتي:

ولا ينقضي حق الرهن بالتقادم مستقلا عن الدين المضمون ، مادام العقار المرهون في ملكية الراهن ، إذ الراهن لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم المسقط للرهن تبعاً للتقادم المسقط للدين . ولكن إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإنه يمكن تصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم ، لأن الحائز لم يكفل الدين . وتسقط دعوى الرهن بالتقادم مستقلة عن دعوى الدين ، إذا لم يرفع الدائن المرتهن دعوى الرهن في مدة خمس عشرة سنة من وقت حلول الدين أو من وقت تمكنه من رفع الدعوى إذا كان هناك سبب يقف سريان المدة . وينقطع التقادم بإنذار الحائز بالدفع أو التخلية ، لأن هذا الإنذار بالنسبة للحائز له قوة التنبيه بالنسبة للمدين ، وكلاهما يقطع المدة . لذلك يمكن سقوط الرهن بالتقادم دون سقوط الدين. ويكفي في ذلك أن ينبه الدائن على المدين فيقطع التقادم بالنسبة للدين ، ولا ينذر الحائز فيسري التقادم (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٧) . ولا يعترض على هذا الحكم بأن الدائن المرتهن ، إذا رأى الرهن مهدداً بالضياع بعد أن انتقل العقار إلى الحائز ، يكون شديد الوطأة على المدين فلا يقبل أن يتفق معه على تسوية تستغرق مدة طويلة خوفاً من ضياع الرهن بالتقادم في يد الحائز ، فإن أمام الدائن المرتهن خمس عشرة سنة قبل أن يسقط الرهن ، وهي مدة طويلة يستطيع أيضاً أن يجددها إذا قطع التقادم بإنذار الحائز . هذا إلى أن للحائز حقاً في أن يسقط الرهن بالتقادم كما يسقط أي حق آخر ، فإذا كفل الحكم له ذلك دون أن يخل بمصلحة الدائن ، فإن هذا الحكم لا شك عادل "[2] .

٣٩٥ – أصل المسألة : وأصل المسألة أن حكم زوال الرهن الرسمي في يد الحائز ورد في المادة ٢١٨٠ (٤) والفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي ، وطبقتها المحاكم الفرنسية كما تطبق أي نص آخر .

وشرح الفقهاء الفرنسيون النص ، دون أن يبدوا اعتراضاً عليه [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٨ – ص ١٥٠ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٤٧ – ص ١٤٨ في الهامش .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٠٢٨ – فقرة ٤٠٣١ – كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٩٢٦ – فقرة ١٩٣٣ (ويعترض في الفقرة الأخيرة ١٩٣٣) – جوسران ٢ فقرة ١٩٥٧ – فقرة ١٩٦١ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ١٣٢٦ – فقرة ١٣٤٠ (ويعترض اعتراضاً خفيفاً في الفقرة الأخيرة ١٣٤٠) .

٣٩٦ – الحالة في القانون المصري : ولم ينقل التقنين المدني المصري القديم المادة ٢١٨٠ من التقنين المدني الفرنسي .

فاختلف القضاء في مصر .

فقررت محكمة الاستئناف المختلطة [١] أن حق الرهن الرسمي ، ككل حق آخر ، ينقضي بالتقادم ، وأخذت المحكمة بكل أحكام المادة ٢١٨٠ مدني فرنسي .

وطرح الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف المختلطة مجتمعة ، فقضت [٢] بأن الرهن الرسمي المقرر على عقار تحت يد الحائز لا ينقضي بالتقادم مستقلا عن الدين الذي يضمنه ، أي أنها أخذت بعكس المبدأ الذي قررته المادة ٢١٨٠ مدني فرنسي .

٣٩٧ – رأي أكثر الفقهاء في مصر عدم انقضاء الرهن الرسمي بالتقادم مستقلا عن الدين : وأكثر فقهاء مصر يذهبون إلى أنه لا يجوز انقضاء الرهن الرسمي بالتقادم مستقلا عن الدين ، وإلى أن المادة ٢١٨٠ مكن التقنين المدني الفرنسي لم تنقل إلى التقنين المدني المصري القديم . أما في التقنين المصري الجديد ، فبعد أن حذف النص الذي كان يقضي بانقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية مستقلا عن الدين ، فإنه لا محل للعمل به بعد حذفه [٣] .

وقد جاء في حكم محكمة الاستئناف المختلطة (دوائر مجتمعة) ما يأتي :

" وبما أنه يؤخذ من الاعتبارات المتقدمة أن الشارع المختلط لم ينقل نص المادة ٢١٨٠ من القانون المدني الفرنسي ، لأنه من جهة رأي عدم فائدة ذكر أسباب أخرى لانقضاء حقوق الامتياز والرهون الرسمية غير التقادم إذ أن هذه الأسباب ما هي إلا تطبيق للمبادئ القانونية العامة ، ورأي من الجهة الأخرى ألا يدخل في تشريعه التقادم المنصوص عليه في تلك المادة لسببين : أولهما ضرورة تأمين الثقة المالية العقارية في البلد تأميناً تاماً ، والثاني ما عليه مدة التقادم في القانون المختلط من القصر المتناهي ..... " [٤] .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥ – ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٣ – ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨٧ – ٢٠ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٥ .

(٢) استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ١٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٣٩ ص ٥٧٧ .

(٣) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٢٧ .

(٤) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٢٧ في آخرها .

ويقول أحد الفقهاء المصريين [1] : " تقدم أن الأمر عرض على القضاء ، بسبب اختلاف نص المادة ٧٦ أهلي عن نص المادة ١٠٢ مختلط التي كانت تقابلها ، فقررت محكمة النقض أن الرهن الرسمي ، كما أنه لا يمكن كذلك أن ينتقل من المرتهن إلى غيره من طريق التقادم المكسب ، لأنه باعتباره حقاً تبعياً لا يتصور له وجود إلا ضماناً لدين ، ولأن الديون لا تكسب بوضع اليد . وأكدت (محكمة النقض) أن الرهن المحفوظ وفقاً للقانون لا يمكن أن يسقط بمضي المدة استقلالا عن الدين المضمون [2] . وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض في حكم حديث لها بتاريخ ٨ مارس سنة ١٩٥٦ ، في قضية كان يسرى عليها التقنين القديم " [3] .

أما سائر الفقهاء في مصر ، فنراهم من رأي واحد ، ويذهبون إلى القول بأن الرهن لا يتقادم ، وهو في يد الحائز وحده ، دون الدين المضمون به .

ويحسبنا هنا أن نشير ، في الحاشية ، إلى طائفة من هؤلاء الفقهاء ، وذلك غير الفقيهين اللذين سبق لنا أن أوردنا أقوالهما ، وغير ما أوردناه من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة وقضاء محكمة النقض [4] .

٣٩٨ – لا يزال الباب مفتوحاً : وبالرغم من أن المادة ١٥١٠ من المشروع التمهيدي قد أضعف حذفها الرأي الذي يقول بأن الرهن الرسمي في يد الحائز يزول بالتقادم، إلا أن الباب لا زال مفتوحاً للمراجعة . ويؤيد هذا الرأي الذي كان مكتوباً في مشروع التقنين المدني المصري ثم حذف ، ما جاء في الأعمال التحضيرية وفي المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بشأنه ، وقد نقلنا ذلك كله فيما تقدم .

---

(١) سليمان مرقس فقرة ١٩٣ .

(٢) نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٠ ص ٣٨٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن ، بل يكون للدائن المرتهن الحق في نزع ملكية العقار وفاء لدينه . ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن ، إذ هذا يؤدي إلى إهدار حق الدائن الذي كفله نص المادة ٥٥٤ من القانون المدني من استيفاء دينه بالأولوية والتقدم على الدائنين الآخرين من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ، كما أن فيه إجازة لسقوط حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به من أنه تابع لا ينقضي إلا بانقضائه (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٠١) .

(٤) أنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٦ – شفيق شحاته فقرة ٣٢٥ ص ٢٨٠ – شمس الدين الوكيل فقرة ١٣٢ – محمد علي إمام فقرة ٢٩٠ ص ٤١١ – جمال الدين زكي ص ٤٢٣ – أحمد سلامة فقرة ١٣٨ ص ٤٥٠ – سمير تناغو فقرة ٦٨ ص ٢٠٦ ص ٢٠٧ .

الباب الثاني

حق الاختصاص

تمهيـــد

٣٩٩ – ما هو حق الاختصاص: حق الاختصاص (droit d'affecation)، أو اختصاص الدائن بعقارات مدينه ، هو حق عيني تبعي يمنحه رئيس المحكمة للدائن ، بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين ، على عقار أو أكثر من عقارات المدين. ويستطيع الدائن بموجب هذا الحق أن يستوفي حقه في الدين ، متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة ، من هذا العقار أو العقارات في أي يد تكون .

فحق الاختصاص إذن يشبه حق الرهن الرسمي من حيث الآثار ، ويختلف عنه من حيث النشوء ، فحق الرهن الرسمي ينشأ من العقد ، أما حق الاختصاص فينشأ ، بناء على حكم قضائي واجب التنفيذ ، من إذن صادر من رئيس المحكمة .

٤٠٠ – حق الاختصاص من الإجراءات التحفظية : وحق الاختصاص من الإجراءات التحفظية ، يلجأ إليه الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له .

وقد قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة [١] بأن السند المنشئ لحق الاختصاص هو الحكم الملزم بالمدين ، لا أمر من رئيس ا لمحكمة ، وهذا الأمر ليس إلا استعمالا لهذا الحق تحت رقابة القاضي . والصحيح أن السند المنشئ لحق الاختصاص هو الأمر الصادر من رئيس المحكمة بتقرير حق الاختصاص ، إذ أن هذا الأمر هو الذي يقرر للدائن حق الاختصاص ويعين الأموال التي يرد عليها هذا الحق ، وهو الذي يجب أن يقيد لنفاذ الاختصاص في حق الغير [٢] ، والمسلم به أنه لا يجوز قيد الاختصاص بموجب الحكم الملزم بالدين بل لا بد في ذلك من استصدار أمر القاضي بالاختصاص [٣] .

٤٠١ – تاريخ حق الاختصاص : وجد حق الاختصاص أولا في القانون الوطني ، أما القانون المختلط فكان فيه حق الرهن القضائي(م ٢١٢٣ مدني فرنسي) .

---

(١) ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٧ – وأنظر استئناف مختلط ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٩ – ٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٨١ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٩ .

(٣) شفيق شحاته ٣ ص ١٥٢ هامش ١ – سليمان مرقس فقرة ١٩٤ ص ٢٨٩ هامش ١ .

ولم يكن القانون المدني المختلط عند صدوره ينص على حق الاختصاص ، بل كان ينص على حق الرهن القضائي على مثال القانون المدني الفرنسي . فكانت المادة ٦٨٢ مدني مختلط تقضي بأن الرهن القضائي يترتب بقوة القانون على كل حكم صادر من المحاكم المصرية أو من محاكم القنصليات بالقطر المصري ، لصالح من صدر له الحكم المذكور . وكان هذا الرأي عاماً ، على جميع عقارات المدين الحالة والمستقبلة .

ولما صدر التقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ ، استعاض من الرهن القضائي بحق الاختصاص . وعلق الحصول على حق الاختصاص على إذن رئيس المحكمة ، وقصر على عقار أو عقارات معينة يعينها رئيس المحكمة في إذنه .

وفي ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ عدل التقنين المدني المختلط ، وحل فيه حق الاختصاص محل الرهن القضائي [1] .

٤٠٢ — حق الاختصاص وحق الرهن القضائي : حق الرهن القضائي يترتب بقوة القانون على حكم قضائي لم يصدر لمصلحته هذا الحكم ، ويرد على جميع عقارات المحكوم ضده الحالة والمستقبلة . أما حق الاختصاص فإنه لا ينشأ بقوة القانون ، بل لا بد من إذن رئيس المحكمة ، ويكون خاصاً بعقار أو عقارات معينة .

٤٠٣ — مزايا حق الاختصاص وعيوبه : ومن مزايا حق الاختصاص ضمان تنفيذ الأحكام القضائية بحماية الدائن الذي حصل على هذه الأحكام ، أكثر مما تحميه الدعوى البولصية . فيكون له حق التقدم وحق التتبع ، ويعفى من إثبات غش المدين ، فيقنع الدائن بذلك ولا يسارع إلى تنفيذ الحكم .

ولكن يترتب على حق الاختصاص تفضيل بعض الدائنين على بعض آخر ، ولا يترتب هذا التفضيل على إرادة المتعاقد كما في الرهن ، ولا على صفة في الدين كما في حق الامتياز ، بل على سرعة الحصول على حكم واجب التنفيذ . وحق الاختصاص قد يجحف بالمدين لأن عقاراته يتقرر عليها رهن قد لا يوافق عليه ، وقد يتسابق دائنوه للحصول على حق الاختصاص مما يزيد المصروفات عليه [2] .

٤٠٤ — الاختصاص لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ : وأهم تعديل أدخل على حق الاختصاص هو جعله لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ .

---

(١) وقد أحل دكريتو ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ المواد ٧٢١ — ٧٢٦ مدني مختلط محل المواد ٦٨١ — ٦٨٢ مدني مختلط .

(٢) أنظر جرانمولان ٥٧٤ — ٥٧٥ — محمد كامل مرسي ٢٣٢ — ٢٣٣ .

فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥١١ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي:

" يجوز لكل دائن بيده حكم موضوعي ... أن يحصل على حق اختصاص ... سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً ، ابتدائياً أو نهائياً " [1] .

فعدل النص في لجنة مجلس الشيوخ ، وصار كالآتي :

" يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ ... أن يحصل ... على حق اختصاص بعقارات مدينه ... " (م ١/١٠٨٥ مدني) .

وسنأتي فيما بعد لتفصيل ذلك .

٤٠٥ – نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية : وبعد هذا التعديل الهام ، نأتي بنظرة عامة في حق الاختصاص وردت في المذكرة الإيضاحية ، فقد ورد في هذه المذكرة ما يأتي :

" ١ – عيوب التقنين الحالي (السابق) في حق الاختصاص كثيرة ، أهمها ، من ناحية الشكل ، أن النصوص المتعلقة بحق الاختصاص مبعثرة بين التقنين المدني وتقنين المرافعات . ومن ناحية الموضوع ، أن هذا التقنين ولو أنه تجنب عيوب الرهن القضائي المعروف في القانون الفرنسي ، فجعل حق الاختصاص لا يترتب من تلقاء نفسه بل لابد فيه من أمر القاضي ، ولا يترتب على جميع عقارات المدين بل لابد من تخصيص عقارات معينة بالذات، إلا أنه لا يزال واقعاً في عيبين جوهريين .

(أ) فلا يزال حق الاختصاص سبباً لإيثار دائن على دائن دون مبرر ، بل قد يكون الأسبق من الدائنين إلى أخذ الاختصاص هو الدائن المتعنت ، وقد تكون الصدفة وحدها هي التي جعلت أحد الدائنين يحصل على حكم قبل الآخر فيسبق إلى أخذ الاختصاص .

(ب) ولا يزال حق الاختصاص سبب عنت للمدين . فقد يؤخذ في غيبته على عقار قيمته أكبر بكثير من الدين ، ولا وسيلة للخلاص من هذا العنت إلا الطريق المعتاد البطيء . ثم إذا كان هو أول الأمر متناسباً مع الدين ، فقد يختل هذا التناسب في المستقبل ، إما بزيادة قيمة العقار أو بنقص مبلغ الدين ، فيبقى العقار مثقلا بحق لم يكن للمدين يد في ترتيبه ، فتنقضي قيمة العقار عند التعامل .

" ٢ – عالج المشروع كل هذه العيوب ، فلم يبق لحق الاختصاص بعد ذلك إلا مزاياه . فهو يعطى للدائن حسن النية ، الذي يخشى من تصرفات المدين ، ضماناً يطمئن إليه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٧ .

ويستطيع معه أن ينظر المدين إلى أجل الوفاء ، بما يعود بالفائدة على كل منهما ولا ضرر على سائر الدائنين . وبذلك ينحسم النزاع الذي يقع كثيراً عندما يثار البحث فيما إذا كان الأولى إبقاء حق الاختصاص أو حذفه ، فمن الخير أن يبقى هذا الحق ، ولكن معدلا على الوجه الذي أتي به المشروع . وتتلخص هذه التعديلات فيما يأتي : " .

" ٣ — جمع المشروع كل النصوص المتعلقة بحق الاختصاص في مكان واحد ، سواء ما تعلق منها بأصل الحق أو ما كان منظماً لإجراءاته ، ورتب هذه النصوص ترتيباً منطقياً على غرار الرهن الرسمي . فذكر في الفصل الأول كيف ينشأ هذا الحق ، وعرض في ذلك للأحكام التي يؤخذ بمقتضاها ، وللأموال التي يترتب عليها ، وللإجراءات التي يجب إتباعها. وبسط في الفصل الثاني آثار الحق ، فبين ما يسرى عليه من أحكام الرهن الرسمي وما لا يسرى . وعرض في الفصل الثالث لإنقاص الحق وانقضائه ، والإنقاص شيء جديد أتي به المشروع نقلا عن التقنين الإيطالي " .

" ٤ — وعني المشروع من الناحية الموضوعية بأمرين : فقد أوضح مسائل هي الآن غامضة في التقنين الحالي (السابق) مقتنناً في ذلك المبادئ التي استقر القضاء المصري عليها في هذه المسائل ، وعالج العيبين الجوهريين اللذين سبقت الإشارة إليهما من حيث أن حق الاختصاص سبب لإيثار دائن على آخر دون مبرر ومن حيث أنه سبب لعنت المدين " .

فالمسائل التي أوضحها المشروع يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

(أ) بين أن الدائن الذي يريد الحصول على حق اختصاص يجب أن يكون حسن النية ... وهذا ما استقر عليه القضاء المصري (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ ملحق القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٣٩) .

(ب) وضح أن الحكم الذي يؤخذ به حق الاختصاص يجب أن يكون حكماً موضوعياً يلزم المدين بشيء معين ... وذكر متى يمكن أخذ حق الاختصاص بمقتضى أحكام أجنبية وبمقتضى قرارات التحكيم ... وحسم النـــزاع الذي يثار عادة فيما يتعلق بالأحكام التي تثبت صلحاً وبالأحكام التي تصدر في دعوة تحقيق الخطوط بصحة التوقيع ، وبالأحكام التي تلزم بتقديم حساب ....

(ج) عالج عيباً في الإجراءات كان ضاراً بالدائن في التقنين الأهلي ، فإن هذا التقنين لا يزال يتطلب أن تكون العريضة التي يتقدم بها الدائن لأجل الاختصاص مصحوبة بصورة من الحكم . وقد لا يحصل الدائن على هذه الصورة إلا بعد مدة طويلة ، فلا يمكن من أخذ الاختصاص في الوقت المناسب . وقد أخذ المشروع بما نص عليه التقنين المختلط .. من أن

تقديم صورة الحكم ليس ضرورياً ، ويغني عنه تقديم شهادة من قلم الكتاب يذكر فيها منطوق الحكم .

" ٥ – وعالج المشروع العيبين الجوهريين في حق الاختصاص على النحو الآتي : "

أولا – منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لإيثار دائن على آخر دون مبرر ، سواء أكان ذلك بعد وفاة المدين . أم كان قبل وفاته وبعد إعساره حال حياته . ففيما يتعلق بحالة الوفاة نص المشروع على أنه لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ الاختصاص بعقار في التركة ، وذلك تقنيناً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء في هذا الشأن تفريعاً على مبدأ : لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما فيما يتعلق بحالة إعسار المدين في حياته ، فقد اكتفى المشروع بما نص عليه في باب الإعسار من أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأن اختصاصاً يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ...

ثانياً – منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لعنت المدين بالوسيلتين الآتيتين :

(أ) حال دون أن يأخذ المدين من مبدأ الأمر حق اختصاص على عقار قيمته أكبر بكثير من الدين، فأن ألزم الدائن أن يقدم أوراقاً تثبت قيمة العقارات التي يريد أن يختص بها وأنها مملوكة للمدين ... وأوجب على قلم الكتاب أن يؤشر بالاختصاص على صورة الحكم أو الشهادة التي تقوم مقامها ، وعلى كل صورة أو شهادة أخرى تسلم للدائن ... حتى يتعذر على الدائن بذلك أن يحصل على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة على عقارات تقع في دوائر هذه المحاكم ، دون أن تعلم كل محكمة تعطى اختصاصات بما أعطته المحاكم الأخرى من ذلك . وفرض المشروع بعد كل هذا أن القاضي ، رغماً من هذه الاحتياطات، قد يخطئ فيعطى اختصاصاً على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فنظم طريقة لتظلم المدين بأن أوجب على قلم الكتاب إعلانه في نفس اليوم الذي يقيد فيه حق الاختصاص حتى يتمكن من التظلم بطريقة مختصرة سريعة ...

(ب) حال دون أن يستبقى الدائن حق الاختصاص كان في مبدأ الأمر متناسباً مع المدين ، ثم اختل التناسب بعد ذلك ، لنقص في مبلغ الدين أو لزيادة في قيمة العقار . فنظم إجراءات يستطيع المدين بمقتضاها أن يطالب بإنقاص حق الاختصاص ، إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان المستحق من الدين [1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٥٢ – ص ١٥٥ .

٤٠٦ – تقسيم الموضوع : ونعالج حق الاختصاص في فصول ثلاثة :

(الفصل الأول) إنشاء حق الاختصاص .

(الفصل الثاني) آثار حق الاختصاص .

(الفصل الثالث) إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه .

الفصل الأول

إنشاء حق الاختصاص

٤٠٧ – الأحكام الموضوعية والإجراءات : في هذا الفصل الأول ، نورد أهم أحكام حق الاختصاص ، ولذلك يعتبر هذا الفصل من أهم فصول حق الاختصاص .

ونقسمه إلى فرعين :

(الفرع الأول) الأحكام الموضوعية .

(الفرع الثاني) الإجراءات .

الفرع الأول

الأحكام الموضوعية

٤٠٨ – المحكوم له أو الدائن حسن النية هو الذي يتقرر له حق الاختصاص : ولما كان حق الاختصاص حقاً عينياً تبعياً ، كالرهن وحق الامتياز ، فلابد له من صاحب ، ولما كان حق الاختصاص لا يؤخذ إلا بحكم كما سنرى ، فالخصم المحكوم له في هذا الحكم هو الذي يتقرر في صالحه حق الاختصاص ضماناً لتنفيذ الحكم ، ويتقرر ضد الخصم الذي حكم عليه ، وهذا واضح .

ويؤخذ حق الاختصاص ضماناً للمحكوم به ، وهو أصل الدين والفوائد والمصروفات .

وتقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٥ مدني إنه " يجوز لكل دائن ... أن يحصل متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات " .

فيشترط إذن في المحكوم له ، أو الدائن ، أن يكون حسن النية [1] . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في هذا الخصوص ، ما يأتي " ويشترط لأخذ حق الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية ، فلو باع المدين عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق الاختصاص وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لا ينفذ في حق المشترى " [2] .

وجاء في حكم لمحكمة النقض [3] ما يأتي : " الدائن الذي أخفى عن رئيس المحكمة أن العقار الذي أراد الاختصاص به قد باعه مدينه بعقد عرفي ثابت التاريخ قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه في الدين ، وذكر في عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ولا يزال على ملكه ، فصدر له الأمر بالاختصاص ، وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقاً ، هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملا إيجابياً منطويا على سوء النية يجعل الاختصاص الصادر له منطويا على سوء النية ، فلا يمكن اعتبار تسجيله سارياً في مواجهة المشترى من المدين " .

وهناك مثل آخر لدائن حصل على حق اختصاص بسوء نية : مدين حكم عليه بالدين وله عقار واحد . وقبل الحكم بالدين رهن العقار رهناً رسمياً إلى دائن موثق حسن النية . وقبل أن يقيد هذا الدائن رهنه وبعد الحكم بالدين ، تواطأ المحكوم عليه بالدين مع المحكوم له ودفع الأول الثاني إلى الحصول على حق اختصاص وقيد هذا الحق قبل الرهن الرسمي ، والدائن صاحب الاختصاص يعلم بحقيقة الأمر وبأن العقار مرهون . هنا يكون الدائن صاحب حق الاختصاص سيء النية ، ولا يكون حق اختصاصه نافذاً في مواجهة الدائن المرتهن رهناً رسمياً .

فيمكن القول إذن بأن الدائن صاحب حق الاختصاص ينتفي حسن نيته إذا طلب اختصاصاً على عقار مملوك للمدين وهو يعلم تعلق حق الغير به ، حتى لو كان هذا الحق لم تتوافر فيه الشروط اللازمة للاحتجاج به على الغير .

والأصل هو حسن النية ، وعلى من يدعى العكس أن يثبت ما يدعيه . ويكفي أن يثبت أن الدائن صاحب الاختصاص كان يعلم بسبق تصرف المدين في العقار ببيع أو رهن .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز لصاحب اختصاص الاحتجاج بسبق اختصاصه إلا إذا كان حسن النية (نقض مدني ٢١ يونيه سنة ١٩٣٦ المجموعة في ٢٥ عاماً ص ٣٩٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٤ .

(٣) نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ٢٣١ .

فيكفي في المثل السابق أن يثبت الدائن المرتهن رهناً رسمياً أن الدائن صاحب الاختصاص ، كان يعلم ، قبل أخذه حق الاختصاص ، أن مدينه رهن العقار رهناً رسمياً [1] .

وننظر بعد ذلك في : (١) الأحكام التي يؤخذ بها حق الاختصاص . (٢) والأموال التي يؤخذ عليها حق الاختصاص .

المبحث الأول

الأحكام التي يؤخذ بها حق الاختصاص

٤٠٩ – نصوص قانونية : تنص المادة ١٠٨٥ مدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في 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 في التركة " .

وتنص المادة ١٠٨٦ مدني على ما يأتي :

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

وتنص المادة ١٠٨٧ مدني على ما يأتي :

" يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفقاً تم بين الخصوم ، ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع " [1] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٩١ – محمد علي إمام فقرة ٢٩٧ – سليمان مرقس فقرة ١٩٩ – شمس الدين الوكيل فقرة ١٣٨ – ويقول الأستاذ سمير تناغو : " أما إذا كان الدائن صاحب الاختصاص يعلم أن العقار المملوك للمدين قد بيع من قبل بعقد غير مسجل ، فلا يمنعه هذا من التنفيذ عليه ويعتبر تنبيه نزع الملكية مانعاً لاحتجاج المشترى بالبيع بعد ذلك ، ولا يمنعه ذلك بالتالي من الحصول على اختصاص على العقار ، والاختصاص أقل من نزع الملكية . ولذلك فيكون المقصود بحسن النية هو عدم صدور غش من الدائن ، على أساس أن الغش يفسد كل شيء : نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ فقرة ١٦٩ ص ١١٢٧ – ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٢ ص ٤٢٧ " (سمير تناغو فقرة ٧١ ص ٢١٩) .

(١) تاريخ النصوص :

م ١٠٨٥ : ورد هذا النص في المادة ١٥١١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – يجوز لكل دائن بيده حكم موضوعي يلزم المدين بشيء معين ، إذا كان حسن النية ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ، ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً ، ابتدائياً أو نهائياً . ٢ – ومع ذلك إذا أخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم غيابي، فإنه يسقط بسقوط هذا الحكم " .

وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي : " ١ – يجوز لكل دائن بيده حكم صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين ، أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ، ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، سواء كان الحكم حضورياً أو غيابياً ، ابتدائياً أو نهائياً . ٢ – ولا يجوز للدائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار في التركة " . وأصبح رقم المادة ١١٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١١٧٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ طلب أحد الأعضاء أن يدلى باعتراض على حق الاختصاص ، فقال إن هذا الحق يعطي لدائن عادي ، تعجل استصدار حكم ، حق التقدم وحق التتبع على كثيرين من الدائنين العاديين والمرتهنين الذين يقيدون حقوقهم بعده . وصدور الحكم من اختصاص القضاء ، ولا دخل للدائن أو المدين فيه .

وفضلا عن هذا فإن حق الأولوية والتتبع ليس منشؤه اتفاقاً أو عملا خاصاً ، ولذلك فإن هناك كثيرون ينادون بأنه حق من الحقوق التي لا أساس لها . ولذلك فإنه يقترح إلغاء هذا الحق ويكون مرجع الأولوية إلى الاتفاق أو القانون ، وإذا رؤى استبقاؤه فليكن حقاً ينتفع به الدائنون جميعاً الثابتة حقوقهم قبل صدور الحكم ، ويعتبر الدائن الذي يأخذ حق اختصاص أنه يعمل لنفسه ولغيره ..... ولا يمكن القول إن هذا الحق للدائن هو بسبب نشاطه في مبادرته في الالتجاء إلى القضاء ، لأن صدور الأحكام لا يرتبط دائما بالمبادرة إلى رفع الدعوى قبل غيره ، فقد يكون هو السابق ويكون تأخير الحكم راجعاً إلى تأخير الدعوى وتاريخ صدور الحكم فيها ، فقالت الحكومة إن هذا الرأي له وجاهته ، وعلاج هذه الحالة هو تحريم " أخذ حق اختصاص على المدين المعسر كما هو الشأن في تحريمه بعد موت المدين . وقد استقر الرأي على عرض هذه الآراء على اللجنة في الاجتماع القادم ، لإقرار مبدأ حق الاختصاص " .

وبعد ذلك أضافت اللجنة عبارة " واجب التنفيذ " بعد كلمة " حكم " في الفقرة الأولى ... لأن من يحصل على حق اختصاص بحكم واجب التنفيذ قد يرتضي إرجاء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص على حقه . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ، تحت رقم ١٠٨٥ (مجموعة الأحكام التحضيرية ٧ ص ١٥٦ – ص ١٦٠) .

التقنين المدني السابق : م ٧٢١/٥٩٥ : يجوز لكل دائن بيده حكم صادر بمواجهة الأخصام أو غيبة أحدهم ، سواء كان ابتدائياً أو انتهائياً ، أن يتحصل على اختصاصه بعقارات مدينه ، تأميناً على أصل دينه وفوائده والمصاريف ، بشرط مراعاة واستيفاء الإجراءات المبينة في قانون المرافعات .

م ١٠٨٦ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٢ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ١١٨٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦١ – ص ١٦٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . =

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في شأن هذه النصوص ، ما يأتي:

" ١ — يؤخذ حق الاختصاص بمقتضى حكم موضوعي ملزم بشيء معين ، فخرجت الأحكام التحضيرية ، والتمهيدية ، والأحكام الموضوعية غير الملزمة بشيء معين كالحكم برفض العدوى ... ويجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى حكم صادر من محكمة ابتدائية إذا وضع عليه أمر التنفيذ (exequatur) ، كما يجوز أخذه بمقتضى قرار صادر من المحكمين متى وضع على القرار أمر التنفيذ من المحكمة . والاختصاص المأخوذ بناء على حكم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب تنفيذ الحكم ، لا ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد الحساب " .

" ٢ — ولا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ، ولو كان رسمياً . أما الحكم الذي يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمي ، ولذلك كان الحق في أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر ، فقطع المشروع الشك في هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه ، مجارياً في ذلك القضاء المصري . ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقراراً بصحة التوقيع ، أو على حكم صادر في دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الدين ، بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم " [1] .

ويؤخذ من ذلك أن الدائن ، حتى يحصل على اختصاص ، يجب أن يكون بيده :

١ — حكم قضائي .

٢ — حكم صادر من محكمة أجنبية .

٣ — قرار صادر من محكمين .

٤ — حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم .

٥ — لا حكم صادر بصحة التوقيع .

= م ١٠٨٧ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٣ من المشروع التمهيدي ، وكان المشروع التمهيدي يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتي " " ٢ — حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ هذا الحكم ، ولا يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب " . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٩٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٧٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت الفقرة الثانية ، وترك أمر ما يتضمنه حق الاختصاص للقضاء ، يحكم فيه وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٢ — ١٦٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٣ .

٦ – أن يكون الحكم واجب التنفيذ .
٧ – صادراً في موضوع الدعوى .
٨ – ملزماً المدين بشيء معين .
٩ – لا اختصاص بعد وفاة المدين .
١٠ – عدم نفاذ الاختصاص في حق الدائن السابق دينه على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

§ ١ – حكم قضائي

٤١٠ – لا يؤخذ حق الاختصاص بسند ولو رسمي : فلابد ، لأخذ حق اختصاص ، من حكم قضائي ، فالسند ، ولو كان سنداً رسمياً ، لا يؤخذ به حق اختصاص . بذلك أن السند ، ولو كان سنداً رسمياً ، لم يكن محلا للبحث أمام القضاء ، فهو غير متوافرة فيه الضمانات المتوافرة في المسائل التي يبت فيها القضاء ويقرها [١] .

والسند ، ولو كان رسمياً ، يصلح كوثيقة للتنفيذ على المدين ، ولكن لا يجوز تقرير حق اختصاص بموجبه ، والقول بغير ذلك يهيئ لكل دائن حصل على تعهد المدين أمام الموثق أن يحصل على حق اختصاص دون مبرر [٢] .

٤١١ – لا يؤخذ حق الاختصاص بناء على أمر ولائي من المحكمة: كذلك لا يجوز أخذ حق اختصاص بناء على أمر ولائي ، أصدرته المحكمة بموجب سلطتها الولائية (juridistion grascicuse) [٣] .

---

(١) طنطا الابتدائية ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ٢١٢ – ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع الذي له سند تنفيذي لا يقبل منه الحصول على اختصاص على عقار للمشترى إذا لم يقدم الدليل على أن الأموال المحملة بحق امتيازه أصبحت بسبب نقص قيمتها غير كافياً لضمان دينه ، وخصوصاً إذا كان قد تسلم جزءا كبيرا من ثمن المبيع (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠م ٢٢ ص ٣٣٤) .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٠ – وأنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٦ – سليمان مرقس فقرة ٢٠١ – سمير تناغو فقرة ٧١ ص ٢١٦ .

وقد قضي بأن الدائن ، إذا أراد الحصول على اختصاص يجب عليه أولا الحصول على حكم بالدين ، ثم يحصل على أمر بالاختصاص بناء على هذا الحكم (استئناف مختلط ٣ مارس م ٤٨ ص ١٧١) .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٢٣٥ ص ٣١٢ – سليمان مرقس فقرة ٢٠١ ص ٣٠٦ .

٤١٢ – يؤخذ حق الاختصاص بموجب حكم صادر من جهة

قضائية : وإنما يؤخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر من جهة قضائية ، بموجب سلطتها القضائية (jurisdiction contenticuse) .

فيجب أن يكون هناك نزاع مطروح أمام المحكمة ، تفصل فيه بموجب سلطتها القضائية ، فتصدر حكماً هو الذي يؤخذ بموجبه حق الاختصاص ، وهذا هو الحكم القضائي [١] .

ولا يهم بعد ذلك نوع المحكمة التي أصدرت الحكم ، فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو جنائية [٢] ، وقد تكون محكمة شرعية أو ملية عندما كانت هذه المحاكم موجودة ، بل قد تكون محكمة قنصلية عند وجود المحاكم القنصلية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز الحصول على حق اختصاص بموجب حكم صادر في مصر من محكمة قنصلية في حدود اختصاصها ، كالحكم بالنفقة ، لأن المشرع المصري هو الذي وزع الاختصاص على هذه المحاكم ، ولأن النصوص المتعلقة بحق الاختصاص جاءت مطلقة دون تفرقة [٣] [1] .

§ ٢ حكم صادر من محكمة أجنبية

٤١٣ – يجوز أخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر من

محكمة أجنبية: رأينا أن المادة ١٠٨٦ مدني تنص على أنه "لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ... إلا إذا أصبح الحكم واجب التنفيذ" .

---

(١) يؤخذ اختصاص بموجب حكم يلزم المدين بتقديم حساب (استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣١) .

(٢) وإذا صدر الحكم من محكمة جنائية ، كان حق الاختصاص ضامنا التعويض المدني ، والمصروفات المحكوم بها للحكومة (استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٣ ص ٩٢٥ – استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١ – ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٧) – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٧٥ – دي هلتس ١٠ – جرانمولان ٥٨٤ – محمد كامل مرسي ٢٣٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٩ .

(1) مفاد نص الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٤٦ والمادة ٤٩ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة – الذي يحكم واقعة النـــزاع – والمادة ١٠٨٥ من القانون المدني ، أنه يشترط لكي يحصل المحامي على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده أمر التقدير ، أن يكون هذا الأمر واجب التنفيذ أسوة بالحكم الذي يصدر في الطعن في أمر التقدير أو محضر الصلح المصدق عليه .
(جلسة ١٠/١١/١٩٧٠ الطعن رقم ١٩١ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ١١٢٥) .

إذن يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، بموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الولائية .

ويشترط في الحكم أن يكون واجب التنفيذ ، وصادراً في موضوع الدعوى ، وملزماً المدين بشيء معين ، وذلك كالأحكام المصرية .

فالحكم الصادر من محاكم السودان أو محاكم أي بلد عربي أخر ، حكم يجوز أخذ اختصاص بموجبه إذا توافرت الشروط المطلوبة ، بوجه خاص إذا تم الحصول على أمر بالتنفيذ كما سيأتي .

٤١٤ – لابد للحكم الأجنبي من الحصول على أمر بالتنفيذ : والذي يميز الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية عن الأحكام المصرية ، هو أن الأحكام الأجنبية لابد، قبل أن تكون صالحة لأن يطلب بموجبها الحصول على حق اختصاص ، من أن تحصل على أمر بالتنفيذ (exequatur) ، وهذا الأمر هو ما يجب أن يحصل الحكم الأجنبي عليه حتى يكون نافذاً وسارياً في مصر .

والرأي الراجح في القانون الدولي الخاص أنه لا يجوز ترتيب حق اختصاص بناء على حكم أجنبي لا يجيز قانون القاضي الذي أصدره أخذ حق اختصاص بموجبه . فيشترط ، تطبيقاً لذلك ، لتقرير حق اختصاص على عقار في مصر بموجب حكم أجنبي ، أن يكون قانون القاضي الذي أصدر الحكم يعترف بنظام حق الاختصاص [1] .

§ ٣ – قرارات المحكمين

٤١٥ – يجوز أخذ حق اختصاص بناء على قرار صادر من محكمين: رأينا أيضاً [2] أن المادة ١٠٨٦ مدني تنص على أنه " لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على ... قرار صادر من محكمين ، إلا إذا أصبح .... القرار واجب التنفيذ " .

فالقرار الصادر من المحكمين ، كالحكم الصادر من محكمة أجنبية ، يمكن الحصول بموجبه على حق اختصاص .

---

(١) بيدان وفوران ١٤ فقرة ٣٥٨ – بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٥٨٩ – ليوديير وبيجونير الموجز في القانون الدولي الخاص فقرة ٣٥٤ – عز الدين عبد الله في القانون الدولي الخاص ٢ فقرة ١٢٠ وما بعدها – شمس الدين الوكيل فقرة ١٥٠ ص ٤٠٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

٤١٦ – لابد في قرار المحكمين أن يصبح القرار واجب التنفيذ :

وحتى يمكن الحصول على حق اختصاص بموجب قرار صادر من محكمين ، لابد أن يكون القرار ، كما تقول المادة ١٠٨٦ مدني ، واجب التنفيذ .

فلابد إذن أن يكون قرار المحكمين قابلا للتنفيذ في مصر ، وكانت المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تعالج تنفيذ قرارات التحكيم وكانت المادة ٥٠٩ من قانون المرافعات تنص على أن : " لا يكون حكم المحكمين قابلا للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضي التنفيذ بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب أي من ذوي الشأن ، وذلك بعد الإطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم ، وبعد التثبت من أنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذه ، ويختص القاضي المذكور بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين " .

وقد ألغت المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية أحكام المواد ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات .

وتضمن الباب السابع من قانون التحكيم المشار إليه الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين ، وتنص المادة ٥٦ على أنه : " يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي :–

(١) أصل الحكم أو صورة موقعة منه . (٢) صورة من اتفاق التحكيم . (٣) ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها . (٤) صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا للمادة (٤٧) من هذا القانون .

وتقضي المادة ٥٧ من قانون التحكيم بأنه لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره . وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي . وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ والفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر .

وتنص المادة ٥٨ على أنه : (١) لا يقبل تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى .

(٢) لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي :

أ – أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع .

ب – أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .

ج – أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً .

(٣) ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم . أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره .

وقد عالج تقنين المرافعات الجديد التحكيم في المواد ٥٠١ – ٥١٢ ، فنص في المادة ٥٠٩ منه على ما يأتي :

" لا يكون حكم المحكمين قابلا للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضي التنفيذ بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب أي من ذوي الشأن ، وذلك بعد الإطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم ، وبعد التثبت من أنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذه . ويختص القاضي المذكور بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين " .

§ ٤ – حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم

٤١٧ – الحكم الذي يثبت الصلح أو الاتفاق يجوز بموجبه أخذ حق اختصاص

: رأينا [١] أن المادة ١٠٨٧ مدني تنص على ما يأتي :

" يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم ..... " .

٤١٨ – حكم يثبت صلحاً تم بين الخصوم

: والحكم الذي يثبت صلحاً تم بين الخصوم ، أي محاضر الصلح (jugements convenus ou d'expédient ou d'accord) ، اختلف الرأي فيه ، والرأي الراجح هو أن هذا الحكم يعطى الحق في الحصول على حق اختصاص [٢] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٢) جيوار فقرة ٩٠٠ – بودري ودي لوان فقرة ١٢٣٩ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٧٤ – جرانمولان فقرة ٥٨٣ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٧ – استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥١ – ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ .

وأنظر أيضاً استئناف وطني ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٠ ص ٧٩ : يجوز للدائن أن يحصل على حق اختصاص بموجب محضر صلح تم بين طرفي الخصوم في دعوى وصدقت عليه المحكمة. –

وقد نصّ التقنين المدني الجديد (م ١٠٨٧ مدني) على جواز الحصول على حق اختصاص بموجب حكم يثبت صلحاً تم بين الخصوم ، كما رأينا . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " أما الحكم الذي يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمي ، ولذلك كان الحق في أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر، فقطع المشروع الشك في هذه ، وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه ، مجارياً في ذلك القضاء المصري " [١] .

٤١٩ – حكم يثبت اتفاقاً تم بين الخصوم : والحكم الذي يثبت اتفاقاً تم بين الخصوم ، كالحكم الذي يثبت صلحاً ، يجوز الحصول على أمر اختصاص بموجبه ، وقد نصت المادة ١٠٨٧ مدني على أنه " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت ..... اتفاقاً بين الخصوم " .

فالإعلام الشرعي الشامل لتعهد المدين بدفع مبلغ معين لدائنه ، هو عقد قضائي يعتبر حكماً حقيقياً نافذاً ، ويكفي للحصول على حق اختصاص [٢] .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اختصاص الدائن بعقارات مدينه يجوز طلبه بناء على كشف بالمصروفات محرر من المحكمة الشرعية بشكل تنفيذي عقب إعلام شرعي صادر منها ، وكل معارضة في تقرير هذه المصروفات يكون النظر فيها من اختصاص القاضي الشرعي لا من اختصاص المحكمة المختلطة ، التي ليس لها سوى أن تبحث ما إذا كان طالب الاختصاص بيده حكم أم لا [٣] .

وبوجه عام ، الحكم الذي يصدق على أي اتفاق يتم بين الخصوم ، كإثبات قسمة ودية اتفق عليها الشركاء ، يجوز بموجبه الحصول على حق اختصاص [٤] .

= وأنظر طنطا الابتدائية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ٢١٢ : الأحكام الصادرة بالتصديق على صلح تشترك أيضاً مع الأحكام ، لأن العلاقة التي تتقرر بمقتضاها بين الخصوم لا يمكن الطعن عليها إلا بنفس الأسباب التي يمكن الطعن بها على الأحكام بطريق الالتماس .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٣ – وقد قضي بأن الرأي الراجح فقها وقضاء أن الحكم الذي يقر الصلح بين طرفي الدعوى (jugemeut d'expédient) تجوز الاستعانة به في طلب توقيع حق الاختصاص ، باعتباره حكماً قضائياً (الإسكندرية الكلكية ١٩ مارس سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ١٧٦ ص ٥١١) .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٦٠٤ م ١٦ ص ٢٥٧ .
وأنظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٠١ ص ٣٠٨ – جرانمولان فقرة ٥٨٣ – استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩١ .

(٤) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٠ ص ٤٠٨ .

§ ٥ – الحكم الصادر بصحة التوقيع لا يؤخذ به حق اختصاص

٤٢٠ – النص القانوني والمذكرة الإيضاحية : رأينا [١] أن المادة ١٠٨٧ مدني تنص على ما يأتي : " ... ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع " .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [٢] : " ولا يجوز أخذ اختصاص بناء على حكم يثبت إقراراً بصحة التوقيع ، أو على حكم صادر في دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، وإلا استطاع كل دائن أن يحصل على اختصاص قبل حلول الدين بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم " .

٤٢١ – الحالة في عهد التقنين المدني القديم : وقد اختلف ، في عهد التقنين المدني القديم ، فيما إذا كانت الأحكام الصادرة بصحة التوقيع أو الختم ، سواء كانت صادرة بناء إقرار من الخصم أو بعد اتخاذ إجراءات التحقيق في الدعوى الأصلية لتحقيق الخطوط ، يجوز الحصول بموجبها على حق اختصاص .

وقد قضي القانون الفرنسي (م ٢١٢٣ مدني فرنسي) بترتيب الرهن القضائي على هذه الأحكام ، وكانت المادة ٦٨٢ مدني مختلط تنص على مثل ذلك فيما يتعلق بالرهن القضائي قبل إلغائه . ولكن الرأي الذي رجح ، في عهد التقنين المدني القديم ، أنه لا يجوز الحصول على حق اختصاص بموجب هذه الأحكام ، لأنه لم يأت نص خاص بذلك ، ولأن هذه الأحكام لا تلزم أحد الخصوم بشيء معين ، ولابد من استصدار حكم آخر بالدين [٣].

٤٢٢ – الحالة في عهد التقنين المدني الجديد : وقد أخذ التقنين المدني الجديد بهذا الرأي الراجح ، كما رأينا ، في المادة ١٠٨٧ مدني .

---

(١) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٠٩ .

(٣) استئناف وطني ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ رقم ٦ ص ١٨ – ٢ مايو سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٥ ص ١٥ – دي هلتس فقرة ٨ – جرانمولان فقرة ٥٨١ – عبد السلام ذهني فقرة ٢٠٣ – عبد الحميد أبو هيف في طرق التنفيذ فقرة ١٢٩٨ محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٦ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ – ص ٣١٥ .

فلا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع ، سواء باعتراف الخصم أو عقب إجراء التحقيقات في دعوى أصلية لتحقيق الخطوط .

ولو أمكن الحصول على حق اختصاص بموجب هذا الحكم ، لأمكن ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فيما مر ، لكل دائن عادي الحصول على حق اختصاص قبل حلول الدين ، بأن يرفع دعوى أصلية بصحة التوقيع أو الختم [1] .

§ ٦ – لابد أن يكون الحكم واجب التنفيذ حتى يؤخذ به حق اختصاص

٤٢٣ – تاريخ المسألة : كان التقنين المدني السابق لا يشترط ففي أخذ حق الاختصاص إلا بعد صدور حكم ، ولو كان الحكم ابتدائياً ، بل لو كان غيابياً ، وكان الاختصاص يزول إذا ألغت المحكمة الاستئنافية الحكم الابتدائي [2] ، أو إذا ألغي الحكم الغيابي في المعارضة أو سقط بمضي ستة أشهر من تاريخ صدوره دون أن ينفذ [3] .

وتقدم مشروع التقنين المدني الجديد ، محافظاً على هذا المبدأ ، لأن الاختصاص إجراء تحفظي يفيد الدائن ، ولا يضر المدين مادام مصيره يتبع مصير الحكم .

ولكن لجنة مجلس الشيوخ رأت ، بعد عدة جلسات وبعد أن تم الاعتراض على حق الاختصاص ذاته وأريد إلغاؤه ، أن تشترط في الحكم أن يكون واجب التنفيذ ، وقالت في تبرير ذلك : " إن الغرض منه ألاَّ يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى ، بل تكون الأفضلية للدائن الذي يملك التنفيذ ، ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن في استيفاء دينه ، وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين لأن من يحصل على حق اختصاص قد يرتضي إرجاء التنفيذ مادام قد أمن بالاختصاص على حقه " [4] .

---

(١) بيدان وفورزان فقرة ٧٦٣ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٦ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٩٠ – شفيق شحاته ٣ فقرة ١٧٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ – ص ٣١٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٨ – ٢٠ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٠٥ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩ في الهامش في تاريخ نص المادة ١٠٨٥ .

٤٢٤ – التقنين الحالي – يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ : وعلى ذلك يجب ، في التقنين الحالي ، أن يكون الحكم ، للحصول على حق اختصاص بموجبه ، واجب التنفيذ .

ويكون ذلك في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا كان الحكم انتهائياً ، بأن استنفدت فيه مواعيد الطعن العادية ، أو كان غير قابل للطعن بطريق عادى . فيجوز الحصول على حق اختصاص بموجب حكم استؤنف فأصبح نهائياً ، أو سقط حق الطعن فيه بالاستئناف ، ولا يمنع الحصول على حق اختصاص جواز الطعن في الحكم بالنقض أو بالتماس إعادة النظر ، ولكن يزول حق الاختصاص إذا طعن في الحكم بأحد هذين الطريقين وقضي بقبول الطعن . ويمتنع الحصول على حق اختصاص بموجب حكم ، قضت فيه محكمة النقض بوقف التنفيذ [1] .

(الحالة الثانية) إذا كان الحكم ليس انتهائياً ، ولكنه مشمول بالنفاذ المعجل . على أنه إذا ألغي هذا الحكم ، سقط حق الاختصاص .

٤٢٥ – تضارب آراء الفقهاء في هذا التجديد : وقد تضاربت آراء الفقهاء المصريين في التجديد الذي يقضي بوجوب أن يكون الحكم واجب التنفيذ حتى يمكن الحصول بموجبه على حق اختصاص ، وننقل هنا بعضاً من هذه الآراء :

قال الأستاذ سليمان مرقس [2] : " وفي رأيي أن هذا التعديل قضي على أهم مزية لحق الاختصاص ، ذلك أنه بعد أن نظم التقنين الجديد حماية دائني الشخص الذي شهر إعساره بأن جعل تصرفات هذا الشخص في أمواله ..... غير نافذة في حق دائنيه السابقين على شهر الإعسار ، اقتصرت فائدة الاختصاص على الحالة التي لا يكون فيها المدين معسراً. وفي هذه الحالة لا تكون لمزية التقدم التي تترتب على حق الاختصاص فائدة تذكر .... فإذا اشترط لأخذ الاختصاص والانتفاع بمزية التتبع أن يكون الحكم الذي حصل عليه الدائن واجب التنفيذ ، لم تعد للاختصاص أية مزية عملية ، لأن الدائن الذي يملك التنفيذ يستطيع أن يستغني عن حق الاختصاص بالتنبيه على المدين بالوفاء وبتسجيل هذا التنبيه ، فيمنع نفاذ تصرفات المدين في حقه ..... وإنما كان الدائن يستطيع أن يجد في حق الاختصاص فائدة لا يغنيه عنها شيء آخر ، لو أنه أجيز له أخذ الاختصاص بمجرد حصوله على الحكم ، وقبل أن يصبح الحكم واجب التنفيذ " .

---

(١) أنظر عكس ذلك سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ ص ٣١١ هامش ١ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ ص ٣٠٩ – ص ٣١٠ .

وقال الأستاذ شمس الدين الوكيل [1] : " اتجه جانب من الفقه إلى أن هذا الشرط الذي أضيف ... قد أفقد الاختصاص مزاياه ... ويبدو لنا أن إضافة هذا الشرط ... تستجيب إلى الاتجاه السائد في الفقه المعاصر بوجوب الحد من نظم التأمينات القضائية في أضيق نطاق . ونظام الاختصاص في ذاته تعرض في آخر مراحل إعداد مشروع القانون المدني لنقد كاد يفضي إلى حذفه . والواقع أن تقرير الأفضلية للدائن لمجرد السبق في الحصول على حكم ، لا ينهض وحده سنداً معقولا للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . وعلى هذا النحو نعتقد أن إضافة هذا الشرط قصد به بصفة خاصة الحد من أهمية الاختصاص ، فلا يحصل عليه إلا الدائن المزود بحكم واجب النفاذ ، وهو إن نفع بهذا الضمان ربما كان في ذلك إغراء له على التراخي في التنفيذ على المدين " .

وقال الأستاذ منصور مصطفى منصور [2] : " ونرى مع البعض أن اللجنة قد وفقت في وضع هذا الشرط ، فالواقع أن حق الاختصاص إذا نظر إليه كأداة لتأمين الدائن دون نظر إلى مصلحة المدين لا يكون له محل ، فليس هناك ما يدعو إلى تفضيل دائن عادى على غيره لمجرد أنه استصدر حكماً بالدين . ويبدو لنا أن الإبقاء على حق الاختصاص لا محل له إلا إذا كان المقصود من وراء ذلك حماية المدين عن طريق تأجيل التنفيذ حتى يتيسر له الوفاء ، ويكون منح الدائن الحق في أخذ الاختصاص وسيلة في تشجعه على إرجاء التنفيذ " .

وقال الأستاذ سمير تناغو [3] : " إن الاختصاص لم يكن الغرض منه تحقيق فائدة محضة للدائن الذي يحصل على حكم ... ولكن الغرض الأساسي منه هو تحقيق مصلحة المدين المحكوم عليه ، بتأخير التنفيذ على ماله ، وذلك بما يرضى الدائن أيضاً عن طريق إعطائه تأميناً خاصاً . فلا الاختصاص مصلحة محضة للدائن ، ولا هو عديم الفائدة . ولكنه ائتمان جديد للمدين في مرحلة حرجة تسبق التنفيذ مباشرة ، وتأمين خاص للدائن يضمن له التنفيذ مستقبلا " .

§ ٧ – يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى

٤٢٦ – لا يؤخذ اختصاص بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع :

ولا يجوز أخذ حق اختصاص بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع ، وذلك كالأحكام

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤١ ص ٤١٠ – ص ٤١١ .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٨٤ ص ١٧٦ .

(٣) سمير تناغو فقرة ٧١ ص ٢٢١ .

التحضيرية ، والأحكام التمهيدية الصادرة بالإحالة على التحقيق أو بندب خبير أو بإجراء معاينة ، والأحكام الوقتية ، لأن كل هذه الأحكام لا تكون صادرة في موضوع الدعوى .

ويستثنى من ذلك الأحكام الوقتية إذا تضمنت إلزام المدين بدفع مبلغ معين ، أو بالقيام بعمل، أو فرض نفقة مؤقتة، فإنه يجوز أخذ حق اختصاص بموجب هذه الأحكام [1].

٤٢٧ – لا يؤخذ الاختصاص إلا بناء على حكم قطعي صادر في موضوع الدعوى : فلابد أن يكون الحكم حكماً قطعياً صادراً في موضوع الدعوى .

ذلك لأن الأحكام القطعية وحدها هي التي تبت في موضوع الدعوى ، وهي وحدها الصالحة للحصول على حق اختصاص بموجبها ، إلا إذا كان هناك حكم وقتي تضمن فرض نفقة أو القيام بعمل كما مر فيما سبق .

§ ٨ – يجب أن يكون الحكم ملزماً المدين بشيء معين

٤٢٨ – أحكام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها : وهناك أحكام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها ، لأنها لا تلزم المدين بشيء معين .

مثل ذلك الأحكام الصادرة في الاختصاص : اختصاص المحكمة أو عدم اختصاصها .

ومثل ذلك أيضاً الأحكام الصادرة برفض الدعوى ، لأنها لا تلزم بشيء معين ، والأحكام الصادرة برفض طلب أو دفع فرعي ، وكذلك الأحكام الصادرة في دعوى عينية بإثبات ملكية المدعي للعقار محل النـــزاع [2] .

كل هذا لم تلزم هذه الأحكام من رفض طلبه بالمصروفات ، فيجوز أخذ اختصاص بها تأميناً للمصروفات ، إذ هي أحكام تلزم المدين بشيء معين [3] .

٤٢٩ – الأحكام القطعية الملزمة للمدين بشيء معين يجوز أخذ اختصاص بموجبها : والصورة المألوفة لذلك أن يكون صادراً بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود .

---

(١) بيدان وقواران فقرة ٧٥١ – شفيق شحاته ٣ ص ١٥٩ هامش ١ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٨٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٢ – استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٩ .

(٢) شفيق شحاته ٣ فقرة ١٧٧ .

(٣) أنظر ذلك سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٢ .

ولا يوجد ما يمنع من أخذ اختصاص بموجب حكم يلزم المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وفي هذه الحالة يقدر القاضي مؤقتاً المبلغ الذي يؤخذ به الاختصاص إذا كان هذا المبلغ غير محدد المقدار في الحكم . وقد جاء في المادة ١٠٨٩ مدني أنه " إذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تحديده مؤقتاً ، وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص " .

٤٣٠ – الحكم بإلزام شخص بتقديم حساب : كان المشروع التمهيدي يتضمن فقرة ثانية للمادة ١٠٨٧ مدني ، وكان تجرى على الوجه الآتي : " حق الاختصاص المأخوذ بناء على حكم ملزم بتقديم حساب يضمن التعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ هذا الحكم ، ولا يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب " . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية ، وترك أمر ما يضمنه حق الاختصاص للقضاء ، يفصل فيه وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها " [١] .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحكم بإلزام شخص بتقديم حساب ، إذا أخذ به حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين من رصيد لهذا الحساب [٢] .

وذهب فقهاء آخرون إلى أن الاختصاص لا يضمن ذلك ، وإنما يضمن التعويض بسبب عدم تنفيذ الحكم (عدم تقديم الحساب) [٣] ، وهذا هو الرأي الراجح ، وبه أخذ التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٧ مدني قبل حذفها كما مر .

والصحيح أن الاختصاص لا يضمن إلا محل الالتزام ذاته ، أو التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام [٤] .

§ ٩ – لا اختصاص بعد وفاة المدين

٤٣١ – النص على ذلك في التقنين المدني الجديد : رأينا [٥] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٥ مدني تنص على ما يأتي :

---

(١) أنظر فقرة ٤٠٩ في الهامش في تاريخ المادة ١٠٨٧ مدني .

(٢) بيدان وفوران فقرة ٧٥٢ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١١٤٨ – جرانمولان فقرة ٥٧٩ .

(٣) بلانيول وريپير وبولانجيه ٢ فقرة ٤١٧٨ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٥٨١ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٤٥ – شفيق شحاته ٣ فقرة ١٧٩ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٨٩ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ .

(٤) شفيق شحاته ٣ فقرة ١٧٩ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ ص ٣١٤ .

(٥) آنفا فقرة ٤٠٩ .

" لا يجوز للدائن ، بعد موت المدين ، أخذ اختصاص على عقار في التركة " .

فالدائن إذن ممنوع ، بموجب هذا النص ، من أن يأخذ حق اختصاص بعد موت مدينه على عقار في تركته . والتركة يحكمها مبدأ " لا تركة إلا بعد سداد الدين " ، وقد نظم هذا المبدأ كل من قانون الشهر العقاري والتقنين المدني الجديد .

٤٣٢ – قانون الشهر العقاري : من المتفق عليه أنه بعد موت المدين يتساوى جميع الدائنين العاديين ، وتكون تركة مدينهم الميت ضماناً للوفاء بحقوقهم جميعاً بالتساوي فيما بينهم .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الفقه الإسلامي اعتبر الموت عارضاً تخرب به الذمة ويبطل الولاية في المال ، ولهذا نقل حقوق الغرماء الثابتة في ذمة المتوفى إلى تركته ، واستبقاها على حكم ملكه ، لتتم التصفية بدفع الديون وتنفيذ الوصايا وقسمة ما يبقى بين الورثة . وهذا النظر ينتهي بوجوب استبقاء حالة الغرماء على ما كانت عليه منذ الوفاة ، فمن لم يكن وقتئذ صاحب دين ممتاز بقي غريماً يقاسم غيره قسمة غرماء [1] .

وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن أموال الميت تؤول إلى جميع دائنيه ، فيصبح لهؤلاء حق مباشرة على هذه الأموال . ولا يجوز لأي منهم أن يحصل بعد وفاة المدين على أي حق في التقدم على الآخر بأي سبب كان ، فإذا أخذ أحدهم اختصاصاً على بعض عقارات المتوفى كان هذا الاختصاص غير نافذ في حق الآخرين [2] .

ونظم قانون الشهر العقاري طريقة لشهر حقوق دائني المورث ، إذا اشترط شهر حق الإرث لإمكان شهر التصرفات التي تصدر من الوارث ، وأجاز لدائني المورث التأشير بحقوقهم في هامش شهر حق الإرث ، ورتب على هذا التأشير عدم نفاذ تصرفات الوارث في أموال التركة قبل دائني المورث الذين أشروا بديونهم في هامش شهر حق الإرث في خلال سنة من إجراء هذا الشهر أو بعد السنة وقبل شهر التصرف .

٤٣٣ – التقنين المدني الجديد : ووضع التقنين المدني الجديد نظاماً اختيارياً لتصفية التركات ، ثم نصت المادة ٩١٤ مدني على أنه " إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً

---

(١) استئناف مصر ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٨٣ ص ٢٢٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٣ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٣١ – ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٩ – ٧ يونيه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٣ – وأنظر سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٦ – ص ٣١٧ .

لأحكام النصوص السابقة ، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها ، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا اشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون " .

وقد منع التقنين المدني الجديد دائني المتوفى من أخذ اختصاص على مال مدينه الميت ، لأنه فيما يتعلق بالتقدم قصد المشرع عدم تمييز أحد من الدائنين على غيره بسبب لاحق لوفاة المدين ، وفيما يتعلق بالتتبع فإن هذا الخطر من جانب المدين ذاته قد انعدم بوفاته ، ومن جانب وارثه قد ارتفع بمنع الوارث من التصرف قبل تسلمه شهادة التوريث وهي لا تسلم إلا بعد وفاء جميع الديون ، وبنص قانون الشهر العقاري الذي يمنع شهر أي تصرف من الوارث قبل شهر حق الإرث .

٤٣٤ – شهر الاختصاص المكسوب قبل وفاة المدين : ويجوز شهر حق الاختصاص الذي كسبه الدائن قبل وفاة مدينه ، حتى لو كان الشهر يحصل بعد وفاة المدين [١] . وذلك لأن الغرض هو منع إنشاء سبب جديد للتقدم بعد وفاة المدين ، أما هنا فقد صدر الأمر بالاختصاص قبل وفاة المدين ، وليس القيد إلا طريقة لشهره وجعله نافذاً في حق الغير [٢] .

§ ١٠ – حالة شهر إعسار المدين

٤٣٥ – الدائنون الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ مدني على ما يأتي :

" على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " .

فكل دائن حقه سابق على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يجب أن يحمى ، ولا تجوز التفرقة بين هؤلاء الدائنين . ومن ثم فلا يجوز الاحتجاج على هؤلاء الدائنين بأي حق اختصاص يقع على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

---

(١) أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٩٢ – شمس الدين الوكيل فقرة ١٢٤ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٩ .

(٢) أنظر سليمان مرقس فقرة ٢٠٥ ص ٣١٩ .

ومن ثم يكون ممنوعاً ، بالنسبة إلى هؤلاء الدائنين ، أخذ حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

يبقى بعد ذلك وجوب حماية هؤلاء الدائنين من حق التتبع ، وهذا مكفول لهم بموجب المادة ٢٥٧ مدني ، وقد نصت على ما يأتي :

" متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين " .

وعلى ذلك إذا منع أخذ حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ومنع كذلك بعد هذا التسجيل التصرف في مال المدين المعسر ، لم يعد ينقص الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على صحيفة الإعسار شيء من الحماية .

٤٣٦ – أخذ اختصاص على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار : وهناك فرق بين حالة المدين الذي شهر إعساره والمدين المتوفى .

فالمدين المتوفى قد انقضت شخصيته ، وتحدد نهائياً وقت وفاته مركز دائنيه وتحددت أمواله ، فلن تستجد له ديون ولا أموال .

أما المدين الذي شهر إعساره فإنه يحتفظ بشخصيته ، ويمكن أن يوضع حد لإعساره، فيعود له حق التصرف في أمواله ، وحق الالتزام بديون جديدة .

فيكون لدائنيه الذين لم يستوفوا حقوقهم قبل انتهاء حالة الإعسار مصلحة في الاستناد إلى حقوق اختصاص حصلوا عليها ولو بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار .

ويستطيعون أن يتقدموا ، بموجب حقوق الاختصاص هذه ، على الدائنين التاليين ، وأن يتتبعوا عقارات المدين في أية يد كانت .

ولذلك لم يمنع المشرع أخذ الاختصاصات على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، ولا قيد الاختصاصات التي سبق صدور الأمر بها قبل ذلك ، اكتفاء بتقرير عدم نفاذ هذه الاختصاصات في حق الدائنين السابقين حقوقهم على هذا التسجيل [1] .

---

(١) شفيق شحاته ٣ فقرة ١٨٢ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٠٥ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٦ ص ٢٢١ .

المبحث الثاني
الأموال التي يؤخذ عليها حق الاختصاص

٤٣٧ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٨٨ مدني على ما يأتي :

" لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة ، مملوكة وقت قيد هذا الحق ، وجائز بيعها بالمزاد العلني " [١] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي :

" يؤخذ حق الاختصاص على عقار مملوك للمدين وقت قيد هذا الحق ، بشرط أن يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه . على أنه يجوز أخذ اختصاص على خمسة أفدنة ، وتظهر فائدته في حالتين : إذا انتقلت ملكية الأرض من المدين إلى حائز فيتتبعها الدائن ، وإذا زاد مال المدين على خمسة أفدنة فيجوز عندئذ التنفيذ على الأرض " [٢] .

ويتبين من هذا النص أن هناك شروطاً ثلاثة ، يجب توافرها في الأموال التي يؤخذ عليها حق الاختصاص :

(١) أن تكون هذه الأموال عقاراً أو عقارات معينة ، معينة تعييناً دقيقاً بحيث يمكن التعرف عليها .

(٢) أن يكون هذا العقار أو العقارات مملوكة للمدين ، وقت الحصول على حق الاختصاص ووقت قيد هذا الحق .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١٤ من المشروع التمهيدي ، على الوجه الآتي : " ١ – لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق ، وجاز التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني . ٢ – ومع ذلك يجوز الحصول على حق اختصاص على أرض المدين ، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة ، على أن يراعى في التنفيذ الشروط المقررة في القانون " . وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة " جائز التعامل فيها " ، اكتفاء بكون هذه العقارات جائزاً بيعها بالمزاد العلني ، وأصبح رقم المادة ١١٩١ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٧٧ . وفي لجنة مجلس الشيوخ، حذفت الفقرة الثانية لأن ملكية المدين لخمسة أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها ، فحق الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٥ – ص ١٦٦) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٦ .

(٣) أن يكون هذا العقار أو العقارات مما يجوز التعامل فيها ، أي أن يكون جائزاً بيعها بالمزاد العلني .

وهذه الشروط الثلاثة واضحة من نص المادة ١٠٨٨ مدني سالفة الذكر .

فنعالجها هنا في إيجاز . ويلاحظ أن الشرط الأول منها قد أخضع حق الاختصاص لمبدأ التخصيص الذي يخضع له الرهن الرسمي ، إذا أوجب أن يكون العقار أو العقارات معينة تعييناً دقيقاً [١] .

§ ١ – المال عقار معين تعييناً دقيقاً

٤٣٨ – يجب أن يكون المال عقاراً : فلا يؤخذ حق الاختصاص إلا على عقار ، فيكون حق الاختصاص كحق الرهن الرسمي، إذ يكون محله دائماً عقاراً أو عقارات.

وقد وصل الأمر إلى حد أن قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يجوز قانوناً منح الدائن حق الاختصاص على نخيل مملوك لمدينه ، إذا كان هذا الأخير لا يملك الأرض القائم عليها النخيل [٢] .

والنخيل ، المملوك لشخص لا يملك الأرض الذي أقيم عليها النخيل ، يعتبر عقاراً ، شأنه في ذلك شأن الأبنية المقامة على أرض لا يملكها صاحب الأبنية ، فكان يجب الحصول على اختصاص بهذا النخيل من حيث كونه عقاراً .

٤٣٩ – اختلاف حق الاختصاص عن حق الرهن القضائي : يختلف حق الاختصاص عن حق الرهن القضائي .

فالرهن القضائي يرد ، دون حاجة إلى أمر القاضي، على جميع عقارات المحكوم عليه، الحالة والمستقبلة . فلا يشترك إذن أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً ، فكل عقار مملوك للمحكوم عليه ، ولو كان عقاراً مستقبلا ، يقع على الرهن القضائي .

أما حق الاختصاص فلا يقع على عقار مستقبل ، وكذلك لا يقع على عقار حال إلا إذا كان معيناً تعييناً دقيقاً .

---

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ١٤٣ ص ٤١٦ .

(٢) استئناف وطني ٢١ مارس سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥ ص ٧ .

٤٤٠ — العقار معين تعييناً دقيقاً : فيجب إذن أن يكون العقار الذي يؤخذ عليه حق الاختصاص معيناً تعييناً دقيقاً .

وهذا هو مبدأ التخصيص الذي رأيناه في الرهن الرسمي . وقد قدمنا في هذا الرهن الرسمي وجوب أن يكون محله عقاراً معيناً تعييناً دقيقاً ، وأن يذكر هذا التعيين في عقد الرهن الرسمي وفي قائمة القيد . فهنا أيضاً يجب أن يكون العقار معيناً تعييناً دقيقاً ، وأن تذكر البيانات المعينة له في عريضة طلب الاختصاص وفي قائمة قيد حق الاختصاص (م ١٠٩٥ مدني) .

وتعيين العقار الذي يؤخذ عليه حق الاختصاص يكون عادة ببيان نوعه (منزلا أو أرضاً مثلا) ، وموقعه (المدينة والشارع أو الحارة ورقم المنزل أو ما يعين موقعه تعييناً دقيقاً في حالة المنزل ، والحوض ورقمه أو موقع الأرض فيه إذا كان أرضاً) ، وحدود المنزل أو الأرض ، ومساحة المنزل أو الأرض ، وما يتكون منه المنزل من طوابق ، وغير ذلك من البيانات المفيدة في التعرف على العقار .

وإذا كان هذا التعيين مشترطاً في الرهن الرسمي حماية للراهن وللغير ، فهو كذلك أيضاً في حق الاختصاص . فالتعيين في حق الاختصاص يسمح للقاضي بألا يمنح حق اختصاص بعقارات المدنين إلا بالقدر اللازم لتأمين حقوق الدائن ، كما أن تعيين العقار الوارد عليه حق الاختصاص في قائمة القيد يسمح للغير أن يتبين حقيقة مركز المدين ومركز العقار المحمل بحق الاختصاص [١] .

ويترتب على نقص هذه البيانات أو الخطأ فيها بطلان الاختصاص هو وقيده ، إذا أدى النقص أو الخطأ إلى إيقاع الغير في الغلط [٢] .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يخلص من مقارنة نص المادة ٥/٧٦٩ مرافعات مختلط بنص المادة ٥/٦٩٠ مدني مختلط أن المشرع قصد أن يتشدد في البيانات التي تعين العقار الذي يؤخذ عليه حق الاختصاص أكثر من تشدده في ذلك بالنسبة إلى العقار محل الرهن الرسمي [٣] .

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٠٨ .

(٢) سليمان مرقس فقرة ٢٠٨ — استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٨ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — ١١ يونيه سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص ٢٩٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١١ .

وقضت أيضاً بأن تعيين المنزل المأخوذ عليه حق الاختصاص بالحي الموجود فيه دون ذكر الشارع يعتبر تعييناً كافياً ، فلا يجوز لدائن مرتهن لاحق أن يطلب إبطال هذا الاختصاص استناداً إلى وجود نقص في تعيين محله [1] .

§ ٢ – العقار مملوك للمدين وقت الحصول على الاختصاص ووقت القيد

٤٤١ – النص يصرح بوجوب ملكية المدين للعقار وقت القيد :

رأينا [2] أن المادة ١٠٨٨ مدني تصرح بأن العقار أو العقارات المعينة يجب أن تكون " مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق ... " .

فالعقار يجب إذن أن يكون مملوكاً للمدين وقت قيد حق الاختصاص ، فإذا لم يكن مملوكاً للمدين وقت القيد ، كان الاختصاص باطلا [1] .

فإذا فرض أن العقار كان مملوكاً للمدين وقت الحصول على أمر بالاختصاص كما سنرى ، ثم تجرد المدين من ملكيته قبل قيد حق الاختصاص فلما جاء الدائن يقيد حق الاختصاص كان العقار غير مملوك للمدين ، فإنه لا يستطيع قيد الاختصاص على عقار غير مملوك للمدين .

٤٤٢ – ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين أيضاً وقت الحصول على الاختصاص :

ويجب ، فوق ذلك ، أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت الحصول على أمر بالاختصاص .

---

(١) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٤ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٣٧ .

(1) متى كانت العين موقوفة وانتهى الوقف فيها وآلت ملكيتها إلى من عساه يكون صاحب الحق فيها طبقاً لأحكام المرسوم رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فإنها تظل بمنأى عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون ، ولا يجوز بالتالي لأرباب هذه الديون أن يستصدروا ضد من آلت إليه ملكية هذه العين أمر باختصاصهم بها إعمالا لمقتضى المادة الخامسة مكرر من ذلك القانون والمادة ١٠٨٨ من القانون المدني .
(جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠ الطعن رقم ١١٨ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٥٤١) .

وقد صرح المشرع بوجوب ملكية المدين للعقار وقت القيد ، لأن القيد والحصول على الاختصاص كانا يتمان في التقنين المدني القديم في يوم واحد . فكان هذا التقنين يوجب على كاتب المحكمة التي يصدر رئيسها الأمر بالاختصاص أن يقوم من تلقاء نفسه بقيد الاختصاص دون تأخير وفي ذات يوم صدوره (م ٥٩٦/٧٢٢) . فكان من غير المحتمل أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد الاختصاص وغير مملوك له وقت صدور الأمر بالاختصاص ، فألف الفقهاء أن يشترطوا ملكية المدين للعقار وقت قيد الاختصاص ، قاصدين بذلك أن تكون ملكية المدين للعقار وقت الحصول على الاختصاص ووقت قيد الاختصاص [1] .

فأخذ التقنين المدني الجديد بما جرى عليه الفقهاء في ظل التقنين المدني القديم ، فاشترط في المادة ١٠٨٨ مدني أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد الاختصاص ، قاصداً بذلك أن يكون مملوكاً أيضاً للمدين وقت الحصول على أمر الاختصاص [1] .

ولما كانت المادة ٢٠ من قانون الشهر العقاري تنص على أن " تتم إجراءات الشهر في جميع الأحوال بناء على طلب ذوي الشأن أو من يقوم مقامهم " ، فقد أصبح الآن من المحتمل أن يؤخذ الأمر بالاختصاص في يوم ويبطئ الدائن في قيده أياماً أو أسابيع . ولذلك جاز أن يكون المدين مالكاً للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص ، ثم يتجرد عن ملكيته بعد ذلك وقبل القيد . فكان الأول اشتراط ملكية المدين للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص ، ووقت قيد الاختصاص .

وقد تعددت الأحكام القضائية في الماضي تشترط ملكية المدين للعقار وقت الحصول على أمر الاختصاص ، وبأنه إذا أخذ اختصاص على عقار غير مملوك للمدين فإنه يكون باطلا ولا ينتج أي أثر ولو صار المدين مالكاً بعد ذلك . فقضت محكمة النقض في قضية كان يسري عليها التقنين القديم بأن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت صدوره ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين

---

(١) عبد السلام ذهني فقرة ٢٠٧ – محمد كامل مرسي في التأمينات الشخصية والعينية ١٩٣٨ فقرة ٤٧٩ .

(1) جرى – قضاء محكمة النقض – على أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي منذ وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر مالكاً لها طوال مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلي خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية فإن هذه الحقوق متى اكتملت مدة التقادم لا تسري في حق الحائز .

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٠ الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق) .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩ الطعنان رقما ١٧٨٣ ، ١٩٦٤ س ٥٢ ق) .

(جلسة ١٩٨١/٥/١٢ الطعنان رقما ٩٣٠ ، ٩٥٨ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ١٤٤٠) .

وقت تحديد القيد [1]. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن على الدائن طالب الاختصاص أن يتحقق من ملكية المدين ، وبأن من واجباته الأولية أن يدقق في فحص سندات الملكية المسجلة ، لأن تقديمه العريضة التي يطلب بها الاختصاص يعتبر تأكيداً رسمياً لاعتباره العقار المطلوب أخذ الاختصاص عليه مملوكاً للمدين [2] . وقضت أيضاً بأنه يجب لكي ينتج الاختصاص أثره أن يكون مأخوذاً على عقار مملوك للمدين ، ويقع على الدائن إثبات ملكية العقار للمدين [3] . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدين قد اشترى عقاراً ، فلا يجوز لدائنه أن يأخذ اختصاصاً على هذا العقار مادام المدين لم يسجل عقد شرائه [4] .

---

(١) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٥ ص ٣٦٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٣ ص ٦٢٩ — وقد قضت محكمة النقض بأن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكا للمدين وقت صدوره ، فلا يجوز أن يكون محله ما قد يؤول إلى المدين مستقبلا ، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقار قد آلت إلى المدين وقت تحديد القيد (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٥ ص ٣٦٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الدائن قد قيد اختصاصاً بعد أن باع المدين العقار وسجل المشترى عقده ، فإن الاختصاص يكون قد وقع باطلا لحصوله بعد انتقال ملكية العقار للمتصرف إليه (نقض مدني ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٣ ص ٦٢٩) . وقضت أيضاً بأنه إذ حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون قد وقع في هذا الحالة والعقار غير مملوك للمدين (نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاما ١ ص ٣٩٤) .

(٢) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٥٤ .

(٤) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٢ — وقضت أيضاً بأنه إذا أخذ الدائن اختصاصاً على حصة المدين الشائعة بعد تسجيل عقد القسمة الذي أنهى الشيوع ، كانت القسمة نافذة في حق الدائن ، وترتب على ذلك بطلان الاختصاص فيما يتعلق بما لم يقع في نصيب المدين من الأموال الشائعة (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٣١) — وقضت أيضاً بأنه إذا سجلت القسمة قبل الرهن أو الاختصاص الوارد على حصة شائعة في جميع الأموال الشائعة ، فإن الرهن أو الاختصاص لا ينتقل إلى كل الحصة المفرزة التي آلت إلى المدين ، بل إلى نصيب شائع فيها بنسبة الشيوع الأصلي ، لأن الرهن أو الاختصاص يكون قد ورد وقت قيده على أموال خرج بعضها من ملكية المدين ، فيبطل منه ما يتعلق بهذه الأموال، ويصح ما يتعلق بما وقع في نصيب المدين (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١). وأنظر أيضاً استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ١٤١ — ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ١٤١ — ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٤ ص ٢٠٦ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ — ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٤ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٥ — ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أخذ دائن حكما بدينه على مدينه ، وحصل به على اختصاص على أطيان للمدين باعها لآخر بعقد عرفي ، وقبل أن يحصل هذا الأخير على حكم بصحة التوقيع وتسجيله، فإنه يكون للدائن المذكور ، طبقاً لما نص عليه في المادة ٥٩٩ ، حق عيني على الأطيان المبيعة قبل أن يترتب لغيره أي حق عليها ، ويكون صاحب الأسبقية ومفضلا على غيره في الحصول على دينه (استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٣ ص ٨٨٠) .

٤٤٣ – على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار : وإذا ادعى غير الدائن ملكية العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص ، وقع على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه في حالة صدور أمر باختصاص الدائن بالعقار ، يقع على الدائن إثبات ملكية المدين للعقار أو ملكية مدعى الاستحقاق للعقار [١] . ولكن لا يحكم لمدعى الاستحقاق بملكية العقار ، لمجرد عجز الدائن عن إقامة الدليل على ملكية مدينه [٢] .

وقد اكتفت المحاكم من الدائن بأن يثبت حيازة المدين للعقار ، فيعتبر ذلك قرينة على الملكية لنقل عبء الإثبات إلى مدعى الاستحقاق [٣] . على ألاّ تكون هذه الحيازة غامضة ، وإلا بقي عبء الإثبات على الدائن [٤] .

§ ٣ – العقار جائز بيعه بالمزاد العلني

٤٤٤ – ما لا يجوز بيعه بالمزاد العلني : لما كان حق الاختصاص قد يؤدي إلى بيع العقار بالمزاد العلني إذا نفذ الدائن صاحب حق الاختصاص حق اختصاصه استيفاء لحقه ، لذلك اشترط القانون أن يكون العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص مما يجوز بيعه بالمزاد العلني .

فنصت المادة ١٠٨٨ مدني ، كما رأينا [٥] ، على أنه " لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات .... جائز بيعها بالمزاد العلني " .

فلا يجوز أخذ اختصاص على عقار موقوف وقفاً خيرياً ، لأن العقار الموقوف لا يجوز بيعه . وحتى بالنسبة إلى العقار الذي كان موقوفاً وقفاً أهليا ، نصت المادة ٥ مكررة ، التي أضيفت بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ إلى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي حل الأوقاف الأهلية ، على ما يأتي : " لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٣ – ٧ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٤٥ – ٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٢ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥ ص ٧ .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ – ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٧ – ٨ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٧ – سليمان مرقس فقرة ٢٠٩ .

(٥) آنفاً فقرة ٤٣٧ .

ينتهي فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة ، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون .... " ، وقد بنت محكمة النقض على ذلك أنه لا يجوز أخذ حق اختصاص على هذه الأعيان لديون سابقة على تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، وقالت في أسباب حكمها : " أن الشارع قصد استمراو الحماية التي أسبغها القانون فيما مضى على المستحقين في الأوقاف بالنسبة إلى أعيان الوقف ، فحظر على الدائنين السابقة ديونهم على إلغاء الوقف ... اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذه الأعيان ... وإنه وإن كان حق اختصاص الدائن بعقار مدينه ليس من إجراءات التنفيذ ، إلا أن هذا الحق ، وقد شرع ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ، وخول به صاحبه أ، ينفذ على العقار ويطلب بيعه وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات للبيوع الجبرية وأن يتتبع العقار في يد حائزه وأن يستوفى حقوقه متقدماً على الدائنين العاديين من ثمن هذا العقار أو من المال الذي حل محله ، فإن حق الاختصاص يصبح وثيق الصلة بإجراءات التنفيذ ، فلا تقوم لهذا الحق قائمة إلا حيث يجوز اتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة للعقار الذي يراد الاختصاص به ، ومن ثم فأن ما لا يجوز التنفيذ عليه من العقارات لا يجوز بالتالي أن يكون محلا لحق الاختصاص . وهذا هو ما قصدت إليه المادة ١٠٨٨ مدني فيما نصت عليه ، من أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني " [1] .

ولا يجوز أخذ حق اختصاص على حق استعمال أو على حق سكنى ، في غير الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها التصرف في هذا الحق [2] .

٤٤٥ – جواز أخذ اختصاص على خمسة الأفدنة التي لا يجوز التنفيذ عليها : وقد كانت المادة ١٠٨٨ مدني تتضمن في المشروع التمهيدي فقرة ثانية ،

---

(١) نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٨ ص ٥٤١ – وقد قضي هذا الحكم بأنه حتى كانت العين موقوفة ، وانتهى الوقف فيها ، وآلت ملكيتها إلى من عساه يكون صاحب الحق فيها طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فإنها تظل بمنأى عن التنفيذ عليها وفاء للديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون . ولا يجوز بالتالي لأرباب هذه الديون أن يستصدروا من آلت إليه ملكية هذه العين أمرا باختصاصهم بها إعمالا للمادة الخامسة مكررة من ذلك القانون والمادة ١٠٨٨ من القانون المدني (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٨ ص ٥٤١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشرط الذي ينص عليه في عقد البيع بأنه ليس للمشترى الحق في التصرف العين المبيعة حتى يوفى كل الثمن ، لا يحرم دائن المشترى من أخذ اختصاص على هذه العين ، ولا يعد هذا الاختصاص تصرفا من المشترى لأنه عمل خارج عن إرادته آت من جهة الغير (استئناف وطني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٨ ص ٦١) .

كانت تجرى على الوجه الآتي : " ومع ذلك يجوز الحصول على حق اختصاص على أرض المدين ، حتى لو لم تزد على خمسة أفدنة ، على أن يراعى في التنفيذ الشروط في القانون " . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة " لأن ملكية المدين لخمسة أفدنة فأقل لا تمنع من رهنها ، فحق الاختصاص يأخذ هذا الحكم دون حاجة إلى نص " [1] .

وعلى ذلك لم تحذف هذه الفقرة لعدم الأخذ بها ، بل حذفت لأن حكمها معروف ومقرر دون حاجة إلى نص .

والقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية في حدود خمسة أفدنة ، الذي استبدل بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ ، لا يمنع الدائن من أخذ اختصاص على أطيان مدينه الذي لا يملك أكثر من خمسة أفدنة ، وإنما يحول دون الحجز عليها ومباشرة نوع ملكيتها طالما بقي المدين محتفظاً بها وليس لديه غيرها .

ولكن مع ذلك يجوز أخذ اختصاص على خمسة الأفدنة هذه ، ويعمل حق الاختصاص هذا من وجهين :

(الوجه الأول) : إذا انتقلت ملكية خمسة الأفدنة هذه إلى شخص آخر أصبح يملك أكثر من خمسة أفدنة ، فإنه يجوز في هذه الحالة لصاحب الاختصاص أن يبيع بيعاً جبرياً خمسة الأفدنة ، بشرط أن يبقي عند المالك خمسة أفدنة على الأقل .

(الوجه الثاني) : إذا بقيت خمسة الأفدنة في ملكية صاحبها الأول ، ثم زادت ملكية إلى أكثر من خمسة أفدنة ، إلى عشرة مثلا . فإنه يجوز في هذه الحالة أن يبيع صاحب الاختصاص خمسة الأفدنة هذه ، بشرط أن يبقى لمالكها خمسة أفدنة على الأقل . فإذا زادت ملكية المالك إلى ثمانية أفدنة مثلا ، كان لصاحب الاختصاص أن ينـــزع من ملكيته خمسة الأفدنة المأخوذ عليها حق الاختصاص ملكية ثلاثة أفدنة فقط .

الفرع الثاني

الإجراءات

٤٤٦ – نصوص قانونية : نصت المادة ١٠٨٩ مدني على ما يأتي :

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

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٧ في الهامش في تاريخ المادة ١٠٨٨ مدني .

" 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 .

(ج) تاريخ الحكم وبيان المحكمة الذي أصدرته .

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

(هـ) تعيين العقارات تعييناً دقيقاً ، وبيان موقعها ، مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها .

ونصت المادة ١٠٩٠ مدني على ما يأتي :

" ١ – يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص " .

" ٢ – وإنما يجب عليه ، عند الترخيص به ، أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب ، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها ، إذا رأي أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين " .

ونصت المادة ١٠٩١ مدني على ما يأتي :

" على قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه هذا الأمر ، وعليه أيضاً أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص ، وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم التأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن " .

ونصت المادة ١٠٩٢ مدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الآمر ، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم أمام المحكمة الابتدائية " .

" ٢ – ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضي بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص " .

ونصت المادة ١٠٩٣ مدني على ما يأتي :

" 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 " [1] .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذه النصوص ما يأتي :

---

(١) تاريخ النصوص :

م ١٠٨٩ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٥ من المشروع التمهيدي ، وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة " وأنها مملوكة للمدين " من الفقرة الثانية (حرف هـ) ، وأصبح رقم المادة ١١٩٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، تحت رقم ١١٧٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، عدلت (هـ) من الفقرة الثانية بأن استعيضت عن عبارة " تعيين العقارات تعييناً دقيقاً جنساً ومحلا " عبارة " تعيين العقارات تعييناً دقيقاً ، وبيان موقعها " ، لأن التعيين الدقيق يتضمن من التفصيلات ما يتسع لما يصد من بيان الجنس ، واستبدلت بعبارة " أوراق تثبت " عبارة " الأوراق الدالة على " إذ لا يشترط في هذه الحالة تقديم مستندات قاطعة في الإثبات ، بل يشترط تقديم أوراق تدل على القيمة وإن لم تكن قاطعة في دلالتها ، وأصبح رقم المادة ١٠٨٩. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٦٧ — ص ١٧١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل لها . ولكن يقابلها المادة ٧٦٩/٦٨١ و ٧٧١/٦٨٣ من تقنين المرافعات القديم .

م ١٠٩٠ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٦ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١١٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٧٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧١ — ص ١٧٣) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل لها . ولكن يقابلها المادة ٧٧٠/٦٨٢ من تقنين المرافعات القديم .

م ١٠٩١ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٧ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً ، تحت رقم ١١٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٤ — ص ١٨٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

م ١٠٩٢ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٨ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ١١٩٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٥ — ص ١٧٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

م ١٠٩٣ : ورد هذا النص في المادة ١٥١٩ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد تحت رقم ١١٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٧ — ص ١٧٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . ولكن يقابلها المادة ٧٧٢/٦٨٤ من تقنين المرافعات القديم .

" ١ – تمر إجراءات الحصول على حق الاختصاص على المراحل الآتية : يقدم الدائن عريضة لرئيس محكمة العقار ، مصحوبة بصورة الحكم أو الشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم ، ويمكن الحصول على هذه الشهادة في نفس اليوم الذي صدر فيه الحكم. وتشمل العريضة البيانات التي تدون عادة في قائمة الرهن الرسمي المقدمة للقيد . ويلاحظ أنه اشترط أن يقدم الدائن أوراقاً تثبت قيمة العقارات وأنها مملوكة للمدين ، حتى يتبين للقاضي قيمة العقارات وملكيتها قبل أن يثقلها بحق الاختصاص .

" ٢ – ويدون رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص بعد أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار ، ويجوز أن يقصر الأمر على جزء من العقار . فإن رفض رئيس المحكمة الأمر بالاختصاص (أو قبل فتظلم المدين إليه فرفض) ، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية ... " .

" ٣ – وعند صدور الأمر بالاختصاص ، يجب على قلم كتاب المحكمة إعلانه للمدين في موطنه المبين بالعريضة في نفس اليوم الذي صدر فيه ، وهذا تحديد أريد به إخطار المدين بما تم ، حتى يتظلم إن كان هناك وجه للتظلم . ويؤشر بالأمر على صورة الحكم وعلى كل شهادة به أو صورة أخرى . وهذا أيضاً تحديد أريد به منع الحصول على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة ... وللمدين أن يتظلم للقاضي الذي أصدر أمر الاختصاص أو للمحكمة الابتدائية ... ولما كان الأمر بالاختصاص يقيد في نفس اليوم الذي يصدر فيه كما سيأتي ، وجب إذا صدر أمر بإلغائه أن يؤشر على هامش القيد بذلك " [1] .

فنتكلم هنا في أمرين : (١) الحصول على أمر اختصاص . (٢) تظلم المدين من أمر الاختصاص .

المبحث الأول

الحصول على أمر اختصاص

٤٤٧ – عريضة طلب الاختصاص : نصت المادة ١٠٨٩ مدني ، كما رأينا [2] ، على أن الدائن الذي يريد الحصول على أمر بالاختصاص عليه أن يقدم عريضة طلب الاختصاص إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٧٨ – ص ١٧٩ .

(٢) آنفاً فقرة ٤٤٦ .

وتشمل هذه العريضة اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي والموطن المختار ، واسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه ، وتاريخ الحكم وبيان المحكمة الذي أصدرته ، ومقدار الدين ويتولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً إذا كان الدين غير محدد المقدار فيعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص ، وتعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم أوراق تدل على قيمتها دون أن تقطع في هذه القيمة .

وتصحب العريضة بصورة رسمية من الحكم ، أو بشهادة من قلم الكتاب يدون فيها منطوق الحكم . وكان التقنين الأهلي السابق يوجب أن تكون العريضة مصحوبة بصورة الحكم ، فكان ذلك يؤخر تقديم الدائن لعريضة الاختصاص إلى أن تتم المحكمة كتابة الحكم وتوقيعه ، وقد تنقضي مدة طويلة قبل أن يتم ذلك . فينتهز المدين هذه الفرصة ، ليتصرف في عقاراته . أما التقنين المختلط فكان ينص على أن تقديم شهادة من قلم الكتاب بصدور الحكم ومضمونه يغني عن تقديم صورة الحكم ، ويمكن أخذ هذه الشهادة من قلم الكتاب في اليوم ذاته الذي يصدر فيه ا لحكم ، فأخذ التقنين المدني الجديد بما ورد في التقنين المدني المختلط ، فنص على أن العريضة تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم .

ويلاحظ أن تقنين المرافعات الجديد ينص على ما يأتي :

م ١٩٤ مرافعات : بعد استبدالها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ في الأحوال التي ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه في استصدار أمر ، يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى ، وتكون هذه العريضة من نسختين متطابقتين ومشتملة على وقائع الطلب وأسانيده وتعيين موطن مختار للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة وتشفع بها المستندات المؤيدة لها .

م ١٩٥ مرافعات : يجب على القاضي أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختي العريضة ، في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر . ولا يلزم ذكر الأسباب التي بني عليها ، إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره ، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلا .

م ١٩٦ مرافعات : يجب على قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من عريضته مكتوباً عليها صورة الأمر ، وذلك في اليوم التالي لصدوره على الأكثر .

٤٤٨ – التدوين في ذيل العريضة بالأمر بالاختصاص : ويدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالاختصاص . ويجب على الرئيس ، عند إصدار الأمر

بالاختصاص ، أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقار أو العقارات . فقد يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على عقار واحد منها أو جزء من عقار ، إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٩٠ مدني) .

٤٤٩ – الإجراءات التي تتبع في الأمر الصادر بالاختصاص : في نفس اليوم الذي يصدر فيه الأمر بالاختصاص ، يجب على قلم كتاب المحكمة إعلان المدين بهذا الأمر . ذلك أن المدين لم يكن حاضراً وقت صدور الأمر بالاختصاص ، ولم يكن حاضراً غير الدائن . فيستطيع المدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص ، ويتبع في ذلك إجراءات معينة سيأتي ذكرها .

وحتى لا يلجأ الدائن إلى محاكم مختلفة ، للحصول منها على أوامر بالاختصاص تزيد على ما يحتاج إليه، أوجب القانون على قلم كتاب المحكمة أن يتخذ أيضاً الإجرائيين الآتين:

(١) يؤشر بأمر الاختصاص على صورة الحكم ، أو على الشهادة المرفقة بالعريضة والمحرر فيها منطوق الحكم إذا لم يمكن الحصول على صورة الحكم ذاته . فيتعذر إذن على الدائن استعمال صورة الحكم أو الشهادة هذه ، للحصول على أمر آخر بالاختصاص دون أن يكون الآمر مطلعاً على أمر الاختصاص الأول .

(٢) يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم بالدين ، ليؤشر بأمر الاختصاص على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن . وبذلك إذا لم يستعمل الدائن الصورة أو الشهادة التي سبق له استعمالها للحصول على أمر الاختصاص الأول ، وطلب من قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم بالدين صورة أو شهادة أخرى ، كانت هذه الصورة أو الشهادة مؤشراً عليها بأمر الاختصاص الأول .

٤٥٠ – رفض رئيس المحكمة طلب الدائن وعدم صدور أمر بالاختصاص : وليس من الضروري أن يستجيب رئيس المحكمة لطلب الدائن . فقد يجد أنه لا محل لإعطاء أمر بالاختصاص . ويكون ذلك من بادئ الأمر ، أو يكون بعد تظلم المدين وسماع أقواله ولم تكن أقواله قد سمعت عند صدور الأمر الأول بالاختصاص .

عند ذلك يجوز للدائن أن يتظلم من رفض رئيس المحكمة لإعطائه أمر بالاختصاص ، ويكون تظلمه أمام المحكمة الابتدائية التابع لها رئيس المحكمة دون غيرها .

وتقول المادة ١٠٩٣ مدني في هذا الصدد : " 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 " .

وتقول المادة ١٩٧ من تقنين المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ : " لذوي الشأن ، الحق في التظلم إلى المحكمة المختصة ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك . ويكون التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة ، وتحكم فيه بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه . ويجب أن يكون التظلم مسبباً ، وإلا كان باطلا " .

ويبدو أن حكم المحكمة الابتدائية في التظلم يقبل الطعن فيه بالطرق المقررة ، فقد نصت المادة ٢/١٩٩ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أنه " ويحكم القاضي في التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ، ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام " .

المبحث الثاني

تظلم المدين من أمر الاختصاص

٤٥١ – جواز تظلم المدين من الأمر بالاختصاص : وإذا صدر أمر الاختصاص من رئيس المحكمة ، جاز للمدين ، الذي لم تسمع أقواله والذي أعلن بصدور الأمر بالاختصاص في يوم صدوره أن يتظلم من هذا الأمر .

وتقول المادة ١/١٠٩٢ مدني ما يأتي :

" يجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الآمر ، كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم أمام المحكمة الابتدائية " .

والتظلم لا يكون إلا مرة واحدة ، إما إلى الآمر أو إلى المحكمة الابتدائية .

٤٥٢ – التظلم إلى الآمر : فإذا تظلم إلى الآمر ، أي إلى رئيس المحكمة الذي أصدر أمراً بالاختصاص ، نظر الرئيس في هذا الأمر .

فإما أن يثبت عليه ولا يرى داعياً لإلغائه ، فيقضي في هذه الحالة بالتأييد .

أو ، بعد سماع المدين المتظلم ، يرى أن هناك ما يستوجب العدول عن أمر الاختصاص ، فيقضي بالإلغاء ، وعند ذلك يبطل الأمر بالاختصاص الذي صدر من قبل .

٤٥٣ – جواز استئناف قضاء الآمر : وهذا القضاء بالتأييد أو بالإلغاء يعتبر حكماً صادراً من محكمة ابتدائية .

فيجوز لكل من المدين في حالة التأييد ، والدائن في حالة الإلغاء ، أن يستأنف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف المختصة .

٤٥٤ – التظلم إلى المحكمة الابتدائية : وقد يرفع المدين تظلمه ، لا إلى الآمر ، بل إلى المحكمة الابتدائية التي يتبعها الآمر .

وتقضي المحكمة الابتدائية ، كما كان يقضي الآمر ، إما بالتأييد واستبقاء الأمر بالاختصاص ، أو بإلغاء الأمر بالاختصاص .

٤٥٥ – جواز استئناف حكم المحكمة الابتدائية : وفي الحالتين ، يجوز استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية أمام محكمة الاستئناف المختصة .

يستأنف المدين ، إذا صدر الحكم بتأييد الأمر بالاختصاص ، طالباً الإلغاء .

ويستأنف الدائن ، إذا صدر الحكم بإلغاء الأمر بالاختصاص ، إلغاء هذا الحكم .

٤٥٦ – التأشير على هامش القيد بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص: وإذا قيد الدائن الأمر الصادر بالاختصاص ، ثم صدر أمر أو حكم بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص ، وجب التأشير على هامش القيد بهذا الأمر أو الحكم ، ويكون ذلك بمثابة إلغاء للقيد ، وإلغاء للأمر الصادر بالاختصاص .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٢ مدني في هذا المعنى ما يأتي : " ويجب أن يؤشر على هامش القيد بكل أمر أو حكم قضي بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص " .

الفصل الثاني

آثار حق الاختصاص

٤٥٧ – نص قانوني : نصت المادة ١٠٩٥ مدني على ما يأتي :

" يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام، وبخاصة ما يتصل بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة " [١] .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي :

" ١ – ..... وقد يقيد قلم الكتاب حكماً صادراً بالاختصاص بدلا من أمر ، ويكون ذلك في حالة ما إذا رفض طلب الاختصاص ، فتظلم الدائن أمام المحكمة ، فحكم بقبول تظلمه وبإعطائه حق الاختصاص . أما إذا تظلم المدين من الأمر الصادر بالاختصاص، فحكم بتأييد الأمر ، فإن الحكم يؤشر به على هامش القيد " .

" ٢ – ... ...

٤٥٨ – دائن له حق اختصاص : ونفرض الآن أن دائناً حصل على حق اختصاص بعقار مدينه ، فإن هذا الدائن ، من حيث آثار حق الاختصاص ، يعتبر كدائن مرتهن رهناً رسمياً ، ويكون حق الاختصاص بمثابة حق الرهن الرسمي .

٤٥٩ – الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة وكذلك حق الاختصاص: والرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة ، بالنسبة إلى العقار المرهون ، وبالنسبة إلى الدين المضمون [١] .

فبالنسبة إلى العقار المرهون ، إذا فرض أن الدين انقسم على عدة أشخاص ، وأدى واحد منهم الجزء من الدين الذي هو مسئول عنه ، لم يجز شطب الرهن عن الجزء من العقار الذي اختص به إلا بعد سداد الدين كله ، لأن كل جزء من العقار المرهون مسئول عن كل الدين . وكذلك حق الاختصاص ، كل جزء من العقار المحمل به مسئول عن كل الدين .

وبالنسبة إلى الدين المضمون ، إذا انقضي جزء منه ، فإن العقار المرهون كله يبقى ضامناً لما بقي من الدين ، وكذلك العقار المحمل بحق الاختصاص ، فإنه يبقى كله ضامناً لأي جزء من الدين لم يسدد .

٤٦٠ – آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وآثار الاختصاص فيما بين الدائن والمدين : وقد سبقت لنا دراسة آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين، الراهن والمرتهن [٢] ، فنستعرض أهم المسائل في هذا الموضوع ، ونطبق الأحكام فيها على حق الاختصاص .

٤٦١ – إنشاء الراهن لحق الرهن : يلتزم الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن ، فإذا كان الراهن مالكاً للعقار المرهون ، أنشئ حق الرهن الرسمي عليه من تلقاء نفسه .

كذلك في حق الاختصاص ، لا يجوز للمدين ، بعد أن أخذ حق الاختصاص على عقاره ، أن يرتب على هذا العقار أي حق يشهر قبل قيد حق الاختصاص .

وكذلك ليس له أن ينـــزع شيئاً من هذا العقار ، كأن يبيع المواشي التي تخدم الأرض ، أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المباني ، فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها

---

(١) آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) أنظر فقرة ١٦٧ وما بعدها .

خالصة من حق الاختصاص ، فيكون عندئذ للدائن الرجوع على المدين بضمان التعرض الشخصي .

وفيما يتعلق بضمان المدين لحق الاختصاص من تعرض الغير ، إذا ادعى شخص أنه قد نشأ له حق ارتفاق على العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص ، فعلى المدين أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن أن يطالب بتقديم تأمين كاف أو يطالب بدفع الدين فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان المدين لتعرضه الشخصي ولتعرض الغير ، هو في الواقع من الأمر الجزاء الكافي على التزام المدين بضمان سلامة حق الاختصاص .

٤٦٣ – هلاك العقار أو تلفه : وقد قضت المادة ١٠٤٨ مدني ، فيما يتعلق بالرهن الرسمي ، بأنه إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً ، وبأنه إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ من سبب أجنبي ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً .

وكذلك في حق الاختصاص ، إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين ، كان الدائن مخيراً بين أن يقتضي 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 الدين فوراً .

وإذا هلك العقار أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الاختصاص بمرتبته إلى الحق الذي يحل محل العقار حلولا عينياً ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

٤٦٤ – عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار ولا من حيازته وكذلك المدين في حق الاختصاص : يبقى الراهن مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، وكذلك المدين في حق الاختصاص يبقى مالكاً للعقار وحائزاً له .

فيبقى للمدين في حق الاختصاص حق التصرف في العقار كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله ، ولا تتقيد سلطته في كل ذلك إلا بحق الدائن في حق الاختصاص ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين ، وقد ينتهي إلى التنفيذ على العقار واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن .

٤٦٥ – حق الراهن في استغلال العقار وكذلك حق المدين في الاختصاص : قضت المادة ١٠٤٤ مدني ، في حق الرهن الرسمي ، بأن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار .

وكذلك المدين في حق الاختصاص له الحق في إدارة العقار ، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار . ويبقى للمدين الحق في قبض ثمار العقار إلى وقت التحاقها بالعقار ، وهذا الوقت هو وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، إذا نفذ الدائن على العقار ونزع ملكيته .

٤٦٦ – إيجار العقار : هنا يجب التمييز بين إيجار تزيد مدته على تسع سنوات، وإيجار لا تزيد مدته على ذلك , والقاعدة في هذا هي نفس قاعدة الرهن الرسمي .

فإذا زادت مدة الإيجار الصادر من المدين على تسع سنوات ، فإن هذا الإيجار لا يسرى إلا لمدة تسع سنوات [1] ، إلا إذا كان مسجلا قبل الاختصاص فيسرى لكامل مدته.

وإذا لم تزد مدة الإيجار على تسع سنوات ، فإنه يجب ، حتى يسرى لكامل مدته في حق الدائن ، أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإنه لا يسرى في حق الدائن إلا في حدود الإدارة الحسنة .

٤٦٧ – قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها : المدين في حق الاختصاص كالراهن ، من حقه أن يقبض ما استحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فإن الأجرة في هذه الحالة تعتبر ثماراً مدنية لم تلحق بالعقار .

فإذا قبض المدين الأجرة مقدماً ، أو حول بها مقدماً ، فيجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة تزيد على ثلاث سنوات . فيجب تسجيل المخالصة أو الحوالة قبل قيد الاختصاص ، حتى تنفذ في حق الدائن لكامل المدة . فإذا لم تسجل قبل قيد الاختصاص ، فلا تسرى إلا لمدة ثلاث سنوات، مع وجوب أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى في حق الدائن إلا لمدة سنة واحدة .

(الفرض الثاني) أن تكون المخالصة أو الحوالة بالأجرة مقدماً عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات . فيشترط أن تكون المخالصة أو الحوالة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإنها لا تسرى في حق الدائن إلا لمدة سنة واحدة .

---

(١) بشرط أن يكون تاريخ ثابت سابق على تاريخ تنبيه نزع الملكية، وهو التاريخ الذي تلحق به الثمار بالعقار .

٤٦٨ – بيع الثمار قبل جنيها : الرأي الراجح أن المدين في الاختصاص ، كالراهن ، له أن يبيع الثمار قبل جنيها ، بشرط أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وإلا فإن البيع لا يسرى في حق الدائن ، ومن حق هذا الدائن أن يستبقى المحصولات في الأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ويجرى في توزيع ثمنها كما يجرى في توزيع ثمن العقار نفسه .

٤٦٩ – بطلان شرطي تملك العقار عند عدم الوفاء وبيع العقار دون إجراءات : والدائن إذا اتفق مع المدين ، في الاختصاص ، على أن يتملك العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص عند عدم وفاء المدين بما عليه ، كان هذا الاتفاق باطلا ، كما في الرهن .

وإذا اتفق الدائن مع المدين على أن يباع العقار المأخوذ عليه الاختصاص دون إجراءات ، إذا لم يوف المدين بما عليه ، كان هذا الاتفاق باطلا أيضاً كما في الرهن .

٤٧٠ – آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير – وآثار حق الاختصاص بالنسبة إلى الغير : يجب أن يقيد الدائن حق الاختصاص ، كما يجب أن يقيد الدائن المرتهن حق الرهن الرسمي ، حتى يكون الحق نافذاً في حق الغير ، بما يستتبعه من حق تقدم وحق تتبع . ويجب أولا أن يقيد الدائن صاحب الاختصاص حقه ، كما يقيد الدائن المرتهن حقه .

٤٧١ – شهر حق الاختصاص : ويخضع حق الاختصاص للقيد، كما يخضع حق الرهن الرسمي ، فإذا صدر أمر رئيس المحكمة أو حكم المحكمة بالاختصاص ، استخرج الدائن صورة رسمية محررة على الورق الأزرق الخاص ، وقدمها مع قائمة القيد إلى مكتب الشهر المختص لإجراء قيدها .

وقد جرى العمل على أن الصورة الرسمية المحررة على الورق الأزرق هي القائمة التي تشهر ، لأن هذه الصورة تتضمن جميع البيانات التي يجب أن تدرج في القائمة ، وهذا بشرط ألاّ ينقص بيان من بيانات الشهر ، وإلا كلف صاحب الشأن بتقديم قائمة .

٤٧٢ – إجراءات شهر حق الاختصاص : بعد صدور أمر الاختصاص ، تنسخ منه صورة طبق الأصل على الورق الأزرق ، متضمنة جميع البيانات الدالة على استيفائه مراحل الشهر التمهيدية ، وتقدم للمكتب المختص لشهرها بطريق القيد وتصويرها وإرسال الصور للجهات المختصة .

وتقوم المأمورية بمراجعة ملكية المدين ، للتأكد من أن أمر الاختصاص المطلوب يقع على عقار أو عقارات مملوكة للمدين .

ويقدم الدائن الذي يريد أخذ اختصاص عريضة بذلك ، متضمنة البيانات التي تتطلبها المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري بخصوص قائمة القيد [1] .

ويستحق على قيد أمر الاختصاص رسم نسبي قدره ¼ % من المبلغ الأصلي وملحقاته . أما عند تجديد هذا القيد ، فلا يحصل الرسم النسبي إلا على قيمة الزيادة فقط ، بخلاف رسوم التصوير ورسوم الحفظ .

٤٧٣ – شهر أمر إنقاص الاختصاص : ويترتب على أمر إنقاص حق الاختصاص تعديل في الأمر ذاته ، يقتضي شهر أمر الإنقاص ليسرى في مواجهة الغير .

ويختلف شهر أمر الإنقاص ، باختلاف موضوعه . فإذا كان الأمر يقضي بقصر حق الاختصاص على جزء من العقار ، فإن هذا الأمر يخضع للشهر بطريق التأشير الهامشي على هامش قيد حق الاختصاص نفسه . أما إذا كان أمر الإنقاص قد قضي بإحلال عقار محل العقار الذي رتب عليه الحق الأصلي ، فإن هذا الأمر الجديد واجب الشهر بطريق القيد ، ثم التأشير بمضمونه على هامش حق الاختصاص الأصلي .

---

(1) إن المادة ٣٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري تنص على أنه " إذا شهر المحرر بطريق القيد وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على بيانات معينة ليس من بينها ما يفيد إعلان المدين بأمر الاختصاص في نفس صدوره وفقا لما تقضي به المادة ١٠٨٩ من القانون المدني مما مفاده أن إجراء القيد يتم كقاعدة عامة في أي وقت بعد صدور الأمر بالاختصاص مادامت ملكية العقار المتخذ عليه حق الاختصاص للمدين ، دون انتظار الإعلان بأمر الاختصاص وفقا للمادة ١٠٩١ من القانون المدني إذ أن مصلحة صاحب حق الاختصاص تقتضي إجراء القيد في اقرب وقت حتى لا يتقدم عليه في المرتبة من يتوصل إلى قيد حقه قبله .

وكان الثابت بالحكم الابتدائي الذي تأيد بالحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول باشر إجراءات التنفيذ قد أشهر حق اختصاصه بأن قيده في ١٩٦٤/٦/١٠ برقم ٣١١٥ على العقارات المنفذ عليها وكانت الطاعنة (المعترضة) قد سجلت عقد شرائها من المدين والحكم الصادر من المحكمين بصحة ونفاذ عقد البيع في ١٩٦٤/٧/١٥ برقم ٣٧٤١ أي أن المطعون عليه الأول قيد حق اختصاصه بتاريخ سابق على تسجيل الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المشار إليه ولا عبرة في ذلك بتاريخ تسجيل مشارطة التحكيم على ما سلف البيان ، ولا يغير من ذلك قول الحكم المطعون فيه أن حكم المحكمين لم يسجل إلا ضمن أوراق تسجيل عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١٩٥٥/١٢/٢٥ وذلك في ١٩٦٤/٧/١٥ برقم ٣٧٤١ في حين أن حكم المحكمين قد سجل ، لأن النعي في هذا الخصوص بعد أن تبين أن قيد الاختصاص سابق على تسجيل حكم المحكمين يضحى غير منتج .

(جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ ق س ٣١ ص ١٧٠٧) .

ويجب أن يمر أمر الإنقاص في هذه الحالة الأخيرة بمراحل الشهر التمهيدية ، للتأشير عليه بالصلاحية للشهر قبل استصداره من رئيس المحكمة المختصة . ويكون للقيد الجديد مع التأشير بمضمونه ، نفس مرتبة حق الاختصاص الأصلي [1] .

٤٧٤ – أثر شهر حق الاختصاص : ويترتب على قيد أمر الاختصاص أن يسرى هذا الأمر في مواجهة الغير ، ويكون للدائن حق التقدم وحق التتبع على العقار الذي يتضمنه هذا الأمر .

والعبرة هي بأسبقية الشهر ، فإذا تم شهر اختصاصين في يوم واحد ، كانت الأسبقية لمن قام بشهر اختصاصه قبل الآخر بحسب الساعة التي تم فيها ، وفقاً لترتيب تقديمها لمكتب الشهر المختص [2] .

٤٧٥ – القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو : وكل ما قدمناه في قيد الرهن الرسمي ، وتجديد القيد ومحوه وإلغاء المحو [3] ، ينطبق على قيد الاختصاص وتجديده [4] ومحوه وإلغاء المحو ، فلا حاجة لتكرار ما قدمناه في ذلك .

٤٧٦ – حق التقدم : ويستعمل حق التقدم في الاختصاص ، كما يستعمل حق التقدم في الرهن الرسمي [5] .

ففيما يتعلق بالدين المضمون ، يشمل الدين أصل الدين ، وملحقاته وهذه تتضمن مصروفات القيد والتجديد وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد .

وفيما يتعلق بالمال ، فهو العقار المأخوذ عليه حق الإختصاص . فإذا هلك هذا العقار أو تلف ، انتقل الاختصاص بمرتبته إلى ما حل حلولا عينياً محل هذا العقار ، من تعويض أو مبلغ تأمين أو غير ذلك .

٤٧٧ – حق التتبع : ويستطيع الدائن صاحب حق الاختصاص أن يستعمل ، بمقتضى حقه ، حق التتبع في يد الحائز للعقار المفروض عليه حق التتبع .

---

(١) أنظر محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملا ص ٣٥٨ – ص ٣٥٩ .
(٢) محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملا ص ٣٦٠ .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨٩ – فقرة ٢٣٥ .
(٤) استئناف مختلط ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥١ .
(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٧ – فقرة ٢٦٠ .

وللحائز أن يقضى الدين ، أو يطهر العقار ، أو يخليه ، أو يتحمل إجراءات نزع الملكية .

٤٧٨ – قضاء الدين : ويختار الحائز عادة قضاء الدين ، إذا كان الدين أقل من ثمن العقار . ويدفع للدائن صاحب الاختصاص كل ما يجب دفعه له من دين وملحقات وفوائد ، ويجب دفع كل ذلك لأن الاختصاص غير قابل للتجزئة .

ويرجع الحائز ، بكل ما يوفيه للدائن صاحب حق الاختصاص ، على المدين وعلى المالك السابق للعقار ، كما له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق .

ويجبر الحائز على دفع الدين في حالتين : (١) إذا كان في ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار ، مبلغ مستحق الأداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبر الحائز على الوفاء بحقه . (٢) إذا اتفق الدائنون المقيدون جميعاً على أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته ، بقدر ما هو مستحق لهم .

٤٧٩ – تطهير العقار : ويجوز للحائز تطهير العقار ، ويختار عادة هذا الطريق إذا رأى أن قيمة العقار هي أقل من الديون المضمونة بالقيود . وقواعد التطهير في الرهن الرسمي [١] بتطبيق هذا في حق الاختصاص .

ونذكر هنا للتذكرة ، نقلا عن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [٢] ، أن التطهير يمر على المراحل الآتية :

(١) يسجل الحائز سند ملكيته إذا كان سنداً قابلا للتسجيل ... كالمشترى يسجل البيع ، والموهوب له يسجل الهبة ، والشفيع يسجل حكم الشفعة ، والموصى له يسجل الوصية . والغرض من ذلك تحديد الحقوق المقيدة على العقار ، بما في ذلك حق الاختصاص، لأنه متى سجل الحائز سند ملكيته فلا يمكن بعد هذا التسجيل أن يستجد دائن مقيد يكون قيده نافذاً في حق الحائز . أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل ، بأن كان عملا ماديا لا عملا قانونياً ، فلا سبيل للتسجيل في هذه الحالة . فالحائز الذي ملك بالتقادم عقاراً يستطيع أن يطهر هذا العقار دون أن يسجل شيئاً ، لأن التقادم واقعة مادية تستعصي على التسجيل .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٦ – فقرة ٣٠٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١١٧ – ص ١٢٠ .

(٢) بعد أن يسجل الحائز سنده على النحو المتقدم ، يستطيع أن يبدأ إجراءات التطهير ، دون حاجة إلى انتظار توجيه دائن مقيد إنذاراً له بالدفع أو التخلية ، ويبقى حقه قائماً في التطهير إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع . وأول إجراء في التطهير هو أن يوجه للدائنين المقيدة حقوقهم إعلاناً يشتمل على البيانات المذكورة في المادة ١٤٨٨ ، ومن بينها بيان يذكر فيه قيمة العقار التي يقدرها ، فقد يقدر قيمة أقل من الثمن أو أكبر منه ، ولكنه يتقيد بألا يقدر قيمة أقل من السعر الذي يتخذ في تقدير الثمن في حالة نزع الملكية ، ولا تقل في الوقت ذاته عن الباقي في ذمته من ثمن العقار . ولا يعرض الحائز ما يقدره عرضاً حقيقياً ، بل يكفي أن يظهر استعداده للدفع فوراً متى قبل عرضه ، أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة . فإذا أظهر هذا الاستعداد ، أصبح ملتزماً بالبقاء على ما عرضه ، ومصدر التزامه إرادته المنفردة .

(٣) وإذا وافق الدائنون المقيدون جميعاً على العرض الذي تقدم به الحائز ، أو سكتوا ستين يوماً من آخر إعلان رسمي ، اعتبر العرض مقبولا ، ووجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين بحسب مراتبهم ، أو يودعه خزانة المحكمة ، فيتطهر العقار من كل قيد ويمحى ما عليه من القيود .

أما إذا طلب أحد الدائنين المقيدين ، ويدخل فيهم الدائن صاحب الاختصاص ، أو كفيل له أو وكيل عنه وكالة خاصة ، بيع العقار ، فإن ذلك يكون بإعلان يوجه إلى الحائز في مدى الستين يوماً المشار إليها يطلب فيه عرض العقار للبيع في المزاد ، ولا تشترط زيادة العشر . ولكن يجب على الدائن أن يودع في خزانة المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع في المزاد ، ولا يسترد هذه المصروفات إذا وقع المزاد على الحائز لعدم تقدم مزايد بعطاء أكبر مما عرض . ومتى تقدم أحد الدائنين بطلب بيع العقار على النحو الذي تقدم ، وجب عرض العقار ، في المزاد ، ولا يجوز للدائن أن يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء .

(٤) يطرح العقار في المزاد، وتتبع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية . فإن عرض مزايد مبلغاً أكبر من القيمة التي عرضها الحائز ، وقد يكون المزايد هو الدائن الذي طلب البيع أو دائناً آخر أو أجنبياً أو الحائز زاد فيما كان قد عرض ولكن لا يجوز أن يكون المدين، رسا المزاد عليه ووجب أن يدفع ، إلى جانب العطاء الذي تقدم به ، المصروفات التي أنفقها الحائز في سند ملكيته ونفقات الإعلانات التي اقتضتها إجراءات التطهير ، ويرد إلى طالب البيع ما سبق أن قدمه لذلك .

وإذا لم يتقدم مزايد بعطاء أكبر ، خلصت للحائز ملكية العقار ، ولا يلتزم بدفع المبلغ الذي سبق أن عرضه . والمبلغ الذي يرسو به المزاد يودع خزانة المحكمة ، أو يدفع للدائنين بحسب مراتبهم ، فتنقضي الديون وتمحى القيود ، ويتم بذلك تطهير العقار .

٤٨٠ – تخلية العقار : وقد لا يختار الحائز قضاء الدين أو التطهير ، ولكن يختار تخلية العقار حتى لا تتخذ الإجراءات في مواجهته .

ويتخلى الحائز ، لا عن ملكية العقار ولا عن حيازته القانونية . وإنما عن حيازته المادية وحدها ، للحارس أو أمين العقار ، حتى تتخذ في مواجهته إجراءات نزع ملكية العقار ، بدلا من اتخاذها في مواجهة الحائز .

ويكون للحائز طلب التخلية من وقت إنذار الدائنين إياه بالدفع أو التخلية ، ويبقى هذا الحق قائماً إلى تاريخ رسو المزاد .

وتكون تخلية العقار بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس، تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك .

فإذا خلى الحائز العقار ، لم يعد من الممكن الاستمرار في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته ، ولو أنه يبقى مالكاً للعقار وحائزاً له حيازة قانونية .

وإذا تمت التخلية وعين حارس للعقار اتخذت إجراءات بيع العقار في مواجهة هذا الحارس ، ولا تختلف الإجراءات عن تلك التي تكون موجهة إلى الحائز نفسه .

ويجوز للحائز أن يدخل في المزاد ، وأن يرسو المزاد عليه ، كما في حالة البيع نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير ، وكما في حالة نزع الملكية في مواجهة الحائز نفسه .

فإذا رسا المزاد على غير الحائز ، انتقلت الملكية من الحائز إلى الراسي عليه المزاد ، وطبقت الأحكام التي تتعلق بنزع ملكية الحائز .

وإذا رسا المزاد على غير الحائز ، تأيدت ملكيته ، وطبقت أحكام رسو المزاد على الحائز في حالة بيع العقار نتيجة لاتخاذ إجراءات التطهير .

٤٨١ – تحمل إجراءات نزع الملكية: وإذا لم يختر الحائز تطهير العقار، ولم يقض الدين ، ولم يتخل عن العقار، فلا مناص من اتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهته .

ويجب لاتخاذ الإجراءات في مواجهة الحائز أن ينذر بالدفع أو التخلية ، بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه ، ولا يجوز الإنذار قبل التنبيه .

وقد أوجب المشرع التنبيه على المدين ، مع أن إجراءات البيع ستتخذ ضد الحائز ، لأن المدين هو المسئول الحقيقي عن الدين .

ويجب أن يسجل الإنذار بالدفع أو التخلية ، وأن يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه خلال ١٥ يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه ، وإلا سقط تسجيل التنبيه .

ويستمر الدائن في اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز ، ونزع ملكية العقار ، وهذه الإجراءات لا تختلف كثيراً عن تلك التي تتخذ ضد المدين .

٤٨٢ — نصوص حذفت : وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن ، في موضوع آثار الاختصاص ، عدداً من النصوص نذكرها هنا .

فقد كانت المادة ١٥٢١ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي :

" على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص ، وفي كل حال يجب أن يتم في نفس اليوم الذي صدر فيه الأمر أو الحكم " .

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة إذ لا محل له ، لأن القيد موكول ، في قانون تنظيم الشهر العقاري ، إلى ذوي الشأن يجرونه في الوقت الذي يختارونه .

ونصت المادة ١٥٢٢ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :

" ١ — يتم القيد بأن يدون في السجل طلب الاختصاص ، والأمر الصادر به من رئيس المحكمة أو الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية " .

" ٢ — ويبدأ القيد ببيان تاريخه ، ويذكر في هامشه رقمه المتتابع " .

ورأى مجلس النواب حذف هذه المادة ، لأنها أدخل في أعمال القائمين بالشهر .

ونصت المادة ١٥٢٣ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :

" إذا تأخر كاتب المحكمة عن قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي صدر فيه ، كان مسئولا عن تعويض الضرر الذي يترتب على تأخره " .

ورأت لجنة المراجعة حذف هذه المادة ، تبعاً لحذف المادة ١٥٢١ من المشروع التمهيدي .

ونصت المادة ١٥٢٤ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :

" ١ – الاختصاصات المقيدة في يوم واحد على عقار واحد تكون لها نفس المرتبة ، ولا يترتب على الرقم المتتابع ، ولا على الساعة التي تم فيها القيد إذا ذكرت في السجل ، أثر في تفصيل اختصاص على آخر "

" ٢ – وإذا قيد رهن واختصاص في يوم واحد ، قدم الرهن ، إلا إذا كان المدين قد رتب الرهن إضراراً بحقوق الدائن صاحب الاختصاص " .

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، إذ قد عدل عن مبدأ تقديم الرهن على الاختصاص ، وجعل الاختصاص كالرهن مرتبته تتحدد بالساعة التي قيد فيها ، فيتقدم على الرهن إذا قيد في نفس اليوم ولكن في ساعة أسبق .

ونصت المادة ١٥٢٥ من المشروع التمهيدي على ما يأتي :

" إذا كان المدين معسراً وقت قيد الاختصاص ، فلا يجوز للدائن الذي حصل على هذا الحق أن يتمسك به ، حتى لو كان حسن النية ، قبل أي دائن آخر حقه ثابت التاريخ وسابقاً على قيد الاختصاص " .

وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، اكتفاء بالحكم الوارد في باب الإعسار .

وقد ورد في الإعسار المادة ٢/٢٥٦ مدني على ما يأتي :

" على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " .

الفصل الثالث

إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه

٤٨٣ – الإنقاص والانقضاء : حق الاختصاص ، لأنه صادر بأمر القاضي أو بحكم المحكمة ، لا يبقى ثابتاً على حاله طول مدة بقائه .

فقد يطلب إنقاصه ، إذا كان مبالغاً فيه من أول الأمر ، أو ظهر بعد ذلك أنه مبالغ فيه. وتكون المبالغة فيه حتى أول الأمر آتية في الغالب من أن الحكم الذي أخذ الاختصاص على مقتضاه غير محدد القيمة ، وحددها رئيس المحكمة بما يزيد كثيراً على القيمة التي ظهرت فيما بعد . وتكون المبالغة فيه بعد ذلك آتية في الغالب من ارتفاع قيمة العقارات ، فترتفع قيمة العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص . وقد تأتي من أن المدين يدفع جزءاً من الدين ، فتصبح قيمة العقار المأخوذ عليه حق الاختصاص أكبر بكثير من الجزء الباقي من الدين .

وينقضي حق الاختصاص ، كما ينقضي حق الرهن الرسمي فيما مر إما بصورة تبعية، أو بصورة أصلية .

فنعقد مبحثين ، أولهما لإنقاص حق الاختصاص ، والثاني لانقضائه .

المبحث الأول

إنقاص حق الاختصاص

٤٨٤ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٩٤ مدني على ما يأتي :

" ١ – يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب ، إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين " .

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

" ٣ – والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، ولو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص " [١] .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذه المادة ، ما يأتي :

" ويجوز إنقاص حق الاختصاص إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً على الدين . ويكون ذلك إما من طريق تظلم المدين من الأمر الصادر من القاضي بإعطاء حق الاختصاص ، أو من طريق رفع دعوى أصلية بالإنقاص إذا انقضي ميعاد التظلم . كما يجوز رفع هذه الدعوى الأصلية بالإنقاص ، إذا اختل فيما بعد التناسب بين قيمة العقار ومبلغ الدين ، لزيادة قيمة العقار أو لنقص مبلغ الدين ..... " .

وكما يجوز للمدين أن يرفع دعوى الإنقاص ، يجوز كذلك لكل ذي مصلحة أن يرفع هذه الدعوى ، مثل ذلك دائن تال في المرتبة للدائن صاحب الاختصاص أو دائن عادى أو حائز للعقار . ومصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضي بالمقاصة حسب الأحوال . ويجوز أيضاً أن يتم الإنقاص دون حاجة إلى رفع دعوى ، بالاتفاق بين الدائن وطالب الإنقاص . والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، سواء أجرى باتفاق أو بحكم ، تكون على من طلب الإنقاص ، ما لم يكن هناك خطأ من الدائن ، بأن يكون هو الذي بالغ دون مبرر في أخذ اختصاص على عقار تزيد قيمته كثيراً على الدين ، فتكون المصروفات عليه في هذه الحالة ، ويكون إنقاص حق الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر مملوك للمدين وتكفي قيمته لضمان الدين " [٢] .

ونتكلم ، فيما يلي ، في المسائل الآتية :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢٦ من المشروع التمهيدي : على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ولكن المشروع كان لا يتضمن الفقرة الثالثة . وأضافت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثالثة ، أخذتها من المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدي من صدرها ، وجذفت الباقي من المادة اكتفاء بالقواعد العامة . والباقي من المادة هو " ١ – ..... ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه في هذه الحالة . ٢ – وإذا تقرر الإنقاص بمقتضى حكم ، فتكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضي بالمقاصة بحسب الأحوال " . وأصبح رقم المادة ١١٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١١٨٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٠ – ص ١٨٣) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٢ .

(١) الأسباب التي تدعو إلى إنقاص حق الاختصاص .

(٢) الوسائل التي لدى المدين أو غيره للإنقاص .

(٣) المدعى في الدعوى الأصلية للإنقاص .

(٤) كيف يكون الإنقاص .

(٥) مصروفات الإنقاص .

(٦) الاتفاق بين المدين والدائن على الإنقاص .

(٧) نصوص حذفت .

٤٨٥ – الأسباب التي تدعو إلى إنقاص حق الاختصاص : توجد أسباب متعددة تدعو إلى طلب إنقاص حق الاختصاص ، نذكر منها الأسباب الأكثر وقوعاً في العمل وهي ثلاثة :

١ – إذا بالغ الدائن في تقدير دينه بالأكثر ، أو في تقدير عقارات المدين بالأقل ، وذلك حتى يطمئن إلى صحة تقديراته . وقد وضع المشروع التمهيدي رقماً يوقف عنده لتقدير ما إذا كانت قيمة العقارات تزيد كثيراً على الدين ، فتكون كذلك إذا زادت وقت القيد أو بعده بقدر الثلث على مبلغ الدين أو على ما يتبقى منه . وقد أخذ هذا الرقم عن المشروع الإيطالي ، ولكن النص حذف ، وترك ذلك للتقدير الحر .

٢ – إذا ارتفعت قيمة العقارات ، فبعد أن كان العقار متناسباً مع قيمة الدين ، أصبح أعلى من هذه القيمة بكثير ، ووجب في هذه الحالة إنقاصه .

٣ – إذا رفع المدين فيما بعد جزءاً كبيراً من الدين ، بحيث إذا استنزل هذا الجزء أصبح الباقي من الدين يقل كثيراً عن قيمة العقارات . ففي هذه الحالة يتعين إنقاص العقارات المحملة بحق الاختصاص ، حتى تتناسب مع الباقي من الدين . ويجب إنقاص العقار دائماً كلما دفع المدين جزءاً كبيراً من الدين .

٤٨٦ – الوسائل التي لدى المدين أو غيره للإنقاص : وسنرى فيما يلي المدعي في دعوى الإنقاص ، أي من له مصلحة في طلب الإنقاص .

وإنما يكفينا هنا أن نحدد الوسائل التي يملكها صاحب المصلحة في طلب الإنقاص ، حتى يطلبه .

وهذه الوسائل هي : (١) تظلم المدين . (٢) ودعوى أصلية بطلب الإنقاص .

فإذا وجد تفاوت كبير بين قيمة العقار وقيمة الدين منذ البداية ، كان لدى المدين في هذه الحالة وسيلتان لطلب الإنقاص : (١) تظلم المدين ، مادمنا في المرحلة الأولى في طلب الاختصاص ، فيستطيع المدين جعل إنقاص الاختصاص سبباً أساسياً لتظلمه ، وقد فتح له باب التظلم في مبدأ الأمر كما رأينا . (٢) دعوى الإنقاص : فإن فاته التظلم ، رجع إلى دعوى أصلية يرفعها بطلب الإنقاص .

وإذا وجد التفاوت بين قيمة العقار والدين بعد ذلك ، لم يكن أمام الإنقاص إلا الدعوى الأصلية بالإنقاص دون غيرها .

ويجوز أيضاً أن يتم الإنقاص باتفاق ودي بين الدائن وطالب الإنقاص ، في جميع الأحوال . فإذا تم ذلك ، يجب أن يثبت هذا الاتفاق في ورقة رسمية ، حتى يمكن التأشير بها في هامش ، قيد حق الاختصاص .

٤٨٧ – المدعى في الدعوى الأصلية بالإنقاص: وأغلب ما يتم الإنقاص، أن يكون بدعوى أصلية يرفعها المدعي ، فمن هو المدعى ؟ .

أكثر ما يكون هو المدين نفسه، الذي له المصلحة الأولى في إنقاص حق الاختصاص.

وقد يكون دائناً تالياً للدائن صاحب الاختصاص ، وتكون مصلحته أنه متى ما تم إنقاص حق الاختصاص ، نقص ما يأخذه الدائن صاحب الاختصاص ، واتسع تبعاً لذلك ما يأخذه الدائن التالي للدائن صاحب الاختصاص .

ومثل ذلك يقال في الدائن العادي ، فإنه دون شك بعد الدائن صاحب الاختصاص ، فإذا أنقص حق الاختصاص ، اتسع لهذا الدائن العادي بقدر ما ضاق في نصيب الدائن صاحب الاختصاص .

وكذلك الحائز للعقار ، فقد حل محل المدين الذي كان يملك العقار قبله ، وكما أن للمدين مصلحة في الإنقاص تكون هذه المصلحة أيضاً للحائز .

٤٨٨ – كيف يكون الإنقاص : تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٤ مدني ، كما رأينا [1] ، ما يأتي :

" ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها ، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين " .

---

(١) آنفاً فقرة ٤٨٤ .

فهناك إذن طريقتان لإجراء الإنقاص :

(١) قصر حق الاختصاص على بعض العقارات ، أو على عقار واحد ، أو على جزء من عقار ، بحسب الأحوال . ويؤشر بالإنقاص في هامش القيد السابق ، فيصبح الاختصاص بمرتبته مأخوذاً على العقارات أو العقار أو جزء من العقار الذي أنقص إليه حق الاختصاص.

(٢) نقل الاختصاص إلى عقار جديد تكون قيمته متناسبة مع قيمة الدين . ويجب أن تكون قيمة هذا العقار ، بعد استنزال ما عليه من قيود سابقة إن كانت ، كافية لضمان الدين ، ويمحى القيد السابق الذي كان ضامناً قبل الإنقاص للدين ، ويجرى قيد جديد على هذا العقار الجديد ، يأخذ مرتبته من وقت قيده هو ، لا من وقت قيد الاختصاص الأول .

٤٨٩ — مصروفات الإنقاص : وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٠٩٤ مدني ، كما رأينا [١] ، على ما يأتي :

" والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، ولو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص " .

وقد قدمنا [٢] أن هذا النص هو مصدر المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدي ، وبقية النص ما يأتي :

" ١ — ..... ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه في هذه الحالة . ٢ — وإذا تقرر الاختصاص بمقتضى حكم ، تكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضي بالمقاصة حسب الأحوال " .

ويبدو أن نص المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدي حكمها معقول ، فيمكن العمل بهذا الحكم .

وعلى ذلك ، إذا كان الإنقاص بموجب حكم ، كانت مصروفات الدعوى على من خسرها ، وقد يقضي القاضي بالمقاصة في المصروفات ، بحسب الأحوال .

وإن كان الإنقاص ليس بموجب حكم ، بل كان بالاتفاق أو بناء على تظلم المدين ، تكون المصروفات على من طلب الإنقاص ، المدين أو الدائن التالي أو الدائن العادي أو الحائز . وذلك ما لم يكن هناك خطأ من الدائن ، بأن بالغ في التقدير من أول الأمر دون مبرر ، فتكون المصروفات على الدائن .

---

(١) آنفاً فقرة ٤٨٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٤ في الهامش في تاريخ النص .

وإذا كان طالب الإنقاص غير المدين، جاز له الرجوع بالمصروفات على المدين [1] .

٤٩٠ — الاتفاق مع الدائن على الإنقاص : وقد يجرى الإنقاص ، لا بحكم ولا نتيجة لتظلم المدين ، ولكن باتفاق ودي بين طالب الإنقاص والدائن ، فينقص الدائن طوعاً من حق الاختصاص ، لا سيما إذا كان هذا الإنقاص نتيجة لارتفاع قيمة العقارات ، أو لأن المدين قد دفع جزءاً كبيراً من الدين .

وقد قدمنا [2] أنه يجب أن يتم هذا الإنقاص في ورقة رسمية ، حتى يمكن التأشير بها في هامش قيد حق الاختصاص الأصلي . وهذا ما لم تكن نتيجة الإنقاص أخذ اختصاص على عقار جديد ، فعند ذلك يجب إجراء قيد جديد ، وقد تقدم بيان ذلك [3] .

٤٩١ — نصوص حذفت : وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن عدة نصوص حذفت ، وهي هي :

(١) كانت المادة ١٥٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " يعتبر قيمة الأعيان التي رتب عليها الاختصاص زائدة عما يكفي لضمان الدين إذا كانت ، وقت القيد أو بعده ، تزيد بقدر الثلث عن قيمة الحقوق المقيدة مع ملحقاتها ، أو تزيد على ما يتبقى من هذه الحقوق " . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنها لم ترد أن تأخذ كالمشروع الإيطالي بقيمة تقديرية هي الثلث ، بل تركت الأمر للظروف .

(٢) كانت المادة ١٥٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " ١ — المصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ، حتى لو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الإنقاص . ما لم يكن الإنقاص قد ترتب على خطأ الدائن ، فتكون المصروفات عليه في هذه الحالة . ٢ — وإذا تقرر الإنقاص بمقتضى حكم ، فتكون مصروفات الدعوى على من خسرها ، أو يقضى بالمقاصة فيها حسب الأحوال " . وقد نقلت لجنة المراجعة صدر الفقرة الأولى من هذه المادة إلى الفقرة الثالثة من المادة ١٠٩٤ مدني ، وحذفت بقية المادة اكتفاء بالقواعد العامة [4] .

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢١٧ ص ٣٤١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٦ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٩ .

(٣) كانت المادة ١٥٢٩ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " ينقضي حق الاختصاص بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي " . وقد حذفتها لجنة المراجعة ، اكتفاء بتعديل المادة ١٥٢٠ من المشروع التمهيدي [١] تعديلا يغني عن حكم المادة ١٥٢٩.

المبحث الثاني

انقضاء حق الاختصاص

٤٩٢ – انقضاء حق الاختصاص كانقضاء الرهن الرسمي : ينقضي حق الاختصاص بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي .

وقد ورد ذلك صراحة في آخر المادة ١٠٩٥ مدني ، فقد رأيناها [٢] تقول :

" ..... ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق ..... وانقضائه ..... " .

٤٩٣ – الانقضاء يتم بالاتفاق : فقد يتم انقضاء حق الاختصاص بالاتفاق، فيتفق الدائن مع المدين مثلا على انقضاء حق الاختصاص ، ومحو القيد المترتب على وجوده.

٤٩٤ – الانقضاء يتم بطريق تبعي : وقد يتم الانقضاء بطريق تبعي كالرهن ، فإذا انقضى الدين المضمون بالاختصاص بوجه من أوجه انقضاء الديون ، انقضى الاختصاص تبعاً لانقضاء الدين .

٤٩٥ – الانقضاء يتم بطريق أصلي : وقد ينقضي الاختصاص بطريق أصلي ، فينقضي هو وحده دون أن ينقضي الدين .

ويتم ذلك ، كالرهن الرسمي ، بتمام إجراءات التطهير ، وبيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني ، وبعدم سماح مرتبة الدائن صاحب الاختصاص باستيفاء حقه من العقار .

ويتم كذلك ، كالرهن الرسمي ، بنزول الدائن عن حق الاختصاص ، وباتحاد الذمة في العقار ، وبهلاك العقار .

---

(١) وتقابل المادة ١٠٩٥ مدني وجاء فيها أن انقضاء الاختصاص يكون كانقضاء الرهن الرسمي .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٧ .

الباب الثالث

الرهن الحيازي

تمهيـــــد

٤٩٦ – تعريف الرهن الحيازي : نصت المادة ١٠٩٦ مدني على أن " الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٠ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً، وأصبح رقمه ١٢٠٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٥ ، وفي لجنة مجلس الشيوخ ، استبدلت اللجنة بلفظ " عدل " لفظ " أجنبي " ، فصار النص تحت رقم ١٠٩٦ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩١ – ص ١٩٤) .

التقنين المدني السابق : م ٥٤٠ فقرة أولى / ٦٦٢ فقرة أولى : الرهن عقد به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنه أو في حيازة من اتفق عليه العاقدان تأميناً للدين ، وهذا العقد يعطى للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام ، وحق استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً بالامتياز على من عداه .

م ٥٤٨/٦٧١ : ويجوز رهن شيء تأمينا لدين على شخص غير الراهن .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٢٨ : رهن المنقول عقد يخصص بمقتضاه شيء منقول ، مادي أو غير مادي، بتأمين التزام ما .

م ١٠٣٠ : ١ – يتم رهن الشيء المادي بأن يسلم المدين – أو شخص آخر بالنيابة عنه – هذا الشيء إلى الدائن تأمينا لدين ما . ٢ – يجوز أن يسلم الشيء إلى شخص آخر يختاره الفريقان ، أو أن يوضع قيد الحراسة المشتركة على وجه لا يمكن معه الراهن أن يتصرف فيه بمعزل عن الدائن . ٣ – ويجوز أن يتم التسلم بأداء سند يحصر في متسلمه حق التصرف في ذلك الشيء . ٤ – وتطبق أيضاً على إنشاء رهن المنقول القواعد الخاصة المنصوص عليها في قانون التجارة بشأن حيازة الإسناد المنشأة لحاملها .

م ١٠٤٦ : من رهن ديناً له يلزمه أن يسلم المرتهن السند المثبت لهذا الدين .

م ١٠٥٥ : الرهن عقد يضع بموجبه المدين عقاراً في يد دائنه ، أو في يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان ، ويخول الدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماما . وإذا لم يدفع له الدين ، فله الحق بملاحقة نزع ملكية مدينه بالطرق القانونية .

م ١٠٥٦ : لا يجوز تخصيص الرهن لضمان التزام بعمل أو عدم عمله . =

ويؤخذ من هذا النص أن الرهن الحيازي تغير عما كان عليه في التقنين المدني القديم ، ففي التقنين المدني القديم ، كان الرهن الحيازي عقداً عينياً " به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنه أو في حيازة من اتفق عليه العاقدان تأميناً للدين " (م ٥٤٠ فقرة أولى /٦٦٢ فقرة أولى مدني قديم) . فكان لا يتم الرهن الحيازي ، إلا إذا وضع المدين الشيء المرهون في حيازة الدائن (أو في حيازة أجنبي يتفق عليه المتعاقدان) . أما في التقنين المدني الجديد ، فتسليم الشيء المرهون لم يعد ركناً في العقد ، بل صار مجرد التزام يتولد من العقد بعد تمامه في ذمة المدين ، أي أن الرهن الحيازي أصبح عقداً رضائياً ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين دون حاجة إلى التسليم ، بعد أن كان في التقنين المدني القديم لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول والتسليم . وفي هذا تقول المادة ١٠٩٦ مدني جديد ، كما رأينا، " الرهن الحيازي عقد يلتزم شخص ... أن يسلم إلى الدائن ... شيئاً ... " . فواضح من ذلك أن التسليم أصبح الآن مجرد التزام ، ولم يعد ركناً كما في الماضي ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : "يلاحظ من تعريف الرهن الحيازي أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمي في أنه عقد رضائي، وقد أصبح التسليم فيه التزاماً لا ركنا ..." [1] .

= التقنين المدني الليبي : م ١١٠٠ : الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء في أي يد يكون .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٢١ : الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوساً في يد المرتهن أو في يدل عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه ، كلا أو بعضا ، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التالين في المرتبة في أي يد كان هذا المال .

م ١٣٢٢ : ١ – يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون . ٢ – ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك .

م ١٣٢٣ : ١ – يد العدل كيد المرتهن ، فلو أنفق الراهن والمرتهن على إيداع المرهون عند أمين ، ورضي الأمين وقبض المرهون ، تم الرهن ولزم ، ولو اتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون ، تم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل جاز ذلك . ٢ – وليس للعدل أن يسلم المرهون للراهن أو للمرتهن بدون رضاء الآخر مادام الدين باقيا ، وإن أعطاه كان له استرداده ، وإذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته . ٣ – وإذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين ، وإن لم يحصل بينهم اتفاق فالمحكمة تضعه في يدل عدل تختاره .

قانون الملكية العقارية اللبناني : م ١٠٣ : الرهن عقد يضع بموجبه المديون عقاراً في يد عدل ، ويخول الدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماما . وإذا لم يدفع الدين ، فله الحق بملاحقة نزع ملكية مديونه بالطرق القانونية .

م ١٠٢ : لا يجوز تخصيص الرهن لضمان موجبات بعمل شيء أو بعدم عمله .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٣ .

وإلى جانب الحيازة وأنها ضرورية فقط لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير لا لانعقاد الرهن ، يوجد أيضاً الحبس . فالرهن الحيازي ، كما يؤخذ من التعريف المتقدم ، يستلزم أن حبس الشيء المرهون يثبت للدائن المرتهن حتى يستوفي الدين . أما بقية التعريف ، وأن الدائن المرتهن رهن حيازة يستوفي دينه متقدماً ومتتبعاً ، فهذه المعاني مشتركة بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد " رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمي ..... في أن العين المرهونة قد تكون عقاراً أو منقولا ، وفي أن الحيازة ضرورية لنفاذ الرهن في حق الغير ، وفي أن الحبس ثابت للدائن حتى يستوفي الدين . أما ترتيب حق عيني على الشيء المرهون يستوفي بمقتضاه الدائن الدين متقدماً ومتتبعاً، فهذه المعاني مشتركة بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي " [1] .

ونرى من ذلك أن التعريف جعل فرقاً بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي في الحيازة وأنها التزام في الرهن الحيازي ، وفي الحبس وأنه يبقى لحين استيفاء المرتهن رهن حيازة دينه ، وفي أن الشيء المرهون يصح أن يكون في رهن الحيازة منقولا أو عقاراً . وفيما عدا ذلك ، من حيث التقدم والتتبع ، حكم الرهن الحيازي هو حكم الرهن الرسمي .

٤٩٧ – خصائص عقد الرهن الحيازي : ومن خصائص عقد الرهن الحيازي أنه : (١) عقد رضائي يلزم للجانبين (consensual et synallegnatique) . (٢) عقد تابع (accessoire) . (٣) عقد غير قابل للتجزئة (indivisible) .

٤٩٨ – الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين : لم يكن الرهن الحيازي عقداً رضائياً في التقنين المدني القديم ، بل كان عقداً عينياً كما قدمنا . فكان لا ينعقد ، إلا إذا تم تسليم الشيء المرهون تسليماً فعلياً إلى الدائن [2] أما في التقنين المدني الجديد، فقد أصبح الرهن الحيازي عقداً رضائياً، ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين، ولا ضرورة لتسلم الشيء المرهون إذ التسليم التزام لا ركن [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ص ١٩٣ .

(٢) الإسكندرية ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣١ . وقبل التسليم كان العقد مجرد وعد بالرهن ، فيجوز للقاضي أن يجبر الواعد على تسليم العين ، ويجوز أن يحكم عليه بتعويض لعدم التسليم (استئناف وطني ١٩ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١١١ ص ٣٦٧) .

ولكنه لا يكون رهناً إلا من وقت تسليم الشيء إلى الدائن (بون فقرة ١٠٦٤ – جيوار فقرة ٢٠ – بودري ودي لوان فقرة ٧) ، لا قبل ذلك (استئناف مختلط ٣٢ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٣٦) .

(٣) وقبل التسليم يتم الرهن الحيازي ويترتب الحق العيني ، ويستطيع الدائن أن ينفذ بحقه محل العين المرهونة باعتباره دائناً مرتهناً ، ولكن لا يتقدم ولا يتبع لأن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم (محمد كامل مرسي فقرة ٢٧٢ ص ٣٥١) .

وكان الرهن الحيازي ، عندما كان عقداً عينياً في التقنين المدني القديم وكان تسليم الشيء المرهون ركناً لا التزاماً ، يعتبر في الغالب عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب الدائن المرتهن . فإن هذا الدائن يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره ورده عند انقضاء الرهن وتقديم حساب عن ذلك ، أما المدين فكان لا يلتزم حتى بالتسليم لأن التسليم كان ركناً لا التزاماً [1] . أما في التقنين المدني الجديد ، فلا شك في أن الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين ، إذ على جانب التزامات الدائن المرتهن التي سبق ذكرها يلتزم المدين الراهن بتسليم العين المرهونة ، منقولا كانت أو عقاراً ، إلى الدائن المرتهن ، فقد أصبح التسليم التزاماً في ذمة المدين لا ركناً في العقد . فيختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي في ذلك ، فإن الرهن الرسمي هو عقد ملزم لجانب واحد ، هو جانب الراهن ، أما الدائن المرتهن فلا يلتزم بشيء [2] .

٤٩٩ – الرهن الحيازي عقد تابع : فهو يستلزم وجود التزام أصلي يضمنه، شأنه في ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمي وحق الاختصاص . وهذا الالتزام الأصلي ، إذا كان باطلا أو قابلاً للإبطال أو انقضى ، يتبعه الرهن الحيازي في ذلك فيكون باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً [3] .

---

(١) لوران ٢٨ فقرة ٤٣٧ – جيوار فقرة ٢٠١ .

(٢) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ٢٢ وفقرة ٢٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢ – ولكن لا يترتب على بطلان الرهن الحيازي ذاته أو قابليته للإبطال أو انقضائه أن يكون الالتزام الأصلي مثله ، فقد يكون الالتزام الأصلي في هذه الحالة صحيحاً قائماً ، لأن الالتزام الأصلي متبوع لا تابع والمتبوع قد يبقى مع زوال التابع (بودري ودي لوان فقرة ٩) .

وإذا كان الراهن غير المدين ، أي كان كفيلا عينياً ، فللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به ، وأن يتمسك أيضاً بأوجه الدفع المتعلقة بالالتزام الأصلي من بطلان أو انقضاء حتى لو نزل المدين عنها (محمد كامل مرسي فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢) . وقد نصت المادة ١٠٩٨ مدني على أن المادة ١٠٤٢ مدني تسري على الرهن الحيازي ، وتنص المادة ١٠٤٢ مدني على ما يأتي : " ١ – لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له صحته في انقضائه ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . ٢ – وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك به من أوجه الدفع الخاصة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين " .

وإذا كان الالتزام الأصلي تجارياً [1] ، كانت المنازعات الخاصة بانعقاد الرهن وتنفيذه من اختصاص المحكمة التجارية ، ولو كان من قرر الرهن ليس بتاجر [1] . ولا يشترط في الرهن التجاري شكل خاص ، ويجوز إثباته بجميع طرق الإثبات [2] .

والالتزام الأصلي الذي ضمنه الرهن الحيازي يصح أن يكون محله ، كما هو الغالب، مبلغاً من النقود . ولكن يصح أيضاً أن يكون محله التزاماً بعمل ، أو بالامتناع عن عمل ، أو بنقل حق عيني [3] .

ويصح أن يكون الالتزام الأصلح مقروناً بأجل ، أو معلقاً على شرط . وعند ذلك يكون الرهن الحيازي ذاته مقروناً بنفس الأجل ، أو معلقاً على نفس الشرط .

وفي أكثر الأحوال ، يضمن الرهن الحيازي قرضاً كالتزام أصلي ، ولكن قد يعقد الرهن الحيازي لضمان التزامات ناشئة عن بيع إو إجارة أو شركة أو أي عقد آخر [4] .

---

(1) إن النص في المادة ١٠٩٦ من القانون المدني على أن " الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخول حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون " يدل على أن الرهن الحيازي عقد تابع يستلزم وجود التزام أصلي يضمنه ويتبعه في وجوده وانقضائه وأوصافه ، فإذا كان الالتزام الأصلي تجارياً اعتبر الرهن عملا تجارياً ، ولما كان من المقرر أن جميع أعمال البنوك تعتبر أعمالا تجارية طبقا لنص الفقرتين ٤ ، ٥ من المادة الثانية من قانون التجارة ولو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر ، وكان فتح الاعتماد هو عقد يتم بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة فيكون لهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التي يراها ، فإذا كان الاعتماد مصحوباً برهن حيازي لضمان رد المبالغ التي يسحبها العميل من الاعتماد المفتوح لصالحه اعتبر الرهن في هذه الحالة عملا تجاريا لا يسري عليه ما يتطلبه القانون من إجراءات لنفاذه في حق الغير بل يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ، ذلك أنه طبقاً للمادة ٧٦ من القانون التجاري بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذي يعقد ضماناً لدين تجاري بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير ، ومن ثم فإن القانون التجاري يكتفي لنفاذ الرهن في حق الغير بانتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقا لما تقضي به المادة ٧٧ من قانون التجارة ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد في أية ورقة .
(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ س ٣٤ ص ٨٢٥) .

(١) لوران ٢٨ فقرة ٤٣٦ — بون فقرة ١٠٦٠ — جيوار فقرة ١٩ — بودري ودي لوان فقرة ٩ — دي هلتس فقرة ٤ — محمد كامل مرسي فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٢ — استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٢٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ١٠ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٥ .

(٤) محمد كامل مرسي فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٥ .

وقد يضمن الرهن الحيازي التزاماً أصليا هو التزام مستقبلي أو احتمالي [1] ، كالتزام الناتج من فتح اعتما د [2] ، ويسقط الرهن إذا كان الالتزام الأصلي لا يتولد [3] . وقد نصت المادة ١٠٤٠ مدني [4] على ما يأتي : " يجوز أن يترتب ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين " [5] .

٥٠٠ – الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة : وتنص المادة ١٠٤١ مدني [6] على ما يأتي :

" 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 يقض الاتفاق بغير ذلك".

فإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي جزءين متساويين ، وكان الشيء المرهون عقاراً أو منقولا متساوي القيمة ، كان كل جزء من الدين مضموناً بكل الرهن ، وكان كل جزء من الرهن ضامنا لكل الدين .

فلو قسم الدين المضمون إلى جزئيه المتساويين وحول كل جزء منهما إلى شخص ، لم يجز لأي شخص من الشخصين المحال لهما أن يدفع نصف الدين ليخلص جزءه ، بل إن جزءه مضمون بكل الرهن لا بنصفه فقط ، وما لم يدفع كل الدين وبقى منه نصفه مثلا ، فإن الرهن كله يبقى ضامناً لهذا النصف الذي لم يدفع.

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٤٩ .

(٢) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٣) جيوار فقرة ١٤٣ – بودري ودي لوان فقرة ١٠ بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٧٥ – دي هلتس فقرة ٥ – هالتون ص ٢٥٠ – ٢٥١ .

(٤) وتنطبق على الرهن الحيازي بموجب المادة ١٠٩٨ مدني .

(٥) ويجوز أن يكون الالتزام الأصلي التزاماً يعقده مدين ناقص الأهلية وفي هذه الحالة يكون الراهن كفيلا عينياً ، كما يجوز أن يكون الالتزام الأصلي التزاماً طبيعياً ولكن يكون التزام الراهن التزاماً طبيعياً كذلك ولا يمكن إجبار الراهن على تنفيذه (بودري ودي لوان فقرة ١٠ – جوسران ٢ فقرة ١٥١٦ – بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٧٣ ص ٣٥٤ .

(٦) وهي متعلقة بالرهن الرسمي ولكنها لا تسرى على رهن الحيازة بموجب المادة ١٠٩٨ مدني .

ولو قسم الشيء المرهون ، فأعطى العقار لشخص والمنقول لآخر ، ودفع من أخذ المنقول نصف الدين ، لم يخلص منقوله بذلك ، بل يبقى مرهوناً على نصف الدين الذي لم يدفع .

وهكذا يصدق القول بأن كل جزء من الدين مضمون بكل الرهن ، وبأن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين ، وهذا هو المعنى المقصود من القول بأن الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة [1] [1] .

وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن (sa nature) لا من مستلزماته (non de l'essence) ، فيجوز الاتفاق على عكس ذلك وعلى أن بعض الرهون يتخلص بوفاء بعض الدين [2] .

٥٠١ – الرهن الحيازي والرهن الرسمي : يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي فيما يأتي :

(١) **من حيث العقد** : الرهن الحيازي عقد رضائي فلا تشترط فيه الرسمية ، فأي إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي يكفيان في عقد الرهن الحيازي . أما الرهن الرسمي، فقد رأينا أنه يشترط فيه أن يكون العقد رسمياً ، فلا ينعقد بعقد عرفي .

(٢) **من حيث المحل** : محل الرهن الحيازي يصح أن يكون عقاراً وأن يكون منقولا، وليس القيد ضرورياً لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير إلا إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً . أما الرهن الرسمي ، فلا يكون محله إلا عقاراً ، ولا يقع على منقول ، ولذلك يكون القيد ضرورياً في الرهن الرسمي ليكون الرهن نافذاً في حق الغير ، ولا يرهن منقول رهناً رسمياً .

---

(١) وإذا ضاع بعض المرهون أو هلك ، فإن الباقي من المرهون يبقى مرهوناً في كل الدين (دعوى هلتس فقرة ٨) . وينبني على عدم قابلية الرهن للتجزئة أو دعوى بطلان الرهن تكون أيضاً غير قابلة للتجزئة ، فلا يجوز أن يستقل برفعها بعض المدنيين دون بعض (نقض فرنسي ٢٨ أبريل سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٧ –١ – ٢١٩).

(1) مفاد ما تنص عليه المادة ١٠٤١ من القانون المدني من 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 يقضي الاتفاق بغير ذلك ، أن الرهن على العقار غير قابل للتجزئة ، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضى جزء من هذا الدين بقي العقار المرهون ضامناً لما بقي من الدين ، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين .
(جلسة ١٩٧٣/٧/١١ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٣٦ ق س ٢٤ ص ١٠٠٠) .

(٢) لوران فقرة ٥٠٣ – جيوار فقرة ٦٢٧ – بودري ودي لوان فقرة ١٠٣ – نقض فرنسي ١٨ ديسمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧ – ١ – ٣٠٧ .

(٣) **من حيث المضمون** : يخول الرهن الحيازي حبس الشيء المرهون ، منقولا كان أو عقاراً ، حتى يستوفى الدائن دينه . أما الرهن الرسمي ، فلا يخول الدائن حق الحبس ، وكل ما للدائن إذا حل دينه هو أن ينفذ على العقار المرهون رهناً رسمياً ، متقدماً ومتتبعاً .

(٤) **من حيث الحيازة** : في الرهن الحيازي يوجد التزام على الراهن هو أن يسلم الشيء المرهون ، منقولا كان أو عقاراً ، للدائن المرتهن (أو أجنبي) يحافظ عليه ويديره ويستغله . أما في الرهن الرسمي ، فيبقى العقار المرهون في حيازة الراهن ، ولا ينتقل منه إلى أحد .

ويشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي فيما يأتي :

(١) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي لا ينشأ إلا من عقد ، فلا ينشأ بحكم كما في الاختصاص ، ولا بنص في القانون كما في حقوق الامتياز .

(٢) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً عينياً ، أي سلطة مباشرة على مال معين ، فينفذ قبل الكافة .

(٣) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً تبعياً ، فيتبع الحق المضمون وجوداً وعدماً . ويجوز للراهن أن يتمسك قبل المرتهن بكل الدفوع التي تؤثر في الحق المضمون [١] .

(٤) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يتضمن حقاً لا يتجزأ ، فتبقى سلطة الدائن المرتهن على المال المرهون كله ، حتى يستوفى كل الدين المضمون [٢] .

(٥) كل من الرهن الحيازي والرهن الرسمي يخول الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة ، مستعملا في ذلك حقي التقدم والتتبع .

وواضح أن عقد الرهن الحيازي سبق عقد الرهن الرسمي في الوجود . فعقد الرهن الحيازي موجود في الشرائع القديمة ، وكان بعض هذه الشرائع لا يعرف الرهن الرسمي . وقد عرفت الشريعة الإسلامية رهن الحيازة ، وكانت الحيازة تنتقل فيه بدلا من انتقال الملكية التي كانت تنتقل في أول الأمر ، ولا تكاد الشريعة الإسلامية تعرف الرهن الرسمي .

---

(١) وإذا تقرر بطلان الدين بسبب عدم أهلية المدين ، فإن الرهن المقدم من غير المدين تأميناً لهذا الدين يبطل تبعاً لذلك ، ويتعين رد المرهون إلى الراهن (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٩) .

(٢) استئناف وطني ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ رقم ٤٠٤ ص ٤٥٩ — استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٢٩ ص ٥١٥ .

٥٠٢ – الرهن الحيازي في مصر : وبالرغم من تفوق الرهن الرسمي على الرهن الحيازي ، إلا أن الرهن الحيازي لا يزال محتفظاً ببعض المزايا . فالرهن الحيازي لا يحتاج إلى رسمية في عقده ، ويحتاجها الرهن الرسمي . والرهن الحيازي يرد على العقار وعلى المنقول ، في حين أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار فلا يرد على منقول .

هذه المزايا ، وإلى جانبها بل أهم منها ألفه الناس ، وبخاصة في الريف ، التعامل بالرهن الحيازي أكثر من التعامل بالرهن الرسمي ، جعلت رهن الحيازة لا يزال في ازدهار إلى اليوم ، لا سيما بين الفلاحين حيث يعتبر رهن الحيازة من أهم وسائل الائتمان . فحيازة المال المرهون واستثماره والاحتفاظ بغلته خصما من الفوائد وأصل الدين ، يعلق عليها الدائنون في الريف أهمية كبيرة . فينتقل إلى الدائن تكليف العقار المرهون ، ويوفر ذلك عنده مزيداً من الطمأنينة . ويستغل المال المرهون ، حتى يستوفى من غلته دينه ، ثم يرده بعد استيفاء الدين .

ولا شك في أن رهن الحيازة لا يزال له مكان مرموق ، ولن يزول هذا المكان إلا إذا توافر لدى الفلاح من الإدارة المنظمة ومن التخصص في المطالبة والتنفيذ ما يجعله في غير حاجة إلى حيازة المال المرهون . وعند ذلك يرجح الفلاح الرهن الرسمي على رهن الحيازة ، أسوة بالمصاريف وبالبيوت المالية الكبيرة .

وقد اخذ الرهن الرسمي في الانتشار ، بعد أن أنشئت مأموريات كثيرة لتوثيق العقود الرسمية في جميع البلاد ، وبعد أن أصبح الرهن الحيازي العقاري خاضعاً للقيد كالرهن الرسمي [1] .

٥٠٣ – نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية : وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في النظرة العامة بشأن رهن الحيازة ، ما يأتي :

" لم يلتزم التقنين الحالي (السابق) في ترتيب نصوص رهن الحيازة منطقاً ظاهراً ، أما المشروع فقد رتب هذه النصوص ترتيباً منطقياً ، فبسط القواعد العامة لرهن الحيازة متوخياً نفس الترتيب الذي اتبعه في الرهن الرسمي ، وفي حق الاختصاص ، بأن ذكر أركان الرهن ، وخص بالذكر الراهن والمال المرهون والدين المضمون . وأحال في كثير من هذه المسائل على أحكام الرهن الرسمي ، ثم بسط آثار الرهن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير . فذكر في آثار الرهن فيما بين المتعاقدين التزامات الراهن والتزامات المرتهن ، ويتبين من ذلك أن رهن الحيازة عقد ملزم للجانبين في حين أن الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد . أما في آثار

---

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٢٠ .

الرهن بالنسبة للغير ، فقد عرض المشروع كما يترتب على رهن الحيازة من الحق في الحبس وفي التقدم والتتبع ، وانتهى بالأسباب التي ينقضي بها الرهن ، بصفة تبعية أو بصفة أصلية . ثم عرض المشروع بعد ذلك للقواعد الخاصة بالرهن إذا وقع على عقار أو على منقول أو على دين " .

" وقد استحدث المشروع نصوصاً أدخل بها كثيراً من التعديلات على أحكام التقنين الحالي (السابق) وتدارك بها وجوه النقص والاقتضاب في هذه الأحكام ، ويتلخص أهمها فيما يأتي : "

" ١ — جعل المشروع رهن الحيازة عقداً رضائياً ، وهو عقد عيني في التقنين الحالي (السابق) " .

" ٢ — أخضع المشروع رهن الحيازة لنظام القيد ، وهو خاضع في التقنين الحالي (السابق) لنظام التسجيل . ونظام القيد لرهن الحيازة خير بكثير من نظام التسجيل ، لأن القيد يجدد كل عشر سنوات كما تقدم . فيمكن عند البحث عما يثقل العقار من رهون الحيازة ، أن يقتصر البحث على عشر سنوات كما هو الأمر في الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وكلها خاضعة لنظام القيد " .

" ٣ — بين المشروع بعض أحكام الكفيل العيني الذي قدم رهناً حيازياً ، فقرر أنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن ، ويكون له حق الدفع بالتجريد ، ويجوز له التمسك بما للمدين من الدفوع " .

" ٤ — بين المشروع بوضوح ما هي التزامات الراهن ، فهو يضمن الرهن ، ولا يجوز أن يأتي عملا ينقص من قيمته ، ويضمن هلاك الشيء المرهون على النحو المقرر في الرهن الرسمي " .

" ٥ — يسر المشروع كثيراً من إجراءات بيع الشيء المرهون إذا كان منقولا ، فأجاز بيعه بسعره في البورصة أو السوق حتى قبل حلول الدين إذا كان مهدداً بالهلاك أو عرضت فرصة ملائمة للبيع . بل يجوز للدائن أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه المنقول وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء " .

" ٦ — طبق المشروع أحكام الرهن في حالة ما إذا كان الشيء المرهون ديناً ، فعرض لتفصيلات هامة لا نجدها في التقنين الحالي (السابق) " [1] .

---

(١) أنظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨٩ — ١٩٠ .

٥٠٤ – خطة البحث : وسنبحث الرهن الحيازي ، على النحو الذي اتبعناه في الرهن الرسمي ، في فصول ثلاثة ، ونزيد فصلا رابعاً كما فعل التقنين الجديد نتكلم فيه في بعض أنواع الرهن الحيازي إذا وقع على عقار أو منقول أو دين .

وعلى ذلك نعقد فصولا أربعة :

(١) الفصل الأول – إنشاء الرهن الحيازي .

(٢) الفصل الثاني – آثار الرهن الحيازي .

(٣) الفصل الثالث – انقضاء الرهن الحيازي .

(٤) الفصل الرابع – بعض أنواع الرهن الحيازي (العقار والمنقول والدين) .

الفصل الأول

إنشاء الرهن الحيازي

٥٠٥ – عقد الرهن الحيازي عقد رضائي – أركانه : رأينا أن عقد الرهن الحيازي ، بعد أن كان في التقنين المدني السابق عقداً عينياً ، أصبح الآن في التقنين المدني الجديد عقداً رضائياً ، ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي ، دون حاجة إلى رسمية في الرهن الرسمي ، ودون حاجة إلى نقل الحيازة كما في التقنين المدني السابق وقد أصبح نقل الحيازة في التقنين المدني الجديد التزاماً في العقد لا ركناً فيه .

ويلفت النظر في رهن الحيازة أركانه ، وهي :

(١) المتعاقدان ، وهما الراهن والدائن المرتهن .

(٢) المال المرهون ، وقد يكون عقاراً أو منقولا .

(٣) الدين المضمون ، وهو كالدين المضمون في الرهن الرسمي .

فنتكلم في إيجاز في كل من هذه الأركان الثلاثة ، ونعقد لكل منها مبحثاً .

المبحث الأول

المتعـــاقدان

٥٠٦ – الراهن قد يكون المدين أو كفيلا عينياً : في أغلب الأحوال يكون الراهن هو نفس المدين ، يرهن شيئاً من ماله رهن حيازة تأميناً لقرض حصل عليه أو تأميناً لأي التزام آخر ثبت في ذمته .

وقد يكون الراهن غير المدين ، فيكون كفيلا عينياً يرهن مالا له ضماناً لالتزام ليس في ذمته هو ، بل في ذمة أجنبي يكون هو المدين . وفي هذه الحالة ينعقد رهن الحيازة بين الدائن المرتهن والراهن الذي هو كفيل عيني ، ويوجد إلى جانبها المدين . والمدين هنا ليس طرفاً في عقد رهن الحيازة ، فطرفاه هما الدائن المرتهن والراهن أي الكفيل العيني ، وإنما هو شخص أجنبي عن رهن الحيازة وقد ثبت في ذمته الدين الأصلي الذي ضمنه رهن الحيازة ولذلك سمي بالمدين .

٥٠٧ – تطبيق القواعد العامة بالنسبة إلى الدائن المرتهن : والدائن المرتهن في رهن الحيازة متروك للقواعد العامة . ولما كان رهن الحيازة عقداً ملزماً للجانبين ، فالدائن المرتهن وهو أحد جانبي العقد يكون ملتزماً . ومن ثم يكون رهن الحيازة بالنسبة إلى الدائن المرتهن عقداً يدور بين النفع والضرر ، بخلاف الرهن الرسمي فالدائن المرتهن فيه لا يلتزم ولذلك يكون الرهن الرسمي نافعاً له نفعاً محضاً [١] .

وعلى ذلك يجب أن يكون الدائن المرتهن في رهن الحيازة كامل الأهلية ، لأن ارتهان حيازة فيها معنى استيفاء الدين . وإذا كان الدائن المرتهن حيازة صبياً مميزاً أو كان في حكمه، كان العقد قابلا للإبطال . فيجب إذن أن يكون الدائن المرتهن حيازة بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .

ويستوي في ذلك أن يكون الدائن المرتهن قد تعاهد مع المدين الراهن ، أو تعاقد مع راهن غير المدين أي تعاقد مع كفيل عيني .

٥٠٨ – الراهن يجب أيضاً أن يكون كامل الأهلية : والراهن حيازة يجب أيضا أن يكون كامل الأهلية ، أي بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . ذلك لأنه يلتزم إذ رهن الحيازة ملزماً للجانبين ، فرهن الحيازة بالنسبة إلى الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً، عقد يدور بين النفع والضرر [٢] .

٥٠٩ – الراهن يجب أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه : وقد كانت المادة ١٥٣١ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي :

" ١ – يشترط فيمن يرهن شيئاً ، ضماناً لدين عليه أو لدين على غيره ، أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه . ٢ – الرهن الحيازي لمال الغير تسرى عليه الأحكام الخاصة بالرهن الرسمي لمال الغير ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة برهن المنقول " [٣].

وتنص المادة ١٠٩٨ مدني على ما يأتي : " تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ ... المتعلقة بالرهن الرسمي " . وتنص المادة ١٠٣٣ مدني على ما يأتي : " ١ – إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣١ .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٥١٤ .

(٣) وقد رأت لجنة المراجعة حذف المادة ١٥٣١ ، اكتفاء بما تنص عليه المادة ١٥٤٣ من سريان المادة ١١٢٨ المتعلقة بالرهن الرسمي على رهن الحيازة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٢ في الهامش) .

الحقيقي ... ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن . ٢ – ويقع باطلا رهن المال المستقبل " .

فنتكلم إذن ، في إيجاز ، في المسائل الآتية : (١) وجوب أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون . (٢) رهن ملك الغير رهن حيازة . (٣) رهن المال المستقبل رهن حيازة . (٤) رهن المالك الظاهر رهن حيازة . (٥) أهلية الراهن حيازة للتصرف في المال المرهون .

٥١٠ – وجوب أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون : لما كان رهن المال حيازة هو بمثابة التصرف فيه ، ولما كان المتصرف يجب أن يكون مالكاً للمال المتصرف فيه ، لذلك يجب أن يكون الراهن حيازة لمال معين مالكاً لهذا المال [1] .

وقد يكون الراهن حيازة مالكاً تحت شرط ، فاسخ أو واقف . فإذا كان مالكاً تحت شرط فاسخ ، ولم يتحقق الشرط ، فإن الراهن يصبح مالكاً بشكل بات لعدم تحقق الشرط، وكذلك رهنه يصبح باتاً هو أيضاً . أما إذا تحقق الشرط ، فأن الراهن يزول ملكه بأثر رجعي ، ويعتبر غير مالك للمال من أول الأمر ، فيزول رهنه بأثر رجعي لتحقق الشرط الفاسخ . وإذا كان الراهن مالكاً تحت شرط واقف ، ولم يتحقق الشرط ، فيزول رهنه بأثر رجعي . أما إذا تحقق الشرط الواقف ، فإن الراهن يعتبر مالكاً بأثر رجعي من أول الأمر ، ويعتبر رهنه صحيحاً كذلك من أول الأمر .

ومتى كان الراهن هو المالك للمال المرهون ، فإنه يستطيع أن يرهنه بنفسه إذا كان كامل الأهلية . فإذا لم يكن كامل الأهلية ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم أن يرهن المال نيابة عن مالكه بالشروط التي قررها القانون لذلك [2] .

ويجوز لكامل الأهلية أن يوكل عنه من يرهن مالا معيناً له رهن حيازة ، ويجب لذلك توكيل خاص فإن رهن الحيازة من أعمال التصرف .

وقد يكون الراهن غير مالك للمال المرهون حيازة ، فيكون رهنه إياه قابلا للإبطال ، وسنرى ذلك في رهن ملك الغير رهن حيازة .

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧٣ – ٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٠ – ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٧١ .

(٢) فإذا كان النائب أباً للراهن الصغير ، كان للأب رهن مال ولده دون إذن المحكمة ، إلا ما تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه من عقار أو محل تجاري أو أوراق مالية فيجب إذن المحكمة في رهنه (م ٧ قانون الولاية على المال) ، والجد الوصي والقيم ليس لهم أن يرهنوا مال الصغير ومن في حكمه رهن حيازة إلا بإذن المحكمة (المواد ٦٥ و ٢٦ و ٤٠ و ٧٨ من قانون الولاية على المال) . (سليمان مرقس فقرة ٢٢٨ ص ٣٥٣) .

٥١١ – رهن ملك الغير رهن حيازة : قررنا فيما تقدم [1] أن المادة ١٠٣٣ مدني التي تنطبق على الرهن الرسمي تنطبق أيضاً على رهن الحيازة ، وأن الفقرة الأولى منها تنص على ما يأتي : " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقر المالك الحقيقي ... ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن " [1] .

---

(١) أنظر فقرة ٥٠٩ .

(1) أ – عرف الشارع الرهن الحيازي وحدد محله في المادتين ١٠٩٦ ، ١٠٩٧ من القانون المدني وأورد في المادة ١٠٩٨ منه النص على أن " تسرى على الرهن الحيازي أحكام المواد ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي " ونص في المادة ١٠٣٣ سالفة الذكر على أنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقر المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن " مما مفاده أن رهن العقار المملوك للغير يكون غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا أن يجيزه بورقة رسمية وأن مناط رسمية الورقة وفق المادة العاشرة من قانون الاثبات أن يكون محررها موظفاً عمومياً أو مكلفاً بخدمة عامة مختصاً بمقتضى وظيفته بتحريرها .

خلو أوراق الطعن مما يفيد إجازة المطعون عليها – بورقة رسمية – رهن الغير لعقار النزاع المملوك لها إلى مؤجره الطاعن وذلك حتى تم استهلاك دين الرهن قبل رفع الدعوى فتضحي يد الدائن المرتهن ومن تلقى الحق عنه غير مستندة إلى تصرف نافذ في حقها وبمثابة غصب ويكون لها طلب طردها من ملكها .
(جلسة ١٩٩٤/١٠/٣٠ الطعن رقم ٢٧٢٦ لسنة ٦٠ ق) .
(جلسة ١٩٧٨/٥/٢٤ الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ ص ١٣١٥) .
(جلسة ١٩٧٧/٢/٩ الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٤٣ ق س ٢٨ ص ٢٢٢) .

ب – لئن كان رهن الشيء حيازة هو بمثابة التصرف فيه ويتعين والحال كذلك أن يكون الراهن مالكاً للشيء المرهون وإلا كان عقد الرهن قابلا للإبطال باعتباره قد ورد على مال مملوك للغير إلا أن المادة ١٠٩٨ من القانون المدني تنص على أن تسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ المتعلقة بالرهن الرسمي وتنص المادة الأخيرة على أنه إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي ويبقى مرتباً لآثاره منذ صدوره لمصلحة الدائن المرتهن .
(جلسة ١٩٩٤/١١/٩ الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٦٠ ق) .

ج – إذ كانت المادة ١٠٢٣ من القانون المدني والتي أحالت إليها المادة ١٠٩٨ تنص على أنه " إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن " وكان هذا النص لا يمنع رهن ملك الغير أو رهن المشترى بعقد عرفي لما اشتراه قبل أن يشهر عقد شرائه ، هذا الرهن يكون قابلا للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن لا لمصلحة الراهن ، ويجوز لهذا الدائن إجازة الرهن فيصح الرهن ويلحق بالعقار المرهون من وقت تملك الراهن له . وإذ كان ذلك ، فإن عدم شهر الطاعنين لعقد شراء أرض المنزل المرهون لا يحول دون الحكم للدائن بصحة عقد الرهن الحيازي الصادر له .
(جلسة ١٩٧٩/٥/١٠ الطعن رقم ٦٨ لسنة ٤٤ ق س ٣٠ ح ٢ ص ٣١٢) .

ويفهم من هذا النص أن رهن ملك الغير رهن حيازة لا يكون باطلا ، بل إنه يكون قابلا للإبطال . إذ يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي ، ويصبح صحيحاً كذلك من الوقت الذي يصبح فيه هذا المال مملوكاً للراهن .

ورهن مال الغير هو غير رهن المال المستقبل ، فرهن ملك الغير هو رهن لمال لا يملكه الراهن حيازة ، وهو مال معين بالذات رهنه غير مالكه لاعتقاده أن المالك سيقر الرهن ، أو لأن الراهن سيسعى حتى يصبح المال مملوكا له وعلى هذا يستقر رهنه من ذلك الوقت . أما رهن المال المستقبل فهو رهن مال غير معين بالذات ، بل هو رهن لما عسى أن يملكه الراهن في المستقبل ، فيكون باطلا لا قابلا للإبطال . وقد أراد المشرع بجعل رهن مال معين غير مملوك للراهن قابلا للإبطال لا باطلا ، أن يوحد في الحكم بين بيع مال الغير ورهن مال الغير، كلاهما قابل للإبطال ، لوحدة العلة ولا تساق التشريع [1] .

فحكم رهن عقار الغير رهناً رسمياً ، وحكم رهن مال الغير رهن حيازة ، وحكم بيع مال الغير ، واحد في كل من هذه المعاملات ، وهو القابلية للإبطال .

والقابلية للإبطال في رهن مال الغير رهن حيازة هي لمصلحة الدائن المرتهن ، لا لمصلحة الراهن . ومن ثم يجوز للدائن المرتهن أنْ يطلب إبطال الرهن فيبطل ، ويجوز له أن يجيز الرهن فيصبح الرهن صحيحاً . ومتى أصبح الرهن صحيحاً بإجازة الدائن المرتهن ، فإنه لا يسرى في حق مالك المال الذي يبقى أجنبياً عن العقد ، ولا ينشأ رهن الحيازة إلا إذا أقر المالك لعقد الرهن أو إذا أصبح الراهن مالكاً للمال المرهون من وقت ملكيته له لا قبل ذلك.

فرهن مال الغير رهن حيازة ينشأ أولا قابلا للإبطال [2] . ويبقى عقد الرهن قائماً فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، ولكنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي . فإذا أبطله الدائن المرتهن ، زال واعتبره كأن لم يكن . أما إذا أجازه ، فإنه ينقلب صحيحاً ولا يعود للدائن المرتهن حق إبطاله ، ولكنه لا ينشئ رهن حيازة لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز عند ذلك للدائن المرتهن أن يطلب فسخ عقد رهن الحيازة ضد الراهن ، فإذا فسخ الرهن زال بأثر رجعي . ويجوز كذلك أن يقر المالك الحقيقي الرهن الحيازي ، وعندئذ لا يصبح فسحب الرهن الحيازي صحيحاً ، بل أيضاً ينشئ حق رهن حيازة من وقت وجوده لمصلحة الدائن

---

(١) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ١٠٥ وكذلك ما سبق أن قدمناه في الرهن الرسمي .

(٢) وقد يرتهن الشخص منقولا غير مملوك للراهن ، ولكن المرتهن يكون حسن النية ويعتقد أن المنقول مملوك للراهن ، فيثبت للمرتهن حق رهن حيازة على المنقول إذا تسلمه ، لا بموجب عقد الرهن ، ولكن بموجب الحيازة لأن الحيازة في المنقول سند الملكية وسند للرهن (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٢ — وأنظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م ص ١١١) .

المرتهن . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية المال المرهون إلى الراهن ، وعند ذلك يصبح العقد صحيحاً من وقت انتقال الملكية إلى الراهن ، ومن ذلك الوقت أيضاً ينشأ على المال المرهون حق رهن حيازة لمصلحة الدائن المرتهن [1] .

والعلة في قابلية رهن ملك الغير رهن حيازة للإبطال هي منافاة العقد لطبيعة الرهن . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، وكما في الرهن الرسمي [2] لابد من نص خاص ينشئ جواز إبطال رهن الحيازة . وقد وجد هذا النص في المادة ١٠٣٣ التي تنطبق على الرهن الرسمي وعلى الرهن الحيازي ، فلابد إذن من القول بأن رهن ملك الغير رهن حيازة قابل للإبطال ، وهذه القابلية للإبطال لا تستمد من القواعد العامة بل أنشأها نص تشريعي صريح واستند في إنشائها إلى علة معقولة [3] .

٥١٢ – رهن المال المستقبل رهن حيازة : وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ مدني ، التي تنطبق على رهن الحيازة انطباقها على الرهن الرسمي كما سبق أن قدمنا [4] ، على ما يأتي :

" ويقع باطلا رهن المال المستقبل " .

وقد سبق أن بيننا الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ، فإذا كان الرهن واقعاً على مال غير معين بالذات فهذا رهن المال المستقبل . كما إذا رهن شخص ما يؤول إليه من مال غير معين بالذات عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية [5] .

ورهن المال المستقبل رهن حيازة ، كرهنه رهناً رسمياً ، باطل لا قابل للإبطال .

وعلة بطلان رهن المال المستقبل بطلاناً مطلقاً ليست هي عدم ملكية الراهن للمال المرهون ، فقد رأينا أن رهن ملك الغير يكون قابلا للإبطال ، ولكن العلة هي عدم تعيين المال المرهون تعييناً كافياً . وقد أراد المشرع حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبل ، فإذا كان المال معيناً تعييناً كافياً ولكنه غير مملوك للراهن فإن الرهن يكون رهن ملك الغير ويكون قابلا للإبطال فقط .

---

(١) أنظر آنفاً في الرهن الرسمي فقرة ١٣٨ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٨ .
(٣) أنظر في الرهن الرسمي فقرة ١٣٨ وأنظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .
(٤) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٩ وفقرة ٥١١ .
(٥) أنظر آنفاً فقرة ٥١١ .

فرهن المال المستقبل إنما يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأن المال غير معين بالذات ، لا لأنه غير مملوك للراهن . وعلى ذلك إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه ، كان هذا رهناً لمال مستقبل وباطلا بطلاناً مطلقاً . أما إذا رهن مالا معيناً بالذات وكان لا يملك المال المرهون ، كان هذا رهناً لملك الغير ومن ثم يكون قابلا للإبطال [1] .

٥١٣ – رهن المالك الظاهر رهن حيازة : قدمنا في الرهن الرسمي أن المالك الظاهر للمال ليس بمالك حقيقي له ، فيكون الرهن الصادر منه صادراً من غير مالك. وكان مقتضى ذلك اعتباراً الرهن الصادر من المالك الظاهر قابلا للإبطال وغير سار في حق المالك الحقيقي ، وما لم يقر المالك الحقيقي عقد الرهن أو ما لم تنتقل ملكية المال المرهون للراهن لا ينشأ حق رهن الحيازة .

ولكن هذه القواعد لا تنطبق هنا ، كما رأيناها لا تنطبق في عقد الرهن الرسمي [2] . ذلك لأن المالك الظاهر ، وإن كان غير مالك حقيقي ، يظهر أمام الناس كافة أنه هو المالك الحقيقي . فإذا ما تعامل معه الغير ، معتقداً بحسن نية أنه هو المالك الحقيقي ، أجاز القانون هذه المعاملة وسمح للغير حسن النية أن يتمسك بها .

وقد قررنا في الرهن الرسمي أن هناك فئات ثلاثاً للمالك الظاهر ، الوارث الظاهر والمالك الظاهر بسند صوري والمالك الظاهر كاسم مستعار .

(١) **الوارث الظاهر** : ورهن الحيازة الذي يرتبه الوارث الظاهر يكون رهناً صحيحاً، لا رهناً قابلا للإبطال . ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن مادام أنه كان وقت أن ارتهن حسن النية ، أي يعتقد أن الوارث الظاهر إنما هو الوارث الحقيقي . وله في هذه الحالة أن يتمسك بالرهن، لا فحسب ضد الوارث الظاهر ، بل أيضاً ضد الوارث الحقيقي [3] .

(٢) **المالك الظاهر بسند صوري** : وسند ملكية هذا المالك الظاهر هو عقد صوري، كبيع أو هبة، فإذا باع شخص لآخر مالا بعقد صوري متخذاً ورقة ضد هي العقد الحقيقي، فإن المشترى بعقد صوري يظهر أمام الناس كافة أنه اشترى بعقد حقيقي وأن المال المبيع أصبح مالكاً له مادام قد سجل العقد إذا كان المال عقاراً . فإذا رهن ما اشتراه والناس تعتبره مالكاً له ، كان رهنه صحيحاً إذا كان الدائن المرتهن حسن النية ، أي يعتقد أن الراهن

---

(١) أنظر في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ١٣٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٤٠ .

(٣) أنظر في الرهن الرسمي فقرة ١٤٠ .

هو المالك الحقيقي . فالمالك الظاهر بسند صوري من حق الناس حسن النية أن يعتبروا أنه هو المالك الحقيقي ، وأن يتعاملوا معه على هذا الأساس . فرهنه الحيازي صحيح والدائن المرتهن حسن النية له أن يتمسك بهذا الرهن ، لا فحسب ضد هذا المالك الظاهر ، بل أيضاً ضد المالك الحقيقي حامل ورقة الضد . وإذا رهن المالك الحقيقي المال ، فإن الدائن المرتهن من المالك الصوري هو الذي يفضل[1] .

(٣) **المالك الظاهر كاسم مستعار** : وهذا أيضاً مالك ظاهر ، كما إذا اشترى الوكيل ، باسمه هو لا باسم موكله ، مالا متفقاً مع موكله على ذلك . فالوكيل يصبح مالكاً للمال أمام الناس كافة ، وهو اسم مستعار (prêteñom) لا مالك حقيقي . فإذا ارتهن شخص حسن النية المال ، معتقداً أنه يرتهنه من مالكه الحقيقي ، كان رهن الحيازة صحيحاً، ويستطيع أن يتمسك به الدائن المرتهن قبل الاسم المستعار وقبل المالك الحقيقي [2] .

٥١٤ – أهلية الراهن حيازة للتصرف في المال المرهون : ولا يكفى أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون ، بل يجب أيضاً أن يكون أهلا للتصرف فيه . فالرهن الحيازي عمل من أعمال التصرف ، فيجب أن يكون الراهن أهلا للتصرف في المال المرهون . ويشترط في الكفيل العيني ، كما يشترط في المدين الراهن ، أن يكون هو أيضاً أهلا للتصرف في المال المرهون .

فإذا كان الراهن هو المدين ، اعتبر رهن الحيازة تصرفاً دائراً بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن ماله بل هو يبغى من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه . وعلى ذلك يجب أن يتوافر في المدين الراهن أهلية التصرف ، فيجب كما تقدم القول أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه . فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم عليه عقد رهن الحيازة نيابة عنه بعد أخذ إذن المحكمة ، فيما عدا الولي الأب فيما لا تجاوز قيمته ٣٠٠ جنيه من عقار أو أوراق مالية أو محل تجاري فلا ضرورة لأخذ إذن المحكمة .

ويسقط حق إبطال رهن الحيازة بالتقادم ، بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (م ١٤٠ مدني) ، فيصبح الرهن صحيحاً بأثر رجعي من وقت نشوئه ، ويحتج به على من كسب حقاً عينياً على المال المرهون كدائن مرتهن آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم .

---

(١) أنظر في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ١٤٠ .

(٢) أنظر في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ١٤٠ .

أما إذا كان الراهن كفيلا عينياً ، فيجب ، كما في المدين الراهن ، أن يكون مالكاً للمال المرهون وأهلا للتصرف فيه . ولكن التصرف هنا لا يكون عادة بمقابل ، لأن الكفيل العيني لا ينتفع عادة بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بدين في ذمة غيره ، فيكون عمله في العادة من أعمال التبرع . ولذلك يجب أن يتوافر في الكفيل العيني أهلية التبرع ، لا أهلية التصرف فحسب . ومن ثم يجب أن يكون بالغاً سن الرشد ، غير محجور عليه .. فإذا كان قاصراً ، مميزاً أو غير مميز ، أو كان محجوراً عليه ، ولو لسفه أو غفلة ، ورهن ماله ككفيل عيني ، كان الرهن باطلا لا قابلا للإبطال ، لأنه يقوم بعمل من أعمال التبرع وهو لا يملكه. كذلك لا يجوز ، وهو قاصر أو محجور عليه ، أن يرهن وليه (ولو كان الأب) أو وصية أو القيم عليه ماله رهن حيازة ضماناً لالتزام في ذمة غيره . وإن فعل كان الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً ، ولو كان ذلك بإذن المحكمة ، لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . وإذا لم يباشر الكفيل العيني رهن الحيازة بنفسه ، بل باشره وكيل عنه ، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع . فلا تكفي الوكالة العامة للإدارة ولا الوكالة الخاصة لعمل من أعمال التصرف . ولذلك يجب أن يكون التوكيل الخاص الصادر من الكفيل العيني مذكوراً فيه المال المراد رهنه والدين الذي يرهن المال ضماناً للوفاء به ، إلا كان التوكيل باطلا لأن الوكيل يقوم بعمل من أعمال التبرع [1] .

المبحث الثاني

المال المرهون

٥١٥ – المال المرهون رهن حيازة قد يكون عقاراً أو منقولا أو دينا : رهن الحيازة يختلف في محله عن الرهن الرسمي .

فالرهن الرسمي ، كالاختصاص ، لا يرد إلا على عقار ، فرهن المنقول رهناً رسمياً غير جائز ، ومن أجل ذلك كان الرهن الرسمي ، في جميع أنواعه وحالاته ، خاضعاً لنظام القيد ، لأن القيد لا يرد إلا على عقار .

أما رهن الحيازة فمحله إما أن يكون عقاراً ، أو منقولا . فهو لا يخضع لنظام القيد دائما ، ولا يخضع له إلا إذا كان محله عقاراً .

---

(١) أنظر في كل ذلك في الرهن الرسمي وينطبق على رهن الحيازة ، آنفا فقرة ١٤٩ – فقرة ١٥٠ وفقرة ١٥٤ .

ورهن الحيازة الذي يرد على المنقول ، وبخاصة المنقولات الثمينة كالحلي والجواهر والمفروشات الثمينة ، كثير ، ولا يقل عن رهن الحيازة الذي يقع على عقار ، وبخاصة إذا أدخلنا الديون في الاعتبار . والديون نوع خاص من المنقول ، يرد عليه رهن الحيازة . وسنرى في آخر فصل من فصول هذا الباب ، وهو الفصل الرابع ، أنواعاً مختلفة من رهن الحيازة ، وقد قسمت إلى أنواع ثلاثة . النوع الأول منها يرد رهن الحيازة فيه على العقار ، والنوع الثاني يرد على المنقول ، والنوع الثالث يرد على الديون .

وقد كاد رهن الحيازة على العقار ، في آخر مرحلة من مراحل التشريع ، يلغى . ولكنه بقي مع ذلك ، لأسباب سيأتي ذكرها [1] .

والخلاصة أن رهن الحيازة ، من حيل المحل ، عام شامل . فهو يرد على العقار ، وعلى المنقول ، وعلى الديون .

٥١٦ – محل رهن الحيازة يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني – نص قانوني :

وتنص المادة ١٠٩٧ مدني على ما يأتي :

" لا يكون محلا لرهن الحيازة إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار " [2] .

---

(١) أنظر ما يلي فقرة ٦٣٩ في الهامش (تاريخ م ١١١٤ مدني) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – يجوز أن يكون محلا للرهن الحيازي كل ما يمكن بيعه بالمزاد العلني . ٢ – فيجوز رهن المنقول ورهن العقار ورهن الدين وغيرها من الأموال العينية " . وأدمجت لجنة المراجعة الفقرتين في فقرة واحدة تجرى على الوجه الآتي : " يجوز أن يكون محلا للرهن الحيازي كل ما يمكن بيعه بالمزاد العلني من منقول وعقار " . وأصبح رقم المادة ١٢٠١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، تحت رقم ١١٨٦ – وعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص ، تحت رقم ١٠٩٧ ، فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٤ – ص ١٩٦) .

التقنين المدني السابق : م ٦٧٠/٥٤٧ : يجوز أن يكون الرهن منقولا أو عقاراً .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : أنظر م ١٠٢٨ و ١٠٣٠ و ١٠٤٦ و ١٠٥٥ و ١٠٥٦ .

التقنين المدني الليبي : م ١١٠١ : لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٢٨ : يجوز أن يكون محلا للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون . ويجوز بوجه خاص رهن الأراضي الأميرية رهناً حيازياً .

قانون الملكية العقارية اللبناني : أنظر م ١٠١ و ١٠٢ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : " يشترط الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي أيضاً في أن الراهن يجب أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه ، وأنه قد يكون المدين ، وفي حكم رهن ملك الغير والأموال المستقبلة ، وفي أن محل الرهن يجب أن يكون مما يمكن التعامل فيه وبيعه في المزاد ، وفي أن الرهن يشمل الملحقات والثمار وفي الدين المضمون ، وعدم تجزئة الرهن ، وقيام علاقة التبعية بين الدين والشيء المرهون " [1] .

ويتبين من النص سالف الذكر انه يشترط في المحل المرهون ، وهو محل رهن الحيازة ، أن يكون مما يمكن بيعه استقلالا في المزاد العلني من منقول وعقار .

فجميع العقارات التي يمكن رهنها رهناً رسمياً ، يجوز كذلك رهنها رهن حيازة . وفي القانون الفرنسي ، لا يجوز رهن العقارات رهناً حيازياً (gage) ، وإنما يجوز وضع العقارات في حيازة الدائن تأميناً لدينه حتى يستوفى حقه من ثمارها دون أن يكون له حق التقدم في ثمنها ويسمى العقد (antichrèse) .

ويجوز كذلك رهن المنقول رهن حيازة ، فيجوز رهن المفروشات والحلي والمجوهرات والسيارات والمركبات والمواشي والدواب وغير ذلك من المنقولات .

ويجوز رهن النقود (الكفالة النقدية) ، ويتملك الدائن المرتهن النقود المرهونة المسلمة إليه ، على أن يرد مثلها عند تنفيذ المدين لالتزامه ، ويوصف الرهن هنا بأنه رهن ناقص (gage irrégulier) كالوديعة الناقصة .

ويجوز رهن الأموال المعنوية القابلة للبيع بالمزاد العلني ، كحق المؤلف وبراءة الاختراع والمحال التجارية والعلامات والبيانات والأسماء التجارية وحق الإيجار وبوالص التأمين .

ويجوز رهن الديون والسندات لحاملها والسندات والأسهم الاسمية .

ولكن لا يجوز رهن المأهيات والمعاشات والديون والسندات غير القابلة للتحويل ، لأن هذه كلها لا تقبل التحويل . كذلك لا يجوز رهن الحقوق العينية ، كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٧ .

وبالجملة لا يجوز رهن مالا يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني ، كالعقارات بالتخصيص فإنه لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الذي خصصت له ، فإذا كان هذا العقار غير مرهون ، جاز للمالك أن يفصل العقارات بالتخصيص ويرهنها مستقلة رهن حيازة [1].

٥١٧ – قاعدة التخصيص في الرهن الحيازي : ويجب أن يكون محل الرهن الحيازي معيناً أو قابلا للتعيين ، طبقاً للقواعد العامة .

ولكن لا يشترط تعيينه تعييناً دقيقاً كما في الرهن الرسمي ، فلم يرد في نصوص الرهن الحيازي نص يوجب تعيين محل الرهن الحيازي تعييناً دقيقاً كنص المادة ١٠٣٥ مدني في الرهن الرسمي .

ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور ، وهو ممن يقولون بعدم إعمال مبدأ تخصيص الرهن على رهن الحيازة ، ما يأتي : " ولبيان ما نراه في هذه المسألة نذكر بما قلناه من أنه إذا كانت علة بطلان رهن المال المستقبل هي عدم تعيين العقار بذاته ، إلا أن هذا لا يمنع من القول إن هذا الحكم أي بطلان رهن المال المستقل قائم بذاته . وعلى ضوء هذا نرى أن إحالة المشروع على نص المادة ١٠٣٣ لا تفيد أكثر من بطلان رهن المال المستقبل رهناً حيازياً ، ويبقى شرط تعيين الشيء للرهن محكوماً بالقواعد العامة ... أما وجوب تعيين الشيء تعييناً دقيقاً ، فهذا لا يؤدي بالضرورة إلى القول ببطلان رهن المال المستقبل إذ ليس هناك ما يمنع من أن يكون الشيء المستقبل معيناً تعييناً دقيقاً . كما لو رهن شخص المباني التي سيقيمها مع ذكر أوصافها ومشتملاتها بدقة . ولما كان الشراح الذين يقولون بإعمال مبدأ تخصيص الرهن حتى بالنسبة للرهن الحيازي يسلمون بصحة الرهن إذا كان الشيء معيناً بنوعه ، فهذا يعني فيما نرى أن استنادهم إلى مقتضى إحالة المشروع على المادة ١٠٣٣ غير صحيح . وقبل أن ننتهي من هذا الموضوع نشير إلى أن أستاذنا الدكتور شفيق شحاته يرى أن الرهن الحيازي لا يخضع لمبدأ تخصيص الرهن ، وذلك على أساس أنه لا علاقة لقاعدة التخصيص بحكم المادة ١٠٣٣/٢ وأن التخصيص من شروط العقد الشكلية التي لا تلزم بالنسبة للرهن الحيازي " [2] .

---

(١) إما إذا كان العقار الأصلي مرهوناً رهناً رسمياً ، فإن هذا الرهن يشمل العقار بالتخصيص ، ولا يجوز في هذه الحالة فصل العقار بالتخصيص . فإذا فصل ورهن رهن حيازة ، كان للمرتهن العقار رهناً رسمياً أن يتتبع العقار بالتخصيص ما لم يكن المرتهن حيازة قد تسلم المنقول (أي العقار بالتخصيص) بحسن نية (سليمان مرقس فقرة ٢٣٣ ص ٣٥٨ – ص ٣٥٩) .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٢ ص ١٩٨ – ص ١٩٩ .
وأنظر سليمان مرقس فقرة ٢٣٥ ويرى أن مبدأ تخصيص الرهن ينطبق على رهن الحيازة .

٥١٨ – رهن المال الشائع رهن حيازة : وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص رهن المال الشائع رهن حيازة ، ما يأتي : " أما رهن المشاع رهن حيازة فيخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد فيه نص خاص . فيجوز رهن الحصة المشاعة رهن حيازة ، كما يجوز أن يرهن الشريك في الشيوع نصيباً مفرزاً ، والعبرة بنتيجة القسمة ، ويحسن تنظيم رهن المشاع بنص خاص ، وينقل عن التقنين الألماني، وتنص المادة ١٢٥٨ من هذا التقنين على أنه إذا وقع الرهن الحيازي على حصة شائعة ، كان للدائن المرتهن أن يستعمل في إدارة العين وطريقة استغلالها ما للراهن من حقوق ترتبت على حالة الشيوع . ولا يجوز ، قبل ثبوت حق المرتهن في بيع المرهون ، طلب القسمة إلا باتفاق الراهن والمرتهن. أما بعد ثبوت الحق في البيع ، فيجوز للمرتهن أن يطلب القسمة ولا بغير رضاء الراهن . وإذا تمت القسمة ، فإن الرهن من الحصة الشائعة إلى المال المفرز الذي وقع في نصيب الراهن ، ويبقى دائماً للمرتهن حقه في بيع الحصة الشائعة التي ارتهنها " [١] .

ولما كان نص التقنين الألماني (م ١٢٥٨) لم ينقل إلى التقنين المدني الجديد ، فلا شأن لنا به هنا ، ووجب تطبيق القواعد العامة كما تقول المذكرة الإيضاحية إذ لم يرد نص خاص في رهن المال الشائع .

وفي التقنين المدني السابق لم يكن هناك نص خاص برهن المال الشائع ، فكان القضاء يجرى على أن الحصة الشائعة رهناً حيازياً باطل ، لأنه لا يمكن حيازة المال المرهون وحبسه عن الكافة [٢] ، وهو باطل ولو كان الشركاء في الملك قد اقتسموا المال الشائع قسمة مهيأة [٣] . وقضي بأن الرهن يكون صحيحاً إذا أمكنت حيازة الحصة الشائعة ، كما لو اتفق الدائن المرتهن مع شريك مدينه الراهن على أن يستمر هذا الشريك حائزاً العين نيابة عنه وأن يدفع له حصة المدين الراهن في الريع [٤] . وبأنه يكون صحيحاً أيضاً إذا صدر من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٨ .

(٢) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٦ – ٢٦ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧٩ – ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٠٧ – ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦١ – ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٧ – ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٧٣ – ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٧٧ – ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ – ١٧ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٩٦ .

(٤) استئناف وطني أول يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٩ ص ١٠٩ .

جميع الملاك على الشيوع بالتضامن فيما بينهم ، ونقلت حيازة المال المرهون كله إلى الدائن المرتهن [1] .

أما في التقنين المدني الجديد ، فقد أصبح رهن الحيازة عقداً رضائياً ينفذ دون تسليم المال المرهون ، وقد أصبح التسليم التزاماً لا ركناً .

وعلى ذلك ، يكون في التقنين المدني الجديد للمالك المشتاع أن يرهن حصته الشائعة بمجرد تبادل الإيجاب والقبول ، ويكون رهنه صحيحاً ، ولكنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا أمكن الدائن المرتهن أن يحوز الحصة الشائعة [أ] . ويجوز أيضاً للمالك المشتاع أن يرهن جزءاً مفرزاً من المال الشائع بإيجاب وقبول ، ويكون الرهن صحيحاً ، ولكنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا جاز الدائن المرتهن الجزء المفرز وتمت القسمة فوقع الجزء المفرز في نصيب الراهن ، أما الرهن الصادر من جميع الشركاء قبل القسمة ، فإن مصيره يتوقف على نتيجة القسمة ، فإذا وقع المرهون كله في نصيب أحد الشركاء أو بعضهم نفذ الرهن بنسبة حصصهم الأصلية واعتبر بالنسبة إلى حصص باقي الشركاء وارداً على ملك الغير [2] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٤ ص ١٧٨ — أما إذا رهن الشريك حصة مفرزة من المال الشائع ، واقترن ذلك بتسليم هذه الحصة المفرزة ، فإن الرهن يتوقف مصيره على نتيجة القسمة ، فإذا وقعت هذه الحصة في نصيب الراهن تأيد الرهن ، وإلا كان حكمه حكم رهن ملك الغير (نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٧٥ ص ١٣٧) .

(أ) المقرر — في قضاء محكمة النقض — أن الحصة الشائعة يصح أن تكون محلاً لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والإنفراد بنية تملكها ، ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدي إلى المخالطة بينهما وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام ، فإذا استطاع الشريك في العقد الشائع أن يحوز حصة باقي شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض ومظنة التسامح ، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمسة عشرة سنة فإنه يكسب ملكيتها بالتقادم ومن المقرر أيضاً أن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة ، وينبني على ذلك أن حيازة الدائن المرتهن للعقار المرهون والتي تعتبر استمراراً لحيازة الراهن إذا قامت على معارضة حق باقي الملاك على ذلك النحو وتوافرت لها سائر شرائطها القانونية فإنها تؤدي إلى اكتساب الملكية بالتقادم .

(جلسة ١٩٩٠/٥/١٧ الطعن رقم ٢٩٦٤ لسنة ٥٧ ق) .

(جلسة ١٩٨٥/٣/١٩ الطعن رقم ١٢٦٢ لسنة ٥١ ق) .

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٩ ق) .

(٢) أما حكم المادة ١/١٠٣٩ مدني فهو خاص بالرهن الرسمي ولا يطبق إلا عليه ، لأنه ورد استثناء من القواعد العامة ، وورد في نصوص الرهن الرسمي ولم ترد إحالة عليه لتطبيقه على الرهن الحيازي ، فيتعين قصره على الرهن الرسمي (سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣١٦ — محمد كامل مرسي فقرة ٢٨٧ ص ٣٧١) .

ويذهب كثير من شراح القانون المصري إلى أن الحلول العيني أصبح هو القاعدة العامة في التقنين ا لمصري الجديد ، وأصبح الحكم الوارد في المادة ٢/١٠٣٩ تطبيقاً لهذه القاعدة الواردة في المادة ٨٢٦ مدني ، ويسرى الحلول العيني في رهن الحيازة تطبيقاً للقواعد العامة . ويقول الأستاذ محمد كامل مرسي [١] ، في هذا الصدد ، ما يأتي : " ونرى الأخذ بالأحكام المقررة في الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٩ لاستعمل حق الحلول العيني ، في رهن الحيازة وهي : (أولا) أن يستصدر الدائن المرتهن أمراً على عريضة يعين به القاضي القدر الذي يقع عليه الرهن ، و (ثانيا) أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخبره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . بل إننا نرى بطريق القياس الأخذ بهذه الأحكام في صدد التصرفات على العموم ، فيكون على المشترى أن يستصدر أمراً على عريضة بتعيين قدر من الأموال التي آلت إلى البائع يعادل قيمة ما باعه له ، ثم يجرى المشترى تسجيلا جديداً على هذا القدر يسرى أثره من تاريخ التسجيل السابق " [٢] .

٥١٩ – زوال ملكية الراهن بأثر رجعي : رأينا أن المادة ١٠٣٤ مدني تنص على ما يأتي : " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن " .

وهذا النص خاص بالرهن الرسمي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي : " الرهن يبقى صحيحاً إذا صدر من مالك تقرر بعد ذلك بطلان سند ملكيته ... أو فسخه ... أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر (رهن ما باعه المريض مرض الموت ورهن ما يجاوز نصاب الوصية) ، يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن ... " [٣] .

ولا يوجد نص يجعل هذا النص يطبق أيضاً في حالة رهن الحيازة .

فإذا رهن شخص مالا له رهن حيازة ، أيكون رهن الحيازة صحيحاً إذا تبين فيما بعد أن سند ملكية الراهن باطل ، أو قابل للفسخ وقد فسخ بأثر رجعي ؟

---

(١) فقرة ٢٨٧ ص ٣٧٠ – ص ٣٧١ .

(٢) أنظر أيضاً محمد على عرفة في حق الملكية ١ فقرة ٢٨٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٣ – ص ٣٧٦ – عبد الفتاح عبد الباقي طبعة ثانية سنة ١٩٥٤ فقرة ٤٣٥ مكررة – شفيق شحاته فقرة ١٠٨ – محمد علي إمام فقرة ٣٢٦ – فقرة ٣٢٧ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩ – ص ٢٠ .

لا شك في أن المادة ١٠٣٤ مدني سالفة الذكر تخالف القواعد العامة ، إذ هي تصحيح رهناً صدر من غير مالك ، فالراهن قد أبطل سند ملكيته أو فسخ بأثر رجعي .

لذلك يجب قصر المادة ١٠٣٤ مدني على ما جاءت فيه ، وهو الرهن الرسمي ، ولا يجوز تطبيقها على رهن الحيازة .

ولكن إذا لم يمكن تطبيق المادة ١٠٣٤ مدني على رهن الحيازة ، فإن هناك في قانون تنظيم الشهر العقاري نصوصاً في هذا الموضوع تنطبق على رهن الحيازة .

فالمادة ٢/١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري تحمي حسن النية في ذاته ، وتشمل كل من يعتبر من الغير مادام قد كسب حقه بحسن نية ، سواء كان ذلك الغير مرتهناً رهناً رسمياً أو مرتهناً رهناً حيازياً أو مشترياً أو غير ذلك .

فإذا كان المرتهن رهن حيازة قد كسب بحسن نية حق رهن الحيازة من مالك سند ملكيته باطل ، قبل تسجيل عريضة دعوى البطلان ، فإن رهن حيازته يبقى قائماً . ولا يؤثر زوال ملكية المالك بأثر رجعي في بقاء رهن الحيازة ، مادام رهن الحيازة قد كسب قبل تسجيل عريضة دعوى البطلان ، ومادام الدائن المرتهن رهن حيازة كان حسن النية وقت أن أبرم رهن الحيازة [1] .

وقد أضاف القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ فقرة ثالثة إلى المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري على النحو الآتي : " ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية ومن تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول " .

٥٢٠ – ملحقات الشيء المرهون وثماره : كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً ، هو المادة ١٥٣٣ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتي :

" ويشمل الرهن الحيازي ملحقات الشيء المرهون وثماره ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .

ولما تليت هذه المادة في لجنة المراجعة ، حذفتها اللجنة " اكتفاء بالقواعد العامة " [2]. فحذف النص إذن لم يكن لأن لجنة المراجعة ترفضه ، بل لأن في القواعد العامة ما يغني عنه.

وقد اشتملت نصوص الرهن الرسمي ، في هذا المعنى ، على نصين في الملحقات والثمار . فنصت المادة ١٠٣٦ مدني ، فيما يتعلق بالملحقات ، على ما يأتي : " ويشمل

---

(١) أنظر في هذا المعنى شمس الدين الوكيل فقرة ١٦٦ – سليمان مرقص فقرة ٢٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٥ في الهامش .

الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ " . ونصت المادة ١٠٣٧ مدني ، فيما يتعلق بالثمار ، على ما يأتي : " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار " .

وهذه النصوص تنطبق على رهن الحيازة انطباقها على الرهن الرسمي ، وبخاصة إذا كان محل رهن الحيازة عقاراً .

ففيما يتعلق بالملحقات ، يشملها رهن الحيازة وتكون مرهونة رهناً حيازياً كالشيء الأصلي ، ويجب تسليمها إلى الدائن المرتهن رهن حيازة على هذا الأساس . وقد ذكر النص أمثلة واضحة لهذه الملحقات ، هذه هي :

(١) **حقوق الارتفاق** : والمفروض أن الشيء الأصلي المرهون هو عقار ، فيسلم مع هذا العقار حقوق الارتفاق الإيجابية التي يتمتع بها هذا العقار ، فحق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه ، ولا ينفصل عنه فتكون حقوق الارتفاق مرهونة رهن حيازة مع العقار الأصلي ، حتى لو لم توجد حقوق الارتفاق إلا بعد رهن الحيازة ، باعتبارها توابع للعقار المرهون .

(٢) **العقارات بالتخصيص** : وهي منقولات بطبيعتها ، قد خصصها صاحبها لخدمة عقار يملكه ، فتصبح مرهونة رهن حيازة مع هذا العقار . فتدخل العقارات بالتخصيص ، كالماشية والآلات الزراعية والسماد والبذور وأدوات النقل والمفروشات المخصصة للفنادق والمصانع ونحو ذلك ، مع الشيء الأصلي المرهون رهن حيازة فتصبح مرهونة مثله ، دون حاجة إلى ذكر ذلك . ويستوي أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت رهن الحيازة ، أو وجد بعد ذلك . وإذا دخل العقار بالتخصيص في رهن الحيازة ، ثم فصله الراهن وباعه وسلمه إلى المشترى ، فإن لمشترى إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذي أصبح منقولا . ولكن يجوز للدائن المرتهن رهن حيازة أن يحجز على الثمن وهو في يد المشترى ، إذا كان هذا لم يدفعه بعد . ويستطيع الدائن المرتهن رهن حيازة أن يعارض في تسليم العقار بالتخصيص للمشترى ، إذا هذا لم يتسلمه بعد .

(٣) **التحسينات والإنشاءات** : ويدخل في التحسينات والإنشاءات ما أنتجته الطبيعة من تحسينات في الأرض كتراكم الطمي الذي يزيد في مساحة الأرض ، وما يصنعه مالك العقار بنفسه كتوسيع غرف المترل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من

الطريق العام . وبناء طابق جديد ، وإضافة ملاحق للبناء الموجود ، كل هذه تعتبر إنشاءات تتبع الشيء المرهون وتدخل معه في الرهن الحيازي . وتدخل التحسينات والإنشاءات ضمن الرهن الحيازي ، أياً كانت قيمتها ولو زادت هذه القيمة على الشيء الأصلي المرهون .

وكل ما قدمنا ليس من النظام العام ، فيجوز للراهن والمرتهن أن يتفقا على إخراج شيء مما تقدم من رهن الحيازة ، فلا يصبح مرهوناً مع الشيء الأصلي المرهون .

وفيما يتعلق بالثمار ، فإن الدائن المرتهن رهن حيازة يستولى عادة على الشيء المرهون، ومتى استولى عليه فإنه يستولى أيضاً على ثماره ، طبيعية أو مستحدثة أو مدنية . وتدخل هذه الثمار ضمن ما قبضه المرتهن رهن حيازة ، ويحاسب الراهن عليها . فهي دائماً ملحقة بالشيء الأصلي ، منذ أن يستولى الدائن المرتهن حيازة على هذا الشيء . ولكن قد يحدث أن المرهون يكون عقاراً ، وقبل أن يستولى الدائن المرتهن يحل الدين المضمون . عند ذلك ، يترتب على تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار الأصلي المرهون ، أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجرى في توزيع هذه الغلة ما يجرى في توزيع ثمن العقار . فإذا كانت الثمار مدنية ، فما يستحق منها عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه إلى وقت رسو مزاد العقار المرهون يلحق بالعقار ويوزع كما يوزع ثمن العقار المرهون نفسه . أما إذا كانت الثمار مستحدثة أو طبيعية ، فلا تلحق بالعقار إلا بنسبة المدة التي أعقبت التسجيل إلى كل المدة التي بقيت فيها هذه الثمار في الأرض . ذلك أنه لا مبرر للتفرقة بين الثمار المدنية وبين الثمار المستحدثة أو الطبيعية ، ومادامت هذه الثمار المستحدثة أو الطبيعية بقيت في الأرض مدة قبل التسجيل ، فإن ما يقابل هذه المدة يكون من حق الراهن .

المبحث الثالث

الدين المضمون

٥٢١ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٩٨ مدني على ما يأتي

" وتسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٤ من المشروع التمهيدي . وتليت هذه المادة على لجنة المراجعة ، فعدلت من أرقام المواد ، ووافقت على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢٠٢ في المشروع =

أما المادة ١٠٣٣ فقد رأيناها تنص على أنه " ١ — إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي ... ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . ٢ — ويقع باطلا رهن المال المستقبل " . وقد سبق أن عالجنا هذا النص في رهن ملك الغير وفي رهن المال المستقبل ، فلا محل للعودة إلى ذلك [١] .

بقيت المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ ، وهذه هي :

م ١٠٤٠ : " يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين " .

م ١٠٤١ : " كل جزء من العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهون كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك " .

م ١٠٤٢ : " ١ — لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢ — وإذا كان الراهن غير المدين، كان إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين " .

٥٢٢ — قاعدة التخصيص لا تنطبق أيضاً على المدين المضمون في رهن الحيازة

رهن الحيازة : وكما لا تنطبق قاعدة التخصيص على رهن الحيازة من حيث العقار المرهون [٢] ، كذلك لا تنطبق هذه القاعدة على رهن الحيازة من حيث الدين المضمون .

فلم يرد في النصوص نص يوجب أن يكون الدين المضمون في رهن الحيازة معيناً تعييناً دقيقاً ، كنص المادة ١٠٣٥ في الرهن الرسمي .

وكل ما يجب هو تطبيق القواعد العامة ، فيما يتعلق بتعيين الدين المضمون في رهن الحيازة ، فيجب إذن أن يكون الدين المضمون في رهن الحيازة معيناً أو قابلا للتعيين .

= النهائي . وعدل مجلس النواب في أرقام المواد ؛ ووافق على النص تحت رقم ١١٢٣ . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص ، بعد تعديل في أرقام المواد تحت رقم ١٠٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٧ — ١٩٨) .

التقنين المدني السابق : م ٦٦٩/٥٤٦ : جملة الرهن ضامنة لكل جزء من الدين .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١١ — فقرة ٥١٢ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

بل إن في النصوص التي قدمناها [1] وهي تنطبق على رهن الحيازة ، ما يفهم منه جواز أن يكون الدين المضمون في رهن الحيازة ديناً مستقبلا ، وديناً احتمالياً ، واعتماداً مفتوحاً ، وفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين .

كل هذا لا يفهم منه إلا أن الدين المضمون في رهن الحيازة يصح أن يكون قابلا للتعيين ، وليس من الضروري أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً .

ونقتصر هنا على الكلام بإيجاز في المواد ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ مطبقة على رهن الحيازة، فنتكلم في تحديد الدين المضمون (م ١٠٤٠ مدني) ، وفي أن كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون رهن حيازة (م ١٠٤١ مدني)، وفي أن الرهن لا ينفصل عنه (م ١٠٤٢ مدني) .

٥٢٣ – تحديد الدين المضمون : رأينا [2] أن المادة ١٠٤٠ تنص على أنه " يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين " . والديون المذكورة في النص لا تحمل في ذاتها قدراً كافياً من التحديد ، كالديون المستقبلة والديون الاحتمالية ، ولكن في النص وضع قاعدة لتحديدها بتعيين الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين .

فلا يجوز أن يعقد رهن حيازة لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين ، سواء في أية مدة ، أو في مدة معينة ، مادامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر . كذلك لا يجوز أن يمتد الرهن الحيازي لضمان أي دين آخر لم يعين مقداره ، يثبت في ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن .

ويتحدد الدين المضمون بأمرين :

(١) **بمقداره** : فيحدد هذا المقدار من رأس مال وفوائد متى بدأ سريان الفوائد . ويستوي في ذلك الدين المنجز والدين المعلق على شرط ، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن الحيازي . وإذا كان الدين مستقبلا كاعتماد مفتوح في مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جار يحتمل أن يكون رصيده دائناً أو مديناً ، كان تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهي إليه الدين . وإذا كان الدين

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

المضمون بالرهن الحيازي هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً بقدر الإمكان . أما في القيد ، إذا كان الشيء المرهون عقاراً ، فيجب تحديد مبلغ تقريبي ينتهي إليه الدين ، وهذا المبلغ هو الذي يطلع عليه الغير ويحتج عليه به .

(٢) **ومصدر الدين** : فيجب أيضاً تحديد المصدر ، هل هو عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفردة أو هو القانون . فقد يكون الدين المضمون ثمناً في عقد بيع أو قرضاً أو إيراداً مدى الحياة أو شرطاً في عقد هبة أو التزاماً بعمل أو تعويضاً عن عمل غير مشروع . وقد يكون ديناً معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجزاً ، كما قد يكون ديناً مستقبلا أو ديناً احتمالياً .

وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الحيازي على الوجه سالف الذكر ، هو بطلان عقد الرهن الحيازي . والبطلان هنا هو بطلان مطلق ، ويستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة . فيتمسك به المدين والدائن المرتهن وورثة كل منها والخلف الخاص ، والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة ، وحائز الشيء المرهون .

٥٢٤ – كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون رهن حيازة :

وقد رأينا [١] أن المادة ١٠٤١ مدني تنص على أن " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن كل لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك " . فالرهن الحيازي ، كما قدمنا [٢] ، غير قابل للتجزئة ، " ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك " . فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن حيازة على أن يكون الرهن الحيازي قابلا للتجزئة ، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من الأشياء المرهونة حيازة ، وبذلك يصبح رهن الحيازة قابلا للتجزئة بناء على هذا الاتفاق .

وقد جعل القانون رهن الحيازة غير قابل للتجزئة ، بحيث إذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئته أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة أصبح الرهن غير قابل للتجزئة ، لأن هذا هو في مصلحة الدائن المرتهن ، ويفرض القانون أن هذا هو ما أراده

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٠ .

المتعاقدان إلا إذا اتفقا على غير ذلك [1] . لذلك يجوز للدائن المرتهن ، بعد انعقاد رهن الحيازة ، أن يتزل عن عدم قابليته للتجزئة ، فإذا كان هناك مثلا عقار ومنقول متساويا القيمة ومرهونان رهن حيازة ضماناً لوفاء دين ، ووفى المدين نصف الدين، جاز للدائن المرتهن أن يتزل عن رهن المنقول ويستبقى الرهن على العقار ضماناً لوفاء نصـــف الدين الباقي .

وهذا الارتباط ما بين الشيء المرهون والدين المضمون ، المبني على عدم قابليته رهن الحيازة للتجزئة ، له معنيان :

(المعنى الأول) أن أي جزء من الشيء المرهون رهن حيازة ضامن لكل الدين . فلو كان المرهون عقاراً ومنقولا ، فإن الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائناً مرتهناً أن ينفذ بكل الدين على المنقول وحده دون العقار ، فإذا استوفى كل حقه من هذا المنقول برئت ذمة المدين وتخلص العقار من الرهن . وإذا باع المدين الراهن العقار ، كان هذا العقار مرهوناً في كل الدين ، وجاز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يد المشترى وينفذ عليه بكل الدين لا بجزء من الدين يتناسب مع العقار المبيع ، وإذا فرض أن العقار المرهون انتقل إلى ورثة مالكه، فإن الجزء من العقار الذي يملكه كل وارث يبقى مرهوناً في كل الدين ، بل إن الرهن لا يشطب إلا بعد سداد الدين كله . ويتبين مما تقدم أنه إذا رهن عقار ومنقول في دين واحد ، جاز للدائن المرتهن مجبراً على أن يقسم الدين بين العقار والمقنول ، وأن ينفذ على العقار بنصيبه في الدين . ويجوز للدائن المرتهن أن يختار العقار ، كما قدمنا ، للتنفيذ عليه بالحق كله، حتى لو أضر هذا الاختيار بالدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة على هذا العقار ، وذلك بشرط ألا يستعمل الدائن المرتهن حق الاختيار هذا بنية الإضرار بالدائنين المرتهنين المتأخرين ، أي دون أن تكون له مصلحة مشروعة في هذا الاختيار ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه [1] .

---

(1) مفاد ما تنص عليه المادة ١٠٤١ من القانون المدني من 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 يقض الاتفاق بغير ذلك ، أن الرهن على العقار غير قابل للتجزئة ، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضي جزء من هذا الدين بقي العقار المرهون ضامنا لما بقي من الدين ، فلا يتخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين .

(جلسة ١٩٧٣/٧/١١ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٣٦ ق س ٢٤ ص ١٠٠٠) .

(١) أنظر فيما يتعلق بالرهن الرسمي نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩١٩ — ١ — ٢٢٥ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٤٠ ص ٣٨٦ .

(المعنى الثاني) أن أي جزء من الدين مضمون بكل الشيء المرهون . فلو وفى المدين ثلثي الدين مثلا وبقي الثلث ، فإن هذا الثلث يبقى مضموناً بكل الشيء المرهون حيازة ، ولا يتخلص ثلثا هذا الشيء من الرهن . فلو باع المدين في هذه الحالة كل الشيء المرهون ، انتقل الشيء إلى المشترى مرهوناً كله في ثلث الدين ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتتبع الشيء المرهون في يد المشترى وأن ينفذ عليه بثلث الدين الباقي . وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص بأنصبة متساوية ، فإن كل وارث يكون له ثلث الدين المضمون ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه هذا على كل الشيء المرهون . وإذا مات المدين الراهن عن ثلاثة من الورثة بأنصبة متساوية ، ففي القانون الفرنسي حيث يورث الدين عن المدين يكون كل وارث مسئولا عن ثلث الدين ، ولكن إذا انتقل إليه الشيء المرهون كله ، جاز للدائن المرتهن أن ينفذ الشيء بكل الدين ، ويكون للوارث الرجوع على الوارثين الآخرين كل منهما بقدر نصيبه في الدين .

٥٢٥ – عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون : وقد رأينا [1] أن المادة ١٠٤٢ مدني تنص على أنه " ١ – لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢ – وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين " . فرهن الحيازة تابع للدين المضمون ، فلا ينفصل عنه بل يسير معه وجوداً وعدماً . وللكفيل العيني (الراهن غير المدين) الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين ، وذلك إلى جانب الدفوع الخاصة به .

أما أن رهن الحيازة تابع للدين المضمون ، فذلك لأن رهن الحيازة لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون . فلابد أن يكون الدين المضمون التزاماً مدنياً صحيحاً ، حتى يكون رهن الحيازة صحيحاً . أما إذا كان الدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض ، فإن رهن الحيازة يكون كالدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال أو للنقض . ويختفي رهن الحيازة باختفاء الدين المضمون . فإذا انقضي الدين المضمون بأية طريقة من طرق الانقضاء ، فإن رهن الحيازة ينقضي بانقضاء الدين المضمون . فرهن الحيازة تابع ، والدين المضمون متبوع . يبطل رهن الحيازة كلما بطل الدين المضمون ، وينقضي كلما انقضى . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون باطلا لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ .

مشروعية السبب ، كان رهن الحيازة باطلا مثله . ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، فيتمسك به المدين الراهن وخلفه العام وخلفه الخاص ، وكل دائن مرتهن متأخر في المرتبة ، وكل حائز للشيء المرهون . وللمدين الراهن أن يتمسك بإبطال عقد الرهن ، إذا كان الدين المضمون قابلا للإبطال لعيب في الرضاء أو لنقص في الأهلية . وكذلك يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بانقضاء الدين المضمون، إذ أن الرهن قد انقضى كانقضاء الدين. فإذا انقضى الدين المضمون بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم ، جاز للراهن أن يتمسك بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون [1] . وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ ، كما رأينا ، " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك " . ومما نص القانون فيه على غير ذلك ، فيبقى الرهن مع انقضاء الدين المضمون ، دعوى الحلول . فيجوز لشخص أن يفي بالدين فينقضي ، ويحل محل الدائن المرتهن حلولا قانونياً أو حلولا اختيارياً فيرجع على الراهن التي حل فيها محل الدائن المرتهن .

وأما أن للكفيل العيني الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفوع الخاصة به ، فذلك واضح . ذلك أنه مادام المدين الراهن يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، كأن يكون الدين باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً ، كذلك يجوز للراهن ولو لم يكن مديناً أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، فإن الرهن الحيازي الواقع على ملكه تابع للدين ، فيكون باطلا أو قابلا للإبطال أو منقضياً بحسب الدين نفسه . وللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع هنا ، حتى لو نزل عنها المدين . فإذا كان الدين قابلا للإبطال للإكراه مثلا ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن هذا النـــزول لا يمنع الكفيل العيني من التمسك بإبطال الدين حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على ملكه . فيكون إذن للكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله ، وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به . وهذا طبيعي ، لأن الكفيل العيني له أن يتمسك بالدفوع التي يتمسك بها الكفيل الشخصي ، لأن الكفيل العيني له أن يتمسك بالدفوع التي

---

(1) لمشترى العقار المرهون المحال عليه بالدين — وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض — أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بانقضاء الرهن تبعاً للوفاء بالدين إعمالا للحق المخول له وفقاً للمادة ٣٢٠ من القانون المدني ، وكان قبول الدائن للحوالة يغني عن إعلانه بها رسميا على نحو ما نص عليه بالمادة ٣٢٢ من ذات القانون ، وهذا القبول كما يكون صريحاً فمن الجائز أن يكون ضمنياً كما لو صدر من الدائن أي تعبير عن الإرادة يدل على رضائه بالحوالة .

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٧ الطعن رقم ٩٢١ لسنة ٥٧ ق) .

يتمسك بها الكفيل الشخصي ، فهو لم يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير ، فيستطيع أن يتمسك بالدفوع الخاصة بهذا الدين ، وبالدفوع الخاصة به هو . فيجوز للكفيل العيني أن يتمسك بأن الدين المضمون باطل ، أو قابل للإبطال أو منقض . أما الدفوع المتعلقة بالكفيل العيني نفسه ، فهي ترجع إلى العقد المبرم ما بين الكفيل العيني والدائن المرتهن . فيجوز أن يكون هذا العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، دون أن يكون الدين المضمون باطلا أو قابلا للإبطال . ففي هذه الحالة يجوز للكفيل العيني أن يدفع بأن عقده مع الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال ، فيتخلص من الرهن الذي عقده مع بقاء المدين الأصلي ملزماً بالدين. وقد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العيني إلى ما يرد على عقده من أوصاف ، كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك الكفيل العيني بأن الرهن الذي عقده لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط واقف لم يتحقق ، أو على شرط فاسخ تحقق. كذلك قد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العيني إلى أن الرهن قد انحل دون أن ينقضي الدين المضمون ، ويتحقق ذلك مثلا إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضي دون أن ينقضي الدين المضمون ، فيجوز للكفيل العيني في هذه الحالة أن يتمسك بانقضاء الرهن .

٥٢٦ — الرهن التجاري : ولا يراعى القضاء في الرهن التجاري ما يراعيه في الرهن المدني . فيجوز أن يعقد الرهن التجاري ضماناً لدين غير معين [١] ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النص في عقد الرهن التجاري الذي يرهن بموجبه العميل إلى المصرف أوراقاً تجارية معينة ومظهرة منه تأميناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمته من ديون لذلك المصرف يقع صحيحاً . ولو تضمنه نموذج مطبوع اقتصر على توقيعه [٢] . وقضت أيضاً بأنه لا يمنع من صحة الرهن أن يكون المرهون سلعاً سيصير تسليمها ، وأن يكون الدين المضمون هو المصروفات التي تتكلفها هذه السلع إذ أن هذه المصروفات لا يمكن تعيينها إلا بعد وصول كل السلع [٣] .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٤٩ — ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥ — ٩ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٦ .

(٣) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٦ .

الفصل الثاني

آثار الرهن

٥٢٧ — فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : الرهن الحيازي ، إذا انعقد صحيحاً ، ينتج آثاراً معينة فيما بين المتعاقدين إذ يوجد التزامات في جانب كل منهما، وكذلك ينتج آثاراً معينة بالنسبة إلى الغير .

ونعالج كلا من الموضوعين في فرع .

الفرع الأول

آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين

٥٢٨ — الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين : رأينا أن الرهن الحيازي انقلب ، من عقد عيني يغلب أن يكون ملزماً لجانب واحد في التقنين المدني السابق ، إلى عقد رضائي لا شك في أنه ملزم للجانبين في التقنين المدني الجديد .

ومادام عقد الرهن الحيازي عقداً ملزماً للجانبين في الوقت الحاضر ، فنعقد لالتزامات كل من الجانبين ، الراهن والدائن المرتهن ، نحو الآخر مبحثاً مستقلا .

المبحث الأول

التزامات الراهن حيازة

٥٢٩ — التزامات أربعة : يلتزم الراهن حيازة نحو الدائن المرتهن بالتزامات أربعة هي : (١) إيجاد حق عيني على العين المرهون لمصلحة الدائن المرتهن ، هو حق رهن الحيازة . (٢) تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن . (٣) ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه . (٤) ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه .

ونعقد لكل من الالتزامات الأربعة مطلباً .

المطلب الأول

إيجاد حق رهن الحيازة

٥٣٠ – نص قانوني : سبق أن أوردنا نص المادة ١٠٩٦ مدني ، ونثبت الآن ما ورد في هذه المادة خاصا بإيجاد حق رهن الحيازة .

تقول المادة ١٠٩٦ مدني فيما قالته " " الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ... أن يسلم إلى الدائن ... شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً ... " .

فهذا الحق العيني هو رهن الحيازة ، يخول للدائن حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون .

٥٣١ – رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل : ومن أجل ذلك كان رهن ملك الغير قابلا للإبطال ، وكان رهن الشيء المستقبل باطلا ، فيما قدمنا .

ولم يكن الراهن بمستطيع أن يوجد رهن الحيازة على ملك الغير إذا كان الغير لا يقر هذا الرهن ، ومن ثم كان رهن ملك الغير رهن حيازة قابلا للإبطال ، ولا ينقلب صحيحاً إلا إذا أقر الرهن فيكون الغير هو الراهن ، أو إذا انتقلت ملكية الشيء المرهون إلى الراهن ومن وقت انتقال الملكية ، فيكون الراهن مالكاً للشيء المرهون .

وكذلك لا يستطيع الراهن أن يوجد رهن الحيازة على شيء مستقبل لم يعين ، ومن ثم كان رهن المال المستقبل رهن حيازة باطلا لعدم تعيين المال .

٥٣٢ – إيجاد رهن الحيازة إذا كان الراهن مالكاً للشيء المرهون : فإذا كان الراهن مالكاً للشيء المرهون وتوافر في هذا الشيء شروط رهن الحيازة ، فإنه بمجرد انعقاد رهن الحيازة صحيحاً وجد حق رهن الحيازة على الشيء المرهون من تلقاء نفسه .

وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ مدني : " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم " . وهذا النص يشمل الالتزام بإيجاد حق عيني ، فيوجد هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا كان الراهن يملك الشيء المرهون حيازة ، كان هذا الشيء معيناً بالذات يملكه الملتزم ، فيوجد حق رهن الحيازة من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد رهن الحيازة صحيحاً .

وإذا كان الراهن لا يملك الشيء المرهون حيازة ، بقي ملتزماً بإيجاد حق الرهن الحيازي ، وجاز للدائن المرتهن أن يطالبه بتعويض وأن يطلب سقوط أجل الدين [1] .

المطلب الثاني

تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن

٥٣٣ – نص قانوني : تنص المادة ١٠٩٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه " .

" ٢ – ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع " [2] .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

" ١ – أول التزام في ذمة الراهن هو أن يسلم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن ، أو إلى عدل يعينه المتعاقدان ، وقد أصبح التسليم التزاماً لا ركناً في العقد كما تقدم . وقبل التسليم يتم الرهن ، ويترتب الحق العيني ، ويبقى هذا الحق نافذا فيما بين المتعاقدين ، ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً لا

---

(١) أنظر فيما يتعلق بالرهن الرسمي آنفاً فقرة ١٦٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٥ من المشروع التمهيدي ، وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً بسيطاً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، تحت رقم ١٢٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩٩ – ص ٢٠١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : أنظر المواد ١٠٣٠ و ١٠٤٦ و ١٠٥٥ .

التقنين الليبي : م ١١٠٣ : ١ – على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن ، أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه . ٢ – ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع .

التقنين المدني العراقي : أنظر م ١٣٢١ .

قانون الملكية العقارية اللبناني : أنظر م ١٠١ .

باعتباره دائناً عادياً . ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع ، لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم " .

" ٢ — وتقع في تسليم العين المرهونة الأحكام التي تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وزمانه وما إلى ذلك . وحيازة الدائن المرتهن للعين هي حيازة لحق عيني ، هو حق الرهن " [1] .

ولا شك في أن تسليم العين ونقل حيازتها إلى الدائن المرتهن رهن حيازة ، هو من أهم موضوعات رهن الحيازة ، وهو الذي يميز رهن الحيازة عن الرهن الرسمي وعن غيره من العقود . لذلك يكون طبيعياً أن يستوقفنا هذا المطلب طويلا ، فهو يقتضي كثيراً من العناية.

ونبسط قبل كل شيء المسائل التي يتناولها في هذا المطلب ، مع ترتيبها ترتيباً منطقياً ملائماً . فنتكلم أولا في نقل الحيازة في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد ، ثم في الغرض من انتقال الحيازة ، ولمن تنتقل ، وفي عودة الشيء المرهون إلى راهنه عن طريق الإيجار أو بسبب لا يقصد به إنهاء الرهن ، وفي تخلي المرتهن عن الحيازة لغير الرهن . ثم نتكلم في انتقال الحيازة كانتقال الشيء المبيع ، فنتكلم في الزمان وفي المكان وفي كيفية التسليم وفيما يترتب على عدم التسليم .

٥٣٤ — نقل الحيازة في التقنين المدني السابق : قدمنا أن رهن الحيازة كان في التقنين المدني السابق عقداً عينياً ، فكان لا ينعقد إلا إذا سلم الراهن الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن (أو عدل) ونقل إليه حيازته على سبيل الرهن .

فإذا لم يسلم الشيء المرهون ، فلا ينعقد الرهن ، ولا يكون هناك إلا مجرد وعد بالرهن .

وقد صدرت أحكام كثيرة ، في ظل التقنين المدني السابق ، في هذا المعنى [2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٠ .

(٢) استئناف وطني ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ٧٦ — ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ — الإسكندرية ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣١ — مصر استئنافي ١٠ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٨٠ — استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٢ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ ٣١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٩ — ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ — ٨ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٥٨ — ٢٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٩ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٢ — ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥١ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٢٤ — ٧ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٦٦ .

ولما كان عدم تسليم الشيء إلى الدائن المرتهن من نتائجه أن يكون هناك مجرد وعد بالرهن ، فإن هذا الوعد بالرهن كان يرتب على الواعد التزاماً هو تسليم العين إلى الدائن المرتهن [1] .

٥٣٥ – نقل الحيازة في التقنين المدني الجديد : أما في التقنين المدني الجديد، فقد أصبح رهن الحيازة عقداً رضائياً لا عقداً عينياً . فينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين ، ولا يشترط في انعقاد نقل الحيازة من الراهن .

ولكن نقل الحيازة أصبح في التقنين المدني الجديد التزاماً على الراهن (1) ، لا ركناً في العقد ، له غرض ، وكيفية ، وزمان ، ومكان ، وما إلى ذلك .

= وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهون في حيازة الدائن المرتهن، ويقضي ببطلان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه . وإذا كان عقد الإيجار يضع العين المؤجرة في حيازة المستأجر ، فأنه يكون على المحكمة ، متى أثبتت في حكمها أن الراهن استأجر العين المرهونة في اليوم الذي حصل فيه رهنها ، أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن أو أنها رجعت على الفور إلى الراهن، وفي كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطلان الرهن (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٢ رقم ٧) .

وقضت أيضاً بأنه في عقد الرهن الحيازي إذا امتنع الراهن عن تسليم الرهن ، أمكن للمرتهن أن يجبره على ذلك قضاء ، ويبطل الرهن إذا بقي المرهون باختيار المرتهن في حيازة الراهن أو رجع إليه باختياره أيضاً ... أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصباً ، فلا يبطل الرهن بل يبقى صحيحاً ، ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ٨) . وأنظر أيضاً نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ (مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ٩) .

(١) أنظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤١ ص ٥٤٨ هامش ٢ .

(1) أ – للدائن المرتهن متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذي تصلح له ، إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك .
(جلسة ١٩٨٠/٣/٤ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ٧٢٤) .

ب – حيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة هي حيازة عارضة لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن ، فلا يستطيع أن يغير سبب حيازته بمجرد تغيير نيته ، إذ ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده .
(جلسة ١٩٨١/٥/١٩ الطعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٥٣٨) .

ج – من المقرر أن الدائن المرتهن – شأنه شأن المستأجر والمستعير والمودع لديه والمنتفع – لا يحوز العقار المرهون حيازة حقيقية لعدم توافر الركن المعنوي للحيازة لديه ، حيازة مادية عرضية نيابة عن المدين الراهن الذي تظل له الحيازة الحقيقية يباشرها بواسطة الدائن المرتهن .
(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ١٩٣٩) .

د – الدائن المرتهن – متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة – أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذي تصلح له إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك فإذا أجرها إلى الغير كان =

٥٣٦ – الغرض من انتقال الحيازة : ولانتقال الحيازة كالتزام ، في التقنين المدني الجديد ، سببان :

(السبب الأول) متى انتقلت الحيازة إلى الدائن المرتهن ، تمكن هذا من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه . وتمكن أيضاً من مباشرة دوره كدائن مرتهن ، فيستطيع أن يحافظ على العين المرهونة ، وأن يديرها ، وأن يستغلها ، وأن يحاسب الراهن على كل ذلك إلى أن ينتهي الرهن ، فيردها إلى مالكها ، وسيأتي بيان ذلك تفصيلا فيما يلي .

(السبب الثاني) هو سبب يرجع إلى شهر الرهن بالنسبة إلى الغير ، فيعلم الغير ، مادامت الحيازة قد انتقلت من الراهن ، أن الشيء المرهون لم يعد من أملاك الراهن الحرة الخالية من حقوق الغير عليها . وهذا إعلان للغير بوجود حق رهن حيازة على العين المرهونة، فلا يطمئن إلى التعامل في هذه العين مع الراهن ، طالما أن العين قد خرجت من حيازته وأن للدائن المرتهن حق رهن عليها [1] .

فانتقال الحيازة إذن يقوم بمهمتين : أحدهما فيما بين المتعاقدين إذ يتمكن الدائن المرتهن من أن يقوم بالتزاماته نحو الراهن ومن أن يستعمل حقوقه كحق الحبس ، والثاني بالنسبة إلى الغير إذا يعلن انتقال الحيازة الغير بوجود رهن حيازة .

٥٣٧ – لمن تنتقل الحيازة – الحيازة بوساطة أجنبي أو عدل : والأصل هو أن تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن ، فهو أحد طرفي العقد ، وهو الطرف الذي جعل انتقال الحيازة لحمايته ولضمان مصالحه .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان ، الراهن والدائن المرتهن ، على أجنبي ، يسمى عدلا في الفقه الإسلامي ، يتسلم الشيء المرهون ويحتفظ به نيابة على الدائن المرتهن [2] .

= صاحب صفة في التأجير وبالتالي فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضي بانقضاء الرهن بل يمتد تلقائياً في مواجهة الراهن .

(جلسة ١٩٨٨/٥/٣ الطعن رقم ٢٠٩٧ لسنة ٥٥ ق) .

(١) ويقول الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي : " والغرض من انتقال الحيازة هو جعل المرهون بمنأى عما قد يجريه فيه الراهن من تصرفات تضر بالمرتهن ، كإخفاء المنقول ، أو تصرفه فيه لشخص حسن النية يستطيع أن يحتمي وراء قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . وكذلك يؤدى إلى انتقال الحيازة نوعاً من الإشهار ، إذ يستطيع الغير أن يعلموا بوساطته أن المرتهن قد تعلق له حق على الشيء ، وأن الشيء لم يعد حراً خالصاً للراهن " (عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٧ ص ٢٢٠ – ١٤ يونيه م ١١ ص ٢٩٥ – ١١ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٩ .

وإلى ذلك تشير المادة ١٠٩٦ مدني حين تقول : " الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ... أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً ... "، والمادة ١/١٠٩٩ حين تقول : " على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه " ، والمادة ١/١١٠٩ حين تقول : " يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان " .

ويتبين من ذلك أن " العدل " يجب أولا أن يتفق عليه المتعاقدان ، والراهن والدائن المرتهن ، ولا ضرورة لأن يدخل " العدل " في هذا الاتفاق [١] ولكن يجب أن يقبل "العدل" مهمته ، ولو برضاء سابق أو لاحق ، وأن يكون أهلا للتعهد [٢] . ولا يشترط في الاتفاق على العدل أي شرط خاص ، ويكون إثباته خاضعاً للقواعد العامة [٣] .

ويصح أن يكون العدل دائناً مرتهناً سابقاً ، فيحوز الشيء بصفته دائناً مرتهناً وبصفته عدلا نائباً عن دائن مرتهن آخر ، ولكن لا يصح أن يكون هو الراهن إذ لا يوجد ما يستدل منه على وجود الرهن [٤] .

وإذا كان الشيء المرهون في يد العدل قبل تقرير الرهن ، بصفة أخرى ، كمودع عنده ، ثم تقرر الرهن واتفق برضاه على أن يكون هو العدل ، فلا يكفي أن يعلنه الدائن المرتهن بعقد رهنه ، بل يجب إقرار من العدل أنه أصبح يحوز الشيء كعدل نيابة عن الدائن المرتهن [٥] .

والاتفاق على بقاء الشيء في يد العدل يخلي الدائن من التزاماته بالمحافظة على الشيء وإدارته واستثماره ، ويسهل للراهن رهن الشيء لأكثر من دائن . وليس للعدل أن يعطى الرهن للراهن أو للدائن المرتهن إلا برضا الاثنين معاً ، وإذا أعطاه لأحدهما دون رضاء الآخر كان له استرداده [٦] .

---

(١) استئناف أسيوط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٦ ص ٣٣٤ – لوران فقرة ٤٨٤ – بودري ودي لوان فقرة ٨٥ .

(٢) لوران فقرة ٤٨٤ – بودري ودي لوان فقرة ٨٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٤٣٢ وهامش ٢٤ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٠٤ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٩٨ ص ٣٨٥ – ص ٣٨٦ .

(٣) لوارن فقرة ٤٨٤ – جيوار فقرة ١٠٤ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٩٨ ص ٣٨٦ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٠٣ .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ٨٥ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٨٥ – نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ – ١ – ٢٠٩ .

(٦) محمد كامل مرسي فقرة ٢٩٨ ص ٣٨٦ – ص ٣٩٦ .

٥٣٨ – عودة الشيء المرهون إلى راهنه : ويترتب على عودة الشيء المرهون إلى الراهن انقضاء الرهن في الأصل ، إذ يستخلص من إرجاع المرهون إلى الراهن أن الدائن المرتهن نزل عن الرهن .

وهذه القرينة يدحضها الدائن المرتهن بإثبات أنه لم يقصد بإرجاع المرهون إلى الراهن انقضاء الرهن ، بل إنه سلم الشيء المرهون إلى الراهن على سبيل الإيجار أو الوديعة أو العارية . فيبقى الرهن قائماً في مواجهة الراهن ، ولكنه لا يكون سارياً في مواجهة الغير . ولكن للمرتهن أن يلزم الراهن بإعادة الشيء إليه ، وإذا تسلم المرتهن المرهون من جديد عاد الرهن سارياً في مواجهة الغير .

وإذا أخذ الراهن الشيء المرهون من الدائن المرتهن بدون رضاه ، خلسة أو غصباً ، فلا ينقطع سريان الرهن على الغير [1] . وكان للدائن المرتهن أن يتمسك بحق الرهن ، حتى في مواجهة من يحوزه بحسن نية بشرط أن يطلب استرداده منه خلال فترة الثلاث السنوات التالية لسرقة الرهن .

٥٣٩ – إيجار العقار المرهون حيازة للراهن : وإذا كان الشيء المرهون منقولا ، فخروج العين من يد الدائن المرتهن إلى الراهن بإيجار لا يبطل الرهن ، ولكنه يجعله غير نافذ في حق الغير .

وإذا كان المرهون عقاراً وأجره الدائن المرتهن للراهن ، وشهر هذا الإيجار بالقيد ، بقي الرهن نافذاً في مواجهة الغير (م ١١١٥ مدني في رهن العقار) . ويحصل شهر الإيجار بذكره في قائمة قيد الرهن ، إذا ما اتفق على الإيجار عند الرهن ، أما إذا اتفق على الإيجار بعد الرهن ، كان شهر الإيجار عن طريق التأشير به في هامش قيد الرهن [2] .

٥٤٠ – رجوع المرهون إلى حيازة الراهن بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن – نص قانوني : تنص المادة ١١٠٠ مدني على ما يأتي :

" إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون إخلال بحقوق الغير " [3] .

---

(١) استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٥٩ .

(٢) أنظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٤٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٢ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، لأي سبب كان ، جاز للدائن أن يسترده مادام عقد الرهن قائما ، دون إخلال بما =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن لأي سبب كان ، كأن يختلسه الراهن أو يغتصبه أو يستأجره ، فإن للدائن أن يسترده مادام عقد الرهن قائماً ، مع احترام ما يكون للراهن أو للغير من حقوق . فلا يسترد الدائن العين المرهون إلا بعد نهاية عقد الإيجار المعقود مع الراهن ، ويستردها مثقلة بما يترتب عليها من حقوق للغير كحق امتياز المؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمرتهن حسن النية . أما إذا كان الدائن المرتهن قد تنازل طوعاً عن الحيازة ، وفهم من ذلك أنه تنازل عن الرهن ذاته ، فإنه لا يستطيع استرداد العين إذ الرهن أصبح غير قائم " (١) .

= قد يكون للغير أو للراهن من حقوق " . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١٢٠٤ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب عدل النص على الوجه الآتي : " إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، لأي سبب كان ، جاز للدائن أن يسترده مادام عقد الرهن قائماً ، دون إخلال بما قد يكون للغير من حقوق " ، وأصبح رقم المادة ١١٨٩ ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض أحد أعضاء اللجنة على حكم هذه المادة ، لأن مظهر الرهن الحيازي هو انتقال للعين حق حيازة المدين إلى حيازة الدائن ، وحكم المادة يهدم هذا المظهر ويهدم فكرة الرهن الحيازي وضماناته . فأجابت الحكومة بأن هناك حداً أدنى يجب التسليم به ، وهو عدم بطلان الرهن إذا عاد المرهون إلى حيازة المدين عن طريق الإجارة . فرد العضو المعترض قائلا إنه يسلم بذلك، وأضاف أن المادة أطلقت الحكم وقررت عدم بطلان الرهن إذا عاد المرهون إلى حيازة المدين لأي سبب . وانضم رئيس اللجنة إلى العضو المعترض ، وأضاف أن عودة الحيازة إلى المدين تعتبر قرينة على الوفاء. وتناقش الأعضاء طويلا في هذا الخصوص ، وأكد عضو آخر في اللجنة أنه حتى في ظل القانون القائم لا يبطل الرهن الحيازي بين المتعاقدين وإن كانت عودة المرهون إلى حيازة الراهن تعتبر قرينة على أن الحيازة عادت إليه كذلك ، إلا أنه إذا أقيم الدليل على ما يخالف ذلك ، كأن يثبت أن المرهون عادة إلى حيازة المدين بسبب وديعة أو إجارة أو عارية ففي هذه الحالة لا يبطل الرهن فيما بين المتعاقدين وإذا ترتب حق الغير يكون نافذا . وقد رؤى حسما للخلاف حذف هذه المادة ، ثم اتفق على الرجوع عن حذف المادة وتعديلها على الوجه الذي استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم المادة ١١٠٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠١ — ص ٢٠٥) .

التقنين المدني السابق : م ٦٦٣/٥٤١ : يبطل الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٣٣ : يفقد الدائن امتيازه إذا خرج الشيء من يده أو من يد الشخص الآخر الذي اختاره الفريقان .

التقنين الليبي : م ١١٠٤ : إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير .

التقنين المدني العراقي : أنظر م ١٣٢١ .

قانون الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٢ .

ويخلص من النص سالف الذكر أن الشيء المرهون ، لا يجب فحسب أن ينتقل حيازة إلى الدائن المرتهن ، بل يجب أيضاً أن يبقى في هذه الحيازة طول مدة الرهن .

فإذا خرج الشيء المرهون من حيازة الدائن المرتهن ، وعاد إلى الراهن ، قام ذلك قرينة على أن الرهن قد انقضى ولذلك عاد المرهون إلى حيازة الراهن . فعودة الشيء المرهون إلى الراهن يقضي الرهن في الأصل ، لقيام هذه القرينة .

على أنه يمكن للدائن المرتهن أن يدحض هذه القرينة ، ويلاحظ أن الدائن المرتهن هو الذي عليه أن يدحض القرينة . أما إذا لم يدحضها ، وسكت الراهن و لم يفعل شيئاً ، حكم لمصلحته بانقضاء الرهن .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة ، بأن يثبت مثلا أن الراهن قد اختلس الشيء المرهون أو اغتصبه ، عند ذلك يجب على الراهن أن يرد الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن .

ويستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة أيضاً ، بأن يثبت أنه سلم الشيء المرهون للراهن على سبيل الإيجار أو العارية أو الوديعة ، وعند ذلك لا ينقضي الرهن ، ولكن الشيء يبقى في حيازه الراهن حتى ينقضي الإيجار أو العارية أو الوديعة .

وبوجه عام ، يستطيع الدائن المرتهن أن يدحض القرينة ، إذا هو أثبت أن رجوع الشيء إلى حيازة الراهن كاسب بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، فعند ذلك يبقى الرهن صحيحاً قائماً بين المتعاقدين .

ويجب احترام حقق الغير ، فقد يتصرف الراهن في الشيء عند رجوع حيازته إليه ، بأن يرهنه مثلا مرة ثانية لدائن مرتهن حسن النية ، أو يؤجره لمستأجر حسن النية ، فيجب عدم الإخلال " بحقوق الغير " ومراعاة حق المرتهن الثاني وحق المستأجر .

وتقول لجنة مجلس الشيوخ في تقريرها في هذا الصدد : " وقد آثرت اللجنة أن تقرر أن الأصل هو انقضاء الرهن متى رجع الشيء المرهون إلى حيازة الراهن على غرار ما هو مقرر في القانون الحالي (السابق) استناداً إلى قرينة تنازل الدائن أو استيفائه لحقه وهي قرينة تستخلص من خروج الحيازة من يده ، ولكنها لم تجر هذا الأصل على إطلاقه ، بل جعلت للدائن أن يبقى هذه القرينة إذا أقام الدليل على أن الحيازة خرجت من يده بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . وبديهي أن الحكم قاصر على صلة الراهن بالمرتهن ، فهو بهذا التحديد لا يؤثر في حقوق الغير " [1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٤ – ص ٢٠٥ .

٥٤١ – تخلي المرتهن عن الحيازة لغير الراهن : وقد يتخلى الدائن المرتهن عن حيازة الشيء المرهون إلى غير الراهن ، فيجوز ذلك ، ولا يبطل الرهن ويبقى صحيحاً .

فيجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العين المرهونة لمستأجر غير الراهن سواء كان الشيء عقاراً أو منقولا [١] .

ويجوز أيضاً للدائن المرتهن أن يودع الشيء المرهون أو أن يعيره لشخص غير الراهن ، فيضع المودع عنده أو المستعير يده على الشيء المرهون نيابة عن الدائن المرتهن ، ويبقى الرهن قائماً صحيحاً [٢] .

٥٤٢ – سريان أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٩ مدني ، فيما رأينا [٣] ، ما يأتي : " ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع " . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " وتتبع في تسليم العين المرهونة الأحكام التي تنطبق على تسليم العين المبيعة ، من حيث كيفية التسليم ومكانه وزمانه وما إلى ذلك " [٤] .

وقد سبق أن تكلمنا في كل ذلك عند الكلام في البيع ، فلا حاجة إلى التكرار . وإنما يكفينا أن نذكر بالمسائل الأساسية ، في زمان التسليم ، وفي مكان التسليم ، وفي كيفية التسليم ، ثم ننتهي بكلمة موجزة فيما يترتب على عدم التسليم .

٥٤٣ – زمان التسليم : يجب أن يسلم الراهن الشيء المرهون حيازة إلى الدائن المرتهن (أو إلى عدل) بعد إبرام عقد الحيازة ، لأن التسليم التزام ينشأ من ذلك العقد . ويكون التسليم عادة فور إبرام العقد ، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون التسليم بعد ذلك بمدة قد تطول مادام عقد الرهن قائماً . والمهم أن يتم التسليم قبل أن يتخلى الراهن عن إدارة أمواله ، بناء على حكم مثلا يقرر إفلاس الراهن [٥] .

ويمكن أن يتم التسليم بعد عقد الرهن بزمن ، ويحتج به على الغير ، إلا إذا حصل الغير قبل التسليم على حقوق متعارضة مع الرهن على الشيء المرهون .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٠٧ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٣ .

(٣) أنظر فقرة ٥٣٣ .

(٤) آنفاً فقرة ٥٣٣ .

(٥) لوران فقرة ٤٨٠ وفقرة ٤٨٢ – جيوار فقرة ١٠٥ – بودري ودي نوان فقرة ٨٢ – دي هلتس فقرة ٣٥ – محمد كامل مرسي فقرة ٢٩٩ – استئناف وطني أول يناير سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٤ ص ١ .

٥٤٤ – مكان التسليم : ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه الشيء المرهون وقت تمام عقد الرهن ، ما لم يتفق على غير ذلك [١] .

٥٤٥ – كيفية التسليم : يكون التسليم بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن (أو العدل) بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، مادام الدائن المرتهن يعلم بذلك .

ويتم التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المرهون . ففي الأشياء المادية ، يكون التسليم إما حقيقياً ، أو رمزياً كوضع علامة الدائن المرتهن على الأمكنة التي توجد فيها الأشياء المرهونة على أن يكون تخلى الراهن عن هذه الأشياء ظاهراً ظهوراً كافياً [٢] .

وقد يكون نقل الحيازة بمجرد رغبة المتعاقدين ، إذا كان الشيء المرهون قبل الرهن في حيازة الدائن المرتهن بصفة أخرى كمودع عنده أو مستعير [٣] . وإذا كان الشيء المرهون مودعاً في مخزن ، فإن تسليم السند الذي يمكن بموجبه تسليم الشيء من المخزن يعتبر تسليماً صحيحاً [٤] .

وإذا كان محل الرهن شيئاً غير مادي ، اختلفت الحيازة باختلاف الحق المسلم . فالديون يعتبر تسلمها بتسليم سنداتها [٥] ، فإذا لم يكن الدين ثابتاً في سند مكتوب لم يمكن رهنه [٦] . وحيازة السندات لحاملها تنتقل بتسليم السند ، وإذا كانت مودعة في مصرف انتقلت بتسليم الإيصال ، وشهادة الاختراع تنتقل بتسليم الشهادة ، وحق الإيجار بتسليم سند الإيجار [٧] .

٥٤٦ – ما يترتب على عدم التسليم : في التقنين السابق ، كان رهن الحيازة لا ينعقد دون تسليم ، لأن رهن الحيازة كان عقداً عينياً لا يتم دون أن تسلم العين المرهونة . وقبل التسليم ، كان اعتبار العقد وعداً برهن ، يمكن بموجبه إجبار الواعد على

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٠ .

(٢) جيوار فقرة ٩٦ – بودري ودي لوان فقرة ١٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٧ – استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٠٥ – ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٠ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٦٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٧ .

(٤) ترولون فقرة ٢٩٩٨ – فقرة ٣٠٥ – جيوار فقرة ٩٦ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٧ .

(٥) جيوار فقرة ٩٠ – بودري ودي لوان فقرة ٧٤ – أوبري ورو ٣ فقرة ٤٣٢ هامش ٢٠ .

(٦) لوان فقرة ٤٧٧ – جيوار فقرة ٩١ – بودري ودي لوان فقرة ٧٥ .

(٧) محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٥ ص ٣٩٨ – ص ٣٩٩ .

التسليم ، فينعقد الرهن الحيازي [1] . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا امتنع الراهن ، في عقد الرهن الحيازي ، عن تسليم الشيء المرهون ، أمكن المرتهن أن يجبره على ذلك قضاء ، ويبطل الرهن إذا بقي المرهون باختيار المرتهن في حيازة الراهن ، أو رجع إليه باختياره أيضاً. فإذا رفضت المحكمة طلب حبس العين على أساس ما استبانته من وقائع الدعوى من عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها وتركها باختياره تحت يد الراهن فقضاؤها بذلك سليم ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فيما تثبته في شأن مسألة وضع اليد . أما إذا ثبت أن عدم وضع يد المرتهن على العين المطلوب حبسها قد كان غصباً فلا يبطل الرهن ، بل يبقى صحيحاً ، ويكون للمرتهن حق المطالبة بالحبس [2] .

أما في التقنين المدني الجديد ، فالتسليم أصبح التزاماً لا ركناً ، وقبل التسليم يتم رهن الحيازة . ويستطيع الدائن ، عند حلول الدين ، أن ينفذ على العين المرهونة قبل تسلمها باعتباره دائناً مرتهناً ، ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم [3] .

المطلب الثالث

ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه

٥٤٧ – نص قانوني : تنص المادة ١١٠١ مدني على ما يأتي :

" يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد . وللدائن المرتهن ، في حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقته الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون " [4] .

---

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ – ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ – ١٣ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٠ .

(٢) نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٨ ص ٤١٤ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٦ ص ٤٠١ .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٧ من المشروع التمهيدي ، وأدخلت لجنة المراجعة على النص تعديلات لفظية بسيطة ، فأصبح النص ، تحت رقم ١٢٠٥ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٠ ؛ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٥ – ص ٢٠٦) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" يلتزم الراهن أيضاً بضمان الرهن . فليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون ، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن . كأن يخرب العين قبل تسليمها ، أو يعطى عليها للغير حقاً عينياً نافذاً في حق الدائن المرتهن . وللدائن أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون ، كما لو كان المرهون مضموناً برهن ، فيقيده الدائن المرتهن أو يجدد قيده ، ويرجع بالمصاريف على الراهن وهذا يرجع بها على من رهن له " [1] .

ويلاحظ أن ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه هو شبيه بضمان البائع للتعرض ، تعرضه الشخصي وتعرض الغير ، فنتكلم هنا في ضمان الراهن لتعرضه الشخصي ، وضمان لتعرض الغير .

٥٤٨ – ضمان الراهن لتعرضه الشخصي : فلا يجوز أن يقوم الراهن لمصلحة شخص آخر بترتيب أي حق على الشيء المرهون يشهر قبل قيد الراهن ، أو أن يقوم بأي عمل يترتب عليه تخريب الشيء المرهون أو إنقاصه إنقاصاً كبيراً .

وإذا نزع الراهن شيئاً من المال المرهون أو من ملحقاته ، كأن يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المباني فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها خالصة من الرهن ، كأن للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بالضمان .

وإذا لم يتسلم المشترى الأنقاض أو تسلمها وهو سيء النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن .

= التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي : م ١١٠٥ : يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون .

التقنين العراقي : م ١٣٣٥ : يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامة الرهن ، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة المرهون ، أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٦ .

وللدائن المرتهن ، في حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون . وقد أتت مذكرة المشروع التمهيدي بمثل على ذلك ، أن يكون المرهون ديناً مضموناً برهن ، والرهن يجب قيده أو يجب تجديد قيده ، فيقوم الدائن المرتهن ارتهان حيازة بهذا القيد أو بهذا التجديد . عند ذلك يرجع الدائن المرتهن على الراهن حيازة بما صرفه في القيد أو في التجديد ، ثم يرجع الراهن حيازة بما دفعه في ذلك على الراهن للرهن الضامن للدين .

٥٤٩ – ضمان الراهن لتعرض الغير : وفيما يتعلق بتعرض الغير ، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن . فإذا ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حق رهنه أولا ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازة وكان الدائن المرتهن قد رتب حقه رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير .

فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن حيازة أن يطلب بتقديم تأمين كاف ، أو بتكملة التأمين المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً .

ونرى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرض الغير (وتعرضه الشخصي) هو في الواقع من الأمر الجزاء الكافي على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه ، فالراهن ملزم بأن يكون الرهن مستجيباً للأغراض التي عقد من أجلها ، فإن اختل غرض ، سواء بخطأ الراهن أو بغير خطأه ، وجب على الراهن الضمان .

المطلب الرابع

ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه

٥٥٠ – نص قانوني : تنص المادة ١١٠٢ مدني على ما يأتي :

" ١ – يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة " .

" ٢ — وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق " (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

" ويضمن الراهن أيضاً هلاك المرهون أو تلفه إذا كان هذا راجعا إلى خطأه أو إلى قوة قاهرة ، ويكون للدائن المرتهن في الحالة الأولى الخيار بين انقضاء الدين فوراً أو المطالبة بتأمين آخر ، وفي الحالة الأخرى يكون الخيار للمدين ، وهذه هي نفس قواعد الرهن الرسمي. وتتبع أيضاً هذه القواعد في انتقال الرهن من الشيء المرهون إلى ما يحل محله من حقوق ، كتعويض أو مبلغ تأمين . أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن نفسه ، فإنه يكون مسئولا عن التعويض ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض " (٢) .

والمادة ١١٠٢ مدني تجعل المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ تنطبقان على رهن الحيازة ، وهذا هو نص المادتين :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٨ من المشروع التمهيدي ، وفي لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية بسيطة ، فصار النص ، تحت رقم ١٢٠٦ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٧ — ص ٢٠٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٣٥ : ١ — الدائن مسئول مبدئياً عما يصيب الشيء المرهون من هلاك أو تعيب . ٢ — والرهن ملزم بما أنفقه الدائن لصيانة هذا الشيء .

التقنين المدني الليبي : م ١١٠٦ : ١ — يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة . ٢ — وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٥٢ و ١٠٥٣ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً اتفاقياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق .

التقنين العراقي : م ١٣٣٦ : ١ — إذا هلك الشيء المرهون رهناً حيازياً أو تعيب قضاء وقدراً ، كان هلاكه أو تعيبه على الراهن . ويتبع في تخيير المدين أو الدائن إذا هلك المرهون قضاء وقدراً أو بخطأ أحكام الرهن التأميني الواردة في المادة ١٢٩٧ . ٢ — وإذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن إلى المال الذي قد يحل محله ، وفقاً لأحكام الرهن التأميني الواردة في المادة ١٢٩٨ .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٨ .

م ١٠٤٨ : " ١ — إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . ٢ — فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل . وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد ، فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . ٣ — وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر " .

م ١٠٤٩ : " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة " .

وعلى ذلك نتكلم في إيجاز في المسائل الآتية : (١) هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الراهن. (٢) هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن . (٣) هلاك الشيء أو تلفه بسبب أجنبي . (٤) تعرض الشيء للهلاك أو التلف . (٥) انتقال الرهن إلى الحق الذي حل محل الشيء .

٥٥١ — هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الراهن : فإذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار ، بين أن يقتضى تأميناً كافياً بدلا من التأمين الهالك أو التالف ، أو أن يسقط أجل الدين فيصبح الدين حالا فيتقاضاه فوراً . وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ الراهن فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن .

٥٥٢ — هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن : وإذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن ، وهذا قد يحدث لأن الدائن المرتهن يكون الشيء عادة في حيازته في رهن الحيازة ، فلا يجوز أن يطلب الدائن المرتهن شيئاً لأن الهلاك أو التلف بخطأه هو ، بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطأه ، طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . ويحل هذا التعويض محل ما هلك من الشيء أو تلف ، ويصبح مرهوناً مثله في دين الدائن المرتهن ، وهذا مثل من أمثلة الحلول العيني .

٥٥٣ – هلاك الشيء أو تلفه بسبب أجنبي : وإن كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا يد للراهن ولا للدائن المرتهن فيه ، كان الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن ، أو تقديم تأمين كاف بدلا من التأمين الهالك أو التالف .

فإذا اختار الراهن الأمر الأول ، وكان الدين بفوائد اتفاقية ، لم يدفع الراهن من هذه الفوائد إلا ما سرى منها وقت إسقاط أجل الدين ، أما إذا كان الدين بغير فوائد ، فإن الراهن يستنـــزل من الدين قبل دفعه فوائد بالسعر القانوني (٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية ، عن المدة ما بين وفاء الدين وحلول أجل الدين في ميعاده الأصلي وإذا كان الراهن غير المدين ، جاز للراهن أن يدفع هو الدين على هذا النحو أي مع انتقاص الفوائد ، ورجع بالدين كاملا عند حلول أجله الأصلي على المدين .

وهذه الرعاية لجانب الراهن سببها أن الهلاك أو التلف لم يكن بخطأه بل كان بسبب أجنبي ، فوجب أن يكون الخيار له .

٥٥٤ – تعرض الشيء للهلاك أو التلف : وإذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض الشيء المرهون للهلاك أو التلف ، أو تجعله غير كاف للتأمين ، ولم يكن للراهن يد في هذه الأعمال ، كما إذا أزمع الجار أن يقيم بناء لو تم كان فيه اعتداء على العقار المرهون أو على حقوق ارتفاق لهذا العقار ، جاز للدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل ما يمنع ذلك .

فيجوز له ، دون وساطة الراهن ، أن يطلب من القاضي أن يحكم بوقف هذه الأعمال ، فيمنع الجار من أن يقيم البناء في وضع يكون فيه اعتداء على العقار المرهون .

وللدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ما يكفي لذلك ، ولو بوضع العقار المرهون تحت الحراسة . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ سالفة الذكر [1] في هذا الصدد : " وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر " .

٥٥٥ – انتقال الراهن إلى الحق الذي حل محل الشيء : وإذا هلك المرهون أو تلف لأي سبب كان ، سواء كان ذلك بخطأ الراهن أو بغير خطأه ، ولكن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

ترتب على الهلاك أو التلف أن استحق حق آخر ، فإن هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه ، تطبيقاً لنظرية الحلول العيني .

ويورد نص المادة ١٠٤٩ مدني [1] أمثلة ثلاثة : حق التعويض في ذمة الغير ، ومبلغ التأمين ، والثمن الذي تقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة . وهناك أمثلة أخرى . فقد يكون هلاك الشيء المرهون نتيجة لغارة جوية أو زلزال ، وتقدم الدولة تعويضاً للمنكوبين فيحل التعويض محل الشيء . وقد يهدم الراهن المبنى المرهون ويبيعه أنقاضاً للمشترى ، فيحل الثمن في ذمة المشترى محل المبنى جزئياً .

فمادام الحق قد استحق في مقابل هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، فإن حل محل الشيء المرهون حلولا عينياً . وينتقل حق الدائن المرتهن ، بحكم هذا الحلول العيني ، ومن الشيء الهالك أو التالف إلى الحق الذي حل محله [2]

وعلى ذلك إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً . وإذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه فدفعت شركة التأمين كل قيمته ، حلت هذه القيمة محل الشيء المرهون ، وكان الدائن مخيراً بين استبقائها مرهونة في حقه أو استيفاء حقه فوراً بعد إسقاط الأجل . وقد يكون هلاك الشيء المرهون أو تلفه بفعل الغير ، وهذا سبب أجنبي ، فيدفع الغير تعويضاً يحل محل الشيء المرهون ، ويستطيع المدين الراهن أن يقدم هذا التعويض تأميناً كافياً للدائن المرتهن بدلا من وفاء الدين قبل حلول الأجل .

المبحث الثاني

التزامات الدائن المرتهن حيازة

٥٥٦ – التزامات أربعة : ويلتزم الدائن المرتهن حيازة بالتزامات أربعة :

(١) المحافظة على الشيء المرهون . (٢) واستثماره . (٣) وإدارته . (٤) ورده إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كانت البضاعة المرهونة والمؤمن عليها قد احترقت وتقرر حق الدائن المرتهن في مبلغ التأمين المستحق ، وكان مقتضى ذلك حلول مبلغ التأمين محل البضاعة المرهونة ، فإنه ليس هناك محل لرجوع المدين الراهن على الدائن المرتهن، وحسبه أن تجرى المحاسبة بينهما على أساس عقد القرض المضمون بالرهن (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١١ ص ١٣٤٧).

ويسرى على رهن الحيازة ما يسرى على الرهن الرسمي : (١) إذا كان الراهن غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال (م ١٠٥٠ مدني) . (٢) أحكام المادة ١٠٥٢ مدني المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات .

المطلب الأول

المحافظة على الشيء المرهون

٥٥٧ — نص قانوني : نصت المادة ١١٠٣ مدني على ما يأتي :

" إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه " [1] .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٣٩ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٠٧ في المشروع النهائي ، وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٠ — ص ٢١٢) .

التقنين المدني السابق : م ٦٦٦/٥٤٤ : الشيء المرهون هو تحت حفظ الحائز له ، فإذا تلف بسبب قهري فتلفه على مالكه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٦٦ : ١ — على الدائن أن يعتني بصيانة العقار المرهون وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتناول من الثمار جميع مصاريف الصيانة والتصليحات ، أو أن يستوفيها بالأفضلية من ثمن العقار . ٢ — وله دائماً أن يرفع هذه الالتزامات عن عاتقه بتخليه عن حق الرهن .

التقنين المدني الليبي : م ١١٠٧ : إذا تسلم الدائن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص العادي ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

التقنين المدني العراقي : م ١/١٣٣٨ : على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهناً حيازياً وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف ، على أن يرجع بذلك على الراهن . وهو مسئول عن هلاكه ، كلا أو بعضاً ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

" ٢ – فالدائن المرتهن ، إذا تسلم الشيء ، يكون مسئولا عن حفظه وصيانته ، ويلتزم أن يبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد . وهذه المسئولية تعاقدية ، فهو مسئول عن هلاك الشيء إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . ومما يدخل في العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشيء المرهون ، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشيء من هلاك أو تلف أو نقص في القيمة . ويجوز للراهن في هذه الحالة أن يسترد الشيء المعرض للتلف ، على أن يقدم للدائن تأميناً آخر يكون كافياً " [1] .

ويلاحظ أن هذا الالتزام في ذمة الدائن المرتهن (المحافظة على الشيء المرهون) ، وما يليه من التزامات ثلاثة أخرى في ذمة الدائن المرتهن (استثمار الشيء المرهون وإدارته ورده) ، إنما تترتب جميعاً بتسلم الدائن المرتهن للشيء المرهون إذ أن تسليم الدائن المرتهن الشيء المرهون هو التزام في ذمة الراهن أطلنا القول فيه فيما تقدم . وقبل أن يتسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، لا يكون عليه شيء من هذه الالتزامات الأربعة ، فهي التزامات لا توجد إلا بعد أن ينفذ الراهن التزامه من تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن .

ونتكلم ، في صدد هذا الالتزام (المحافظة على الشيء المرهون) فيما يأتي : (١) الالتزام تعاقدي وما يستتبع ذلك (مقدار العناية – إثبات السبب الأجنبي) . (٢) ما يدخل في العناية المطلوبة . (٣) المصروفات اللازمة للمحافظة على الشيء . (٤) جزاء الالتزام بالمحافظة على الشيء .

٥٥٨ – التزام المحافظة على الشيء التزام تعاقدي : فإذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فإنه يلتزم بالمحافظة عليه وبصيانته .

فيجب عليه أن يقوم بما يلزم لحفظ الشيء ، ولجعله يقوم بعمله ويؤدي مهمته . فإذا كان الشيء ديناً مضموناً برهن رسمي ، وجب عليه أن يجدد قيد الرهن في الوقت المناسب [2] . وإذا كان الدين مهدداً بالسقوط بالتقادم ، وجب عليه أن يقطع المدة [3] . وإذا كان المرهون كمبيالة ، وجب عليه أن يطالب بالوفاء بها عند الاستحقاق [4] ، وأن يقوم بعمل البروتستو عند عدم الدفع [5] . وإذا كان المحافظة على الشيء في حاجة إلى خبرة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١١ .

(٢) جيوار فقرة ١٨٨ – بودري ودي لوان فقرة ١٣٧ – جوسران ٢ فقره ١٥٣٠ .

(٣) جيوار فقرة ١٨٨ – استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢١ .

(٤) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٨ .

(٥) بون ٢ فقرة ١١٧٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٤٣٣ .

خاصة غير متوفرة في الدائن المرتهن ، وجب عليه الاستعانة بمن تتوافر فيه هذه الخبرة الخاصة [1] .

والعناية المطلوبة في المحافظة على الشيء المرهون هي عناية الشخص المعتاد ، لا أزيد ولا أقل . فلو أن الدائن المرتهن كان معروفاً بالحيطة والتدبر في أموره ، ويزيد على الشخص المعتاد في عنايته بشؤونه ، لم يطلب منه كل هذه العناية في المحافظة على الشيء المرهون ، وإلا فإنها عناية تزيد على عناية الشخص المعتاد . كذلك إذا كان الدائن المرتهن معروفاً بالإهمال وعدم التحوط ، لم يكتف منه بهذه العناية ، وإلا فإنها عناية تقل عن عناية الشخص المعتاد . والمطلوب هو عناية الشخص المعتاد ، لا أقل ولو كانت عناية الدائن المرتهن في شؤونه الخاصة أقل من عناية الرجل المعتاد ، ولا أكثر ولو كانت عناية الدائن المرتهن في شؤونه الخاصة أزيد من عناية الرجل المعتاد .

ثم إن هذا الالتزام التزام تعاقدي ، لأنه ينشأ من عقد الرهن فيما بين الدائن المرتهن والراهن . ومعنى أنه التزام تعاقدي أنه يفرض أن الدائن المرتهن قائم به ، فلا حاجة لتحمل الراهن أي عبء في الإثبات .

فمادام الشيء لم يصبه أي مكروه ، ولم يهلك ولم يتلف ، فالمفروض أن الدائن المرتهن قائم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد . وقد سبق أن بحثنا الحكم فيما إذا هلك الشيء أو تلف ، بتقصير الراهن ، أو بتقصير الدائن المرتهن ، أو بسبب أجنبي، ولم نعرض في ذلك لمسألة الإثبات .

أما هنا فنقول إن عبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن ، لأن الالتزام تعاقدي ، فمادام الشيء المرهون سليما ، فهذا دليل على أن الدائن المرتهن قائم بالتزامه من المحافظة عل الشيء بعناية الشخص المعتاد . أما إذا هلك الشيء أو تلف أو أصابه خلل ، فإن الراهن لا يكلف بأي إثبات . ومن حقه أن يعتبر أن الدائن المرتهن لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد ، وأنه مسئول عن هذا الخلل . وعبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن ، فهو مسئول عن الخلل إذا أثبت أن الهلاك أو التلف أو الخلل يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا الصدد : " وهذه المسئولية تعاقدية ، فهو مسئول عن هلاك الشيء ، إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه " [2] .

---

(١) أنظر بودري ودي لوان فقرة ١٣٩ وفقرة ٢١٤ — استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٨ ص ٩ — ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٣ .

ويرجع الدائن المرتهن بالمصروفات على الراهن (محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٩ ص ٤٠٥ هامش ٣) .

(٢) آنفاً فقرة ٥٥٧ .

وخلاصة القول هنا أن أي هلاك أو تلف أو خلل في الشيء المرهون ، بعد أن يتسلمه الدائن ، يفرض أنه حصل بخطأه ، ما لم يثبت هو أنه حصل بخطأ الراهن أو بخطأ الغير أو قضاء وقدراً ، أي ما لم يثبت هو أنه حصل بسبب أجنبي لا يد له فيه .

٥٥٩ – ما يدخل في العناية المطلوبة – نص محذوف : وكان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً هو المادة ١٥٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي :

" إذا كان الشيء المرهون مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة ، وجب على الدائن أن يبادر بإخطار الراهن بذلك . وفي هذه الحالة يجوز للراهن أن يسترد الشيء ، إذا قدم للدائن تأميناً آخر يراه القاضي كافياً "

وقد تليت هذه المادة في لجنة المراجعة ، فرأت اللجنة حذفها اكتفاء بالقواعد العامة [1] .

والقواعد العامة تكفي ، في الواقع من الأمر ، للوصول إلى حكم هذه المادة دون حاجة إلى نص خاص بذلك . فالدائن المرتهن هو الذي انتقلت إليه حيازة الشيء المرهون ، فيعلم بطبيعة الحال حالة هذا الشيء ، وما إذا كان مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة . فإذا كان مهدداً بذلك ، كان الأمر خطيراً ولم يستطع السكوت على ذلك .

فعليه أن يبادر إلى إخطار الراهن بحالة الشيء المرهون . فإذا رأى الراهن أن بقاء الشيء بحالته عند الدائن المرتهن يهدد هذا الشيء ، وأن الشيء قد يهلك أو يتلف أو يصيبه نقص في القيمة ، فله أن يسترد الشيء من الدائن المرتهن ، على أن يقدم له تأميناً آخر يراه القاضي كافياً .

فيدخل إذن في العناية المطلوبة من الدائن المرتهن ، أن يخطر الراهن بما يهدد الشيء المرهون من هلاك أو تلف أو نقص في القيمة ، حتى يستطيع الراهن أن يكون ملماً بحالة الشيء ، فيكون على بصيرة من أمره .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في هذا الصدد ، ما يأتي : " ومما يدخل في العناية المطلوبة من الدائن المرتهن أن يبادر ، وهو الحائز للشيء المرهون ، إلى إخطار الراهن بما عسى أن يهدد الشيء من هلاك أو تلف أو نقص في القيمة . ويجوز للراهن في هذه الحالة أن يسترد الشيء المعرض للتلف ، على أن يقدم للدائن تأمينا آخر يكون كافياً (م ١٥٤٠ من المشروع التمهيدي " [2]) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٠ – ص ٢١١ في الهامش .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ .

٥٦٠ – المصروفات اللازمة للمحافظة على الشيء : وقد ينفق الدائن المرتهن ، في المحافظة على الشيء المرهون وصيانته ، مصروفات تقتضيها أعمال المحافظة والصيانة . مثل ذلك مصروفات تجديد القيد ، وقطع المدة في التقادم ، والوفاء بالكمبيالة ، وعمل البروتستو ، ونحو ذلك [١] .

وهذه المصروفات ينفقها الدائن المرتهن ، ولكن يكون له حق الرجوع بها على المستفيد الحقيقي منها ، وغالباً يكون الراهن ، أو المدين ، أو المدين الراهن إذا كان شخصاً واحداً [٢] .

٥٦١ – جزاء الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون : وقد لا يقوم الدائن المرتهن بالتزامه على الشيء المرهون ، أو يخل بهذا الالتزام .

وهنا يجب تطبيق القواعد العامة .

وهذه تعني بأهمية المخالفة ، وما أصاب الراهن أو غيره من ضرر بسببها .

فإذا كان الضرر غير جسيم ، فقد يكفي الحكم بالتعويض للمضرور جزاء للدائن المرتهن لعدم القيام بالتزامه .

أما إذا كان الضرر جسيماً ، ولا يؤمن بقاء الشيء المرهون في يد الدائن المرتهن ، فقد يصل الأمر ، فوق الحكم بالتعويض ، إلى وضع الشيء المرهون تحت الحراسة .

المطلب الثاني

استثمار الشيء المرهون

٥٦٢ – نص قانوني : تنص المادة ١١٠٤ مدني على ما يأتي :

" ١ – ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل " .

" ٢ – وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا ، ما لم يتفق على غير ذلك " .

" ٣ – وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٨ .

(٢) أنظر استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٦٥ – دي هلتس فقرة ١٠٤ – جرانمولان فقرة ١٨٠ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٠٩ ص ٤٠٧ .

قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين " [1] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" ١ — يلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون الاستثمار الذي يصلح له [1] ، وأن يبذل في استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد ، ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤١ من المشروع التمهيدي ، وأجرت لجنة المراجعة تعديلات لفظية في النص حتى صار مطابقاً لما إستقر عليه في التقنين المدني الجديد . ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٠٨ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٢ — ص ٢١٤) .

التقنين المدني السابق : م ٦٦٧/٥٤٥ : لا يجوز للدائن المرتهن أن ينتفع بالرهن بدون مقابل ، بل عليه أن يسعى في الاستغلال من الرهن بحسب ما هو قابل له ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . وهذه الغلة تستنزل من الدين المؤمن بالرهن ، ولو قبل حلول الأجل ، بحيث أنها تستنزل أولا من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٦٥ : ١ — لا يجوز للدائن أن يتناول دون رضاه المدين منفعة مجانية من العقار المرهون ، وعليه أن يستغل منه كل الثمار التي يمكن أن تغلها . ٢ — وتخصم هذه الثمار من الدين المضمون ، حتى قبل استحقاقه ، محسوبة أولا على الفائدة والنفقات ثم على رأس المال . وأنظر أيضا م ١٠٣٦ ، م ١٠٣٧ .

التقنين المدني الليبي : م ١١٠٨ : ١ — ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ — وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ — وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفادة من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٤٠ : ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل . وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثوق بالرهن ، ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : م ١١١ : لا يجوز للدائن أن يتناول دون رضاء المديون منفعة مجانية من العقار المرهون ، وعليه أن يستغله كل الثمار التي يمكن أن يغلها ، وتخصم هذه الغلة من الدين المضمون ، حتى قبل استحقاقه ، مسحوبة أولا على الفائدة والنفقات ، ثم على رأس المال .

(1) أ — للدائن المرتهن متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذي تصلح له ، إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك ، فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة في هذا التأجير وبالتالي فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضي بل يمتد تلقائياً في مواجهة المدين الراهن . (جلسة ١٩٩١/٥/٢٣ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٥٦ ق) . =

برضاء الراهن ، ويبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل ، فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية ، كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن . فإذا لم يكن للدين فوائد ، رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول " .

" ٢ — وما ينتج من الغلة يخصم من الدين ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يحتسب الخصم من قيمة ما أنفقه الدائن المرتهن في المحافظة على الشيء وما عسى أن يستحقه من تعويض ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين . والحق في أخذ الغلة

= ب — للدائن المرتهن — متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة — أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذي تصلح له إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة في التأجير وبالتالي فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضي باقتضاء الرهن بل يمتد تلقائياً في مواجهة الراهن، وكان البين من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قدم عقدي إيجار مؤرخين ١٩٦٧/١١/١٠ ، ١٩٧٧/١/١٢ صادرين له من المطعون ضده الثاني " الدائن المرتهن " بمساحة ٦ ط ، ١ فدان من الأرض الزراعية عن العامين الزراعيين ١٩٧٥/١٩٧٦ ، ١٩٧٦/١٩٧٧ فإن هذه الإجارة تكون نافذة في حق المدين الراهن حتى بعد انقضاء الرهن بتاريخ ١٩٧٧/٤/٩ وترتب للمستأجر " الطاعن " الحق في الامتداد القانوني لها ، ولا يجوز للراهن وفقاً لنص المادة ٣٥ من قانون الإصلاح الزراعي — آنف الذكر — أن يطلب إخلاء تلك المساحة إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهري يقضي به القانون أو العقد وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن عقد الإيجار الصادر من الدائن المرتهن ينتهي بانقضاء الرهن ولا يمتد في مواجهة المدين الراهن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ولا يغير من ذلك عدم إيداع نسخة من كلا العقدين المشار إليهما الجمعية التعاونية المختصة لأن الإيداع — وعلى ما هو مقرر في قضاء محكمة النقض — شرط قبول الدعوى أو المنازعة من المؤجر دون المستأجر لأن المؤجر هو الذي يقع على عاتقه عبء الالتزام بإيداع العقد وذلك طبقا للمادتين ٣٦ ، ٣٦ مكرر من قانون الإصلاح الزراعي المعدل بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٦ .

(جلسة ١٩٨٨/٥/٣ الطعن رقم ٢٠٩٧ لسنة ٥٥ ق) .

ج — للدائن المرتهن متى انتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذي تصلح له ، إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك ، فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة في هذا التأجير وبالتالي فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضي بانقضاء الرهن بل يمتد تلقائياً في مواجهة الراهن ، لما كان ذلك ، وكان الثابت أن عقد الإيجار الصادر من الدائن المرتهن والمطعون عليه الخامس — إلى الطاعنين قد حرر وأثبت في دفاتر الجمعية التعاونية طبقاً للقانون ، فإنه يمتد — حتى بعد انقضاء الرهن — في مواجهة المدينين الراهنين — المطعون عليهما الثالثة والرابعة — اللتان تحلان محل الدائن المرتهن — المطعون عليه الخامس — كمؤجرين ، ويحل من بعدها كمؤجر المشتريان منهما المطعون عليهما الأول والثاني .

(جلسة ١٩٨٠/٣/٤ الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ٧٢٤) .

وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائباً عن الراهن " [1] .

ونتكلم هنا في المسائل الآتية : (١) وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل . (٢) كيفية الاستثمار . (٣) العناية الواجب بذلها في الاستثمار . (٤) توزيع ما ينتج من الاستثمار . (٥) جزاء إخلال الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية . (٦) الاتفاق على جعل الثمار في مقابل الفوائد (م ١١٠٥/١ مدني) . (٧) عدم تعيين ميعاد لحلول الدين المضمون (م ١١٠٥/٢ مدني) .

٥٦٣ – وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل : ولا يجوز للدائن المرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل (م ١١١٠٤/١) ، بل إن انتفاعه به يجب أن يكون له مقابل [2] يخصم من الدين على الوجه الذي سنبينه فيما يلي .

ويجب على الدائن المرتهن ، مادام الشيء المرهون صالحاً للاستثمار ، أن يستثمره استثمارا كاملا ، ولهذا أوجب القانون نقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن حتى يستثمره .

ويجوز اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على أن يستثمر الدائن المرتهن الشيء المرهون ويستبقيه عنده ضماناً لحقه ، ولكن لابد من اتفاق على ذلك ، وبدون هذا الاتفاق يتعين على الدائن المرتهن بمجرد تسلمه الشيء المرهون أن يستثمره استثماراً كاملا ، وأن يخصم حاصل هذا الاستثمار على نحو معين [3] سنبينه فيما بعد .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ .

(٢) وذلك لمنع الحصول على فوائد فاحشة يحرمها القانون (استئناف وطني ١٠ مايو سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦ ص ٩ – استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الدائن الأرض المرهونة له تتضمن في حقيقة الواقع المطالبة بريع هذه الأرض عن مدة الرهن كلها ، وإجراء المقاصة بين هذا الريع وبين الدين المضمون وتوابعه (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ١١) .

وقضت أيضاً بأن الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن في استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حساباً مفصلا عن ذلك ، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣١٣ رقم ١٠) .

٥٦٤ – كيفية الاستثمار : يكون استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملا في الوجه الذي يصلح له ، وبالطريقة المألوفة لاستثمار الشيء ، فلا يجوز للدائن المرتهن تغيير هذه الطريقة المألوفة ، إلا إذا رضي الراهن بذلك .

فاستغلال الأراضي الزراعية استغلالا معتاداً يكون بزرعها بالمحصولات العادية كالقطن والقمح والذرة والأرز والبرسيم وما إلى ذلك ، أو بتأجيرها إلى من يقوم بزراعتها على هذا النحو . واستغلال حدائق الفاكهة أو الورد يكون بزراعتها فاكهة أو ورداً أو بتأجيرها لهذا الغرض ، ولكن لا تجوز زراعة هذه الأرض بالمحصولات العادية كالقطن والقمح .

واستغلال المنازل والبيوت يكون بسكناها ، أو بتأجيرها للسكنى [١] ، ولا يجوز تحويلها إلى فندق أو مصنع إلا برضاء الراهن .

وكذلك الأمر في الأرض الفضاء ، وفي الفنادق وفي المصانع، وفي الأشياء المنقولة [٢]، وفي الديون ، وفي الأشياء المعنوية ، وفي غير ذلك [٣] .

وعلى الدائن المرتهن أن يبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل ، كإصلاح الشيء وترميمه ، وكعدم صلاحية الشيء للاستثمار ، وكهلاك الشيء أو تلفه أو نقص قيمته ، وغير ذلك مما يحدث للشيء [٤] .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٨ .

(٢) في القانون المدني الفرنسي ليس للدائن المرتهن حق استغلال المنقول المرهون من غير رضاء المدين الصريح أو الضمني ، ويعتبر المنقول المرهون وديعة في يد الدائن المرتهن لضمان حقه ، والثمار الناتجة من المنقول تكون ملكاً للمدين الراهن مع اعتبارها داخلة في حق الرهن أي مرهونة لأنها تابعة للشيء المرهون . فيجب على الدائن المرتهن أن يحفظ الثمار عيناً إذا كان ذلك ممكنا ، وإلا فيجب عليه أن يبيعها مع خصم ثمنها من الفوائد أو أصل الدين (بون فقرة ١١٨١ وفقرة ١١٨٢ – جيوار فقرة ١٤٢ مكررة – بودري ودي لوان فقرة ٩٦) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون لم يعين طريقاً خاصاً يجب إتباعه في تقدير ريع العين المرهونة رهناً حيازياً عند إجراء عملية استهلاك دين الراهن ، ومن ثم كان هذا التقدير مما تستقل به محكمة الموضوع مادامت تبنيه على أسباب سائغة (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٨ ص ٨١٥) .

(٤) أنظر في نقض حكم لم يبين الأسباب في اعتبار الدائن مقصراً في استغلال العين : نقض مدني ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ١٣ .
وأنظر نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٣ رقم ١٢ – ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٤ رقم ١٤ .

٥٦٥ – العناية الواجب بذلها في الاستثمار : ويجب أن يكون الدائن المرتهن معنياً باستثمار الشيء المرهون ، وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد .

فالعناية المطلوبة منه هي عناية الرجل المعتاد ، لا أكثر من ذلك ولو كان يبذل عناية فائقة تزيد على عناية الرجل المعتاد في شؤونه الخاصة ، ولا أقل ولو كان معروفاً بالإهمال في شؤونه الخاصة ويبذل فيها عناية أقل من عناية الرجل المعتاد .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : " يلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون بالاستثمار الذي يصلح له ، وأن يبذل في استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد " (١) .

٥٦٦ – توزيع ما ينتج من الاستثمار : وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١١٠٤ مدني ما يأتي :." وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد، ثم من أصل الدين " .

والذي ينتج من الاستثمار ، أي ما حصل عليه الدائن من صافي الريع بعد خصم مصروفات الاستثمار ، وما استفاده من استعمال الشيء كسكناه أو جني ثماره وغلته ، يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو قبل حلول أجله ، لأن الدائن المرتهن قد استوفاه أو استفاد به. فهذا يعتبر ، إلى جانب ما يسدده الراهن أو المدين نقداً ، مصدراً آخر لسداد الدين المضمون بالرهن .

ويوزع على النحو الآتي :

أولا – سداد ما للدائن ، مما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإضلاحات . فما أنفقه الدائن في المحافظة على الشيء ، ويجوز الرجوع به على الراهن ، يستوفيه الدائن المرتهن من هذه الغلة ، لأن الغلة للراهن ومصروفات المحافظة على الشيء على الراهن ، فيقاص هذا في ذاك .. ويستوفي الدائن المرتهن أيضاً من الغلة ما صرفه في إصلاح الشيء المرهون ، لأن ما صرفه في ذلك يرجع به على الراهن ، والغلة ملك الراهن فيستطيع الدائن المرتهن الرجوع على الغلة في هذه المصروفات .

---

(١) آنفاً فقرة ٥٦٢ .

ثانياً — سداد ملحقات الدين من مصروفات وفوائد . ويبدأ بالمصروفات ، فما صرفه الدائن المرتهن في الدين من سمسرة وأتعاب محاماة وقيد وتجديد القيد وغير ذلك ، يستوفيه الدائن المرتهن من الغلة ، لأن له الرجوع به على المدين وهو مضمون بالرهن ، فيرجع به على الغلة . ثم بعد المصروفات تأتي فوائد الدين ، ما ضمن منها بالرهن من تلقاء نفسه وما اشترط أن يضمنه الرهن ، وهذه الفوائد يستوفيها الدائن المرتهن أيضاً من الغلة .

ثالثاً — سداد أصل الدين ، فإن بقي من الغلة شيء بعد كل ما تقدم ، فإنه يذهب لسداد أصل الدين كله أو بعضه ، بعد أن يستوفي الدائن المرتهن من الغلة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم بعد أن استوفى من الغلة ملحقات الدين من مصروفات وفوائد [1] .

٥٦٧ — جزاء إخلال الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية : وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي : " فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية ، كان للراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن . فإذا لم يكن للدين فوائد ، رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول " [2] .

فالدائن المرتهن عليه واجب هو أن يبذل في استثمار الشيء المرهون عناية الرجل المعتاد كما قدمنا ، وعليه توزيع ما ينتج من الاستثمار على نحو معين ، فإن قصر في شيء من ذلك فإن مذكرة المشروع التمهيدي تقرر للراهن حقين :

(الحق الأول) له أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة . فالرهن لا يزال قائماً ، والشيء لا يزال مرهوناً ، ولكن الدائن المرتهن لا يوليه العناية الواجبة وهي عناية الشخص المعتاد . فيوضع الشيء المرهون تحت الحراسة ، والحارس هو الذي يعنى به ، فيوليه عناية الشخص المعتاد .

(الحق الثاني) وللمدين الراهن أيضاً أن يرد الدين المضمون بالرهن قبل حلول أجله الأصلي ، ومتى رد الدين استرد الشيء المرهون بعد أن انقضي الرهن على هذا النحو . ويلاحظ ، عند رد الدين ، أن الدين إذا كانت له فوائد ، فقد وقف سريان هذه الفوائد قبل

---

(١) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي م يأتي : " والحق في أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه ونائباً عن الراهن " . (آنفاً فقرة ٥٦٢) . وقد قضي بأن الدائن المرتهن لا يعتبر وكيلا من الراهن (أسيوط استئناف ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص ٤٠٤) .

(٢) آنفاً فقرة ٥٦٢ .

ميعاد الحلول الأصلي ، وعند دفع الدين . أما إذا لم يكن للدين فوائد ، فإن الراهن له أن يخصم من الدين عند رده فوائد بالسعر القانوني (٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية) ، عن المدة ما بين وقت دفع الدين ووقت حلول ميعاده الأصلي .

٥٦٨ – الإتفاق على جعل الثمار في مقابل الفوائد – نص قانوني :

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٥ مدني على ما يأتي :

" إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذاً في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية " [1] .

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا اتفق الطرفان ، المدين الراهن والدائن المرتهن ، على أن تكون ثمار الشيء المرهون أو إيراده (ثماره المدينة) أو بعضها في مقابل الفوائد ، لم يسر هذا الاتفاق في جميع الأحوال على علاته .

فإذا كانت ثمار الشيء المرهون (أو بعضها) لا تجاوز ٧% من الدين المضمون بالرهن، سرى الاتفاق ، واعتبرت الفائدة هي الثمار (أو بعضها) وهي لا تجاوز ٧% من الدين ، فتكون الفائدة لا تزيد على الحد الأقصى الذي يسمح به القانون للفوائد الاتفاقية ، فقد تكون مثلا ٤% أو ٥% أ, ٦% أو ٧% ، وهذا كله جائز . وبعد أن يستولى الدائن المرتهن على الثمار ، يبقى أصل الدين ، يسدده المدين الراهن للدائن المرتهن على الوجه الذي يتفقان عليه .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٥٤٢ من المشروع التمهيدي ، وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية طفيفة على النص فصار مطابقا ، تحت رقم ١/١٢٠ في المشروع النهائي ، لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١/١١٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/١١٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٥ – ص ٢١٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي : م ١/١١٠٩ : إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذاً في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٤٠ : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : م ١١١ : لا شيء .

وإذا كانت ثمار الشيء المرهون (أو بعضها) تجاوز ٧% من الدين ، لم يحسب للدائن إلا مقدار ٧% ، وما زاد على ذلك يخصم من أصل الدين [١] . وما يبقى من أصل الدين ، يتفق الطرفان على سداده بالطريقة التي يريانها .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في هذا الصدد ، ما يأتي :

" ويقع أن يسلم الراهن العين المرهونة للدائن ، على أن تكون الثمار في مقابل الفوائد . فيجب أن تخصم الثمار في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية ، فإذا زادت الثمار على هذا الحد الأقصى فما زاد منها يخصم من أصل الدين " [٢] .

٥٦٩ – عدم تعيين ميعاد لحلول الدين المضمون – نص قانوني :

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٥ مدني على ما يأتي :

فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن تجاوز قيمة الثمار . فإذا لم يعينا ميعاداً لحلول الدين المضمون، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا عن طريق استنـــزاله من قيمة الثمار ، دون إخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراد " [٣] .

---

(١) وكل اتفاق على غير ذلك باطل (استئناف وطني ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١١٣ – ١٠ مايو سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦ ص ٩ – أول يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٦٤ ص ٢٤٨ – ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٦٣ ص ٨٤٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه في الأحوال التي ينص فيها عقد رهن الحيازة على جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة مقابل فائدة الدين ، يعمل بشرط الانتفاع ولا يكون للمرتهن الحق في المطالبة باحتساب فائدة معينة لدينه لأن هذا الاتفاق معناه الاكتفاء بالغلة نقصت أو زادت . على أنه على كل حال لا يصح أن تتجاوز تلك الغلة أقصى فائدة يسمح بها القانون وهي ٩% ، ورقابة المحاكم في هذه الحالة تكون مقصورة على عدم تمكين المرتهن من الحصول على فائدة أكثر من المسموح به قانونا (استئناف مصر ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٦٣ ص ٨٤٥) .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا كانت غلة العين المرهونة رهناً حيازياً تقل عن ٩% سنوياً، كان للدائن المرتهن أن يستولي عليها كاملة كفائدة لدينه مباحة قانوناً ، إما إذا زادت على ٩% سنويا تعين استنزال الزيادة من أصل دين الرهن (الإسكندرية الكلية ٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٥٦ ص ١١٧) .

(٣) تاريخ النص : ورد النص في المادة ٢/١٥٤٢ من المشروع التمهيدي ، وأدخلت لجنة المراجعة على النص بعض تعديلات لفظية طفيفة ، فصار النص ، تحت رقم ٢/١٢٠٩ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١١٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/١١٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٥ – ص ٢١٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

وهذه صورة اتفاق أخرى ، أكثر شيوعاً في العمل ، ومستمدة من الغاروقة التي أبطل العمل بها بعد أن زالت الأراضي الخراجية .

لا يتفق الطرفان ، المدين الراهن والدائن المرتهن ، على جعل الثمار في مقابل الفوائد، ويسكتان عن تحديد سعر الفائدة ، ولا يعينان ميعاداً لحلول الدين المضمون .

عند ذلك تحسب الفائدة على أساس السعر القانوني ، لأنها لم تحدد . وفي الغالب تكون الثمار أكثر من السعر القانوني للفائدة ، الذي هو ٤% أو ٥% . فيستولى الدائن المرتهن على الثمار ، ويجعل منها ٤% و أو ٥% فوائد للدين ، وما بقي من الثمار بعد ذلك يسدد به أصل الدين . فإذا كانت الثمار تبلغ مثلا ١٢% من الدين وكان المسألة مدنية ، استولى الدائن من الثمار على ٤% من الدين في مقابل الفوائد . وما بقى من الثمار بعد ذلك ، وهو ٨% من الدين كل سنة ، يستولى عليه الدائن ليسدد منه أصل الدين ، فيسدد أصل الدين في ١٢½ سنة (١٢½ × ٨ = ١٠٠) . ويتحتم على الدائن أن يستوفي أصل الدين على هذا النحو ، أي من فائض الثمار . وإذا أراد المدين الراهن أن يتعجل ، فله أن يدفع ما بقي من أصل الدين في أي وقت أراد .

وإذا فرض أن الثمار لا يبقى منها شيء لسداد أي جزء من أصل الدين ، بل كانت مثلا ٤% من الدين (والمسألة مدنية) أو أقل من ذلك ، استولى عليها الدائن المرتهن في مقابل الفوائد ، ولو كانت أقل من ٤% من الدين . ويبقى أصل الدين لم يسدد منه شيء حتى يتفق الطرفان على تسديده . فإن لم يتفقا ، اعتبر الدين غير محدد الأجل ، ويحدد القاضي أجلا لحلوله ، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ، ومقتضياً من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، ويستطيع المدين أن يوفى الدين في أي وقت يشاء ، متى استطاع ذلك ، فيسترد العين المرهونة .

وقد ورد ذلك في مذكرة المشروع التمهيدي ، على الوجه الآتي :

= التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي : م ٢/١١٠٩ : فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسبت الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن تجاوز الثمار . فإذا لم يعينا ميعادا لحلول المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استغلاله من قيمة الثمار، دون إخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراد .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

" والذي يقع كثيراً أن يسلم الراهن العين للدائن ، ويسكت عن تحديد سعر الفائدة وميعاد حلول الدين ، وهذه هي صورة للغاروقة التي أبطلت . فيجب تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة ، على أن تحسب الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن تجاوز الثمار . فإذا بقي شيء من الثمار خصم من أصل الدين ، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين إلا من طريق خصمه من فائض الثمار . فإذا لم يكن للثمار فائض كان الدين غير محدد الأجل ، فيحدد القاضي أجلا للحلول ، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالة والمستقبلة ، ومقتضياً عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه (أنظر م ٣٩٥ من المشروع) . وغني عن البيان أن المدين يستطيع أن يوفي الدين في أي وقت شاء ، فيسترد العين المرهونة " [1] .

المطلب الثالث

إدارة الشيء المرهون

٥٧٠ – نص قانوني : نصت المادة ١١٠٦ مدني على ما يأتي :

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

" ٢ – فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه ، وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين " [2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٩ – ص ٢٢٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٣ من المشروع التمهيدي ، وأدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية طفيفة ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ١٢١٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٦ ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١٧ – ص ٢٢٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

ونتكلم فيما يأتي : (١) كيفية إدارة الشيء المرهون وما يرد على ذلك من قيود . (٢) العناية الواجب بذلها في إدارة الشيء المرهون . (٣) المصروفات التي ينفقها الدائن المرتهن في الإدارة . (٤) الجزاء على سوء الإدارة .

٥٧١ – كيفية إدارة الشيء المرهون وما يرد على ذلك من قيود :

وبمجرد أن يتسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ويصير في حيازته ، عليه أن يتولى إدارته . فهو الذي يحوزه ، فلا يوجد غيره يصلح لهذه الإدارة .

ويديره الإدارة المعتادة المألوفة، وكما كان يديره الراهن قبل أن يسلمه للدائن المرتهن. فإن إحداث تغيير في هذه الإدارة ، وجب أن يتفق على ذلك مع الراهن .

ويتقيد الدائن المرتهن ، في إدارته للشيء المرهون ، بقيدين سبق أن تكلمنا فيهما . وهما : (١) ليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن . (٢) عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله .

٥٧٢ – العناية الواجب بذلها في إدارة الشيء المرهون : وتقول الفقرة الأولى من المادة ١١٠٦ مدني عن الدائن المرتهن ، كما رأينا ، ما يأتي : " وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد " .

فعناية الرجل المعتاد هي المطلوبة دائماً من الدائن المرتهن ، في المحافظة على الشيء المرهون ، وفي استثماره ، وفي إدارته .

= التقنين المدني الليبي : م ١١١٠ : ١ – يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل العادي ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله . ٢ – فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٣٩ : ١ – يتولى المرتهن إدارة المرهون رهنا حيازياً ، وليس له أن يتصرف فيه ببيع أو برهن ، وعليه أن يبذل في إدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلاله إلا برضاء الراهن . ٢ – فإذا أدار المرهون إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيماً ، كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان الدين الموثوق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه ، ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للمرتهن إلا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين الوفاء ويوم حلول الدين .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

فلا يطلب منه عناية أكبر من ذلك ، ولا أقل ، مهما كانت عنايته بشؤونه الخاصة . وقد سبق أن بينا ذلك فيما تقدم .

٥٧٣ – المصروفات التي ينفقها الدائن المرتهن في الإدارة :

والدائن المرتهن يبذل مصروفات في إدارة الشيء المرهون ، فهذه كلها يستوفيها من غلة الشيء المرهون ، أو يستوفيها من الراهن .

ونذكر هنا بعضاً من المصروفات التي ينفقها الدائن المرتهن :

" ١ – **المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية** : أما المصروفات الضرورية فيستوفيها كلها من الراهن ، لأن الراهن كان يصرفها هو لو كان الشيء في حيازته [١] . وأما المصروفات النافعة ، فيستوفي فيها الدائن المرتهن من الراهن أقل القيمتين : ما صرف فعلا وما زاد في قيمة الشيء المرهون بسبب ما صرف [٢] . وليس للدائن المرتهن حق امتياز بسبب المصروفات النافعة [٣] ، ولكن له الحق في الحبس . وأما المصروفات الكمالية ، فلا يسترد منها شيئاً " [٤] .

" ٢ – **العوايد والضرائب** : وإذا دفع الدائن المرتهن عوايد أو ضرائب على الشيء المرهون ، فله أن يستوفيها من ريع الشيء المرهون ، أو يستوفيها بالتقدم من ثمن الشيء المرهون " [٥] .

" ٣ – **الضرر الذي يصيب الدائن المرتهن من حيازة الشيء المرهون** : وما يصيب الدائن المرتهن من حيازة الشيء المرهون من ضرر ، كما إذا كان الشيء المرهون حيواناً مصاباً بمرض معد فانتقل المرض إلى حيوانات الدائن المرتهن ، يدفع تعويضاً عنه الراهن الدائن المرتهن " [٦] .

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٤٢ .

(٢) جيوار فقرة ١٦٠ – بودري ودي لوان فقرة ١٤٣ وفقرة ٢١٥ – أوبري ورو ٣ فقرة ٤٣٤ هامش ١٤ وفقرة ٣٤٨ – استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٧٠ ص ١٢٦ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ١٤٥ .

(٤) بودري ودي لوان فقرة ١٤٣ .

(٥) محمد كامل مرسي فقرة ٣١٢ ص ٤١٩ .

(٦) جيوار فقرة ١٦٢ – بودري ودي لوان فقرة ١٤٤ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٠٨ – جوسران ٢ فقرة ١٥٣١ .

٥٧٤ – الجزاء على سوء الإدارة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ مدني ما يأتي : " فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين " [1] .

ويبين هذا النص أن الدائن المرتهن ، إذا أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في إدارته إهمالا جسيماً ، كان له أحد جزائين :

(الجزاء الأول) أن يطلب الراهن وضع الشيء المرهون تحت الحراسة ، فينـــزع الشيء المرهون من إدارة الدائن المرتهن السيئة . ويوضع في يد حارس يعني به العناية اللائقة ، وقد يستمر ذلك إلى أن ينقضي الرهن .

(الجزاء الثاني) فإذا كان الجزاء الأول غير كاف ، وكان الراهن مستعداً أن يدفع ما عليه من الدين ، فله أن يدفع الدين فينقضي الرهن ، ومن ثم يسترد الراهن الشيء المرهون . وفي هذه الحالة ، إذا كان الدين لا فائدة عليه ولم يحل أجله ، خصم الراهن ، عند دفعه الدين ، من هذا الدين فائدة بالسعر القانوني (٤% في المسائل المدنية و ٥% في المسائل التجارية) من يوم الوفاء إلى يوم حلول الدين في ميعاده الأصلي . وقد سبق مثل ذلك ، فيما مضى .

المطلب الرابع
رد الشيء المرهون

٥٧٥ – نص قانوني : تنص المادة ١١٠٧ مدني على ما يأتي :

" يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن ، بعد أن يستوفى كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات " [2] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – يرد الدائن الشيء المرهون بعد أن يستوفى كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات ، إلا في الحالات التي يقضى فيها القانون بغير ذلك . ٢ – غير أنه إذا وقع الرهن على عدة أشياء منفصلة بعضها =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

(١) يبقى الحق في حبس المرهون مادام الدين وملحقاته من فوائد ومصروفات وتعويضات لم يدفع . فإذا بقي شيء من ذلك ، ولو قليلا ، بقي الحق في الحبس . أما إذا تم الوفاء به كله انقضى الرهن والحبس ، والتزم المرتهن برد المرهون . ونفقات الرد على الراهن، إلا إذا قضي الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد ، لا المدين به ، تغليباً للمبدأ الذي يجعل الراهن هو الذي يتحمل نفقات الرهن جميعا .

(٢) ويلتزم الدائن المرتهن في حالات خاصة برد الشيء المرهون قبل وفاء الدين ، كما إذا وجد خطر يهدد الشيء فللراهن أن يسترده إذا قدم تأمينا آخر ، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة ، وكما إذا وقع الرهن على عدة أشياء منفصلة وكان كل منها ضامناً لجزء من الدين فإن الرهن في هذه الحالة لا يتجزأ وإذا وفى جزء من الدين استرد الراهن ما يقابل هذا الجزء من الأشياء المرهونة" .

(٣) فإذا لم يستوف الدائن المرتهن عند حلوله ، كان له أن يحبس العين كما تقدم. وله كذلك أن ينفذ عليها بحقه باعتباره دائناً مرتهناً ، بل وعلى جميع أموال المدين غير

= عن البعض الآخر ، وكان كل منها ضامنا لجزء من الدين ، جاز للراهن إذا وفى جزءاً أن يسترد ما يقابله من الأشياء المرهونة . ٣ — وعلى الراهن نفقات الشيء المرهون ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك " . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرتان الثانية والثالثة اكتفاء بالقواعد العامة ، ووافقت اللجنة على الفقرة الأولى تحت رقم ١١٩٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٩٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت اللجنة عبارة " إلا في الحالات التي يقضى بها القانون بغير ذلك " الواردة في آخر المادة لأنه ليست هناك حالات واضحة تقتضى النص عليها صراحة وإذا كانت هناك أحكام القانون فإنها تسرى دون حاجة لهذه الإشارة ، ووافقت اللجنة بهذا التعديل على النص تحت رقم ١١٠٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢١ — ص ٢٢٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١/١٠٤٢ : لا يحق للراهن ، فيما خلا الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة ، أن يطالب برد الشيء إلا بعد إيفاء الدين كله أصلا وفائدته وبعد دفع النفقات المخصصة بالدين وبالرهن عند الاقتضاء .

التقنين المدني الليبي : م ١١٩١ : يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

المرهونة له باعتباره دائناً عادياً . ويراعى التنفيذ على المرهون قبل غير المرهون ، وأن يحتزى بالتنفيذ على مال يفي بالدين ولا يزيد عليه كثيراً (أنظر م ٣٢٨ — ٣٢٩ من المشروع) . وإذا كان الراهن كفيلا عينياً أي غير المدين، فلا ينفذ الدائن من ماله إلا على العين المرهونة. وليس للكفيل العيني بغير اتفاق الدفع بالتجريد . كما هو الأمر في الرهن الرسمي . ويتمسك بم له من دفوع قبل الدائن ، وكذلك ما للمدين من دفوع حتى لو تنازل هذا عنها أو عارض في التمسك بها ، كما هو الشأن في الرهن الرسمي " [1] .

ونتكلم في المسائل الآتية : (١) متى يرد الدائن المرتهن الشيء المرهون (حق الحبس في مواجهة الراهن) . (٢) الالتزام بالرد قبل وفاء الدين . (٣) هلاك الشيء المرهون أو تلفه . (٤) نفقات رد الشيء المرهون . (٥) تنفيذ الدائن المرتهن بحقه (نص محذوف) . (٦) الراهن كفيل عيني (نص محذوف) .

٥٧٦ — متى يرد الدائن المرتهن الشيء المرهون — حق الحبس في مواجهة الراهن

: إذا دفع الراهن للدائن المرتهن الدين المضمون والمصروفات والتعويضات والملحقات من فوائد وغير ذلك ، أو برئت ذمته من كل ذلك بسبب من أسباب انقضاء الديون ، فإنه يجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون وملحقاته إلى الراهن ، إذ يكون قد انقضى الرهن فوجب رد المرهون [2] . وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا المعنى : " يبقى الحق في حبس المرهون مادام الدين وملحقاته من فوائد ومصروفات والتزام المرتهن برد المرهون " [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٧ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣١ — هالتون ص ٢٦٤ .
وعلى " العدل " إذا كان هو الذي تسلم الشيء المرهون ، أن يرده إلى الراهن .

(٣) آنفاً فقرة ٥٧٥ .
وللراهن ، في استرداد الشيء المرهون ، دعويان : (أ) دعوى شخصية يرفعها على الدائن المرتهن . (ب) ودعوى عينية هي دعوى الاستحقاق لأنه مالك (ديرانتون ٢٨ فقرة ٥٥١ — بون ٢ فقرة ١١٦٦ — بودري وتسييه في التقادم فقرة ٣١٥) . والفرق بين الدعويين أن الدائن المرتهن لا يقيم الدليل في الدعوى الشخصية على ملكيته ، ويقيمه في الدعوى العينية (بودي ودي لوان فقرة ١٣٦) — وللمدين الحق في رفع الدعوى الشخصية ، ولو كان الشيء الذي رهنه مملوكاً للغير .
ويجب على الدائن أن يرد مع الشيء المرهون ما زاد فيه زيادة طبيعية (بودي ودي لوان فقرة ١٤٠) . وليس للدائن الحق في حبس الشيء المرهون ضماناً لدين آخر عقده المدين بعد عقد الرهن ؛ وإذا هلك الشيء المرهون أو ضاع بتقصير الدائن وجب عليه أن يرد قيمته (محمد كامل مرسي فقرة ٣١٣ ص ٤٢١) .

فإذا بقي شيء من ذلك ـ مهما قل لأن الرهن لا يتجزأ ، بقي الرهن قائماً حتى يوفى ما بقي . ويكون للدائن المرتهن في هذه الحالة التنفيذ بما بقي من حقه ، وله على كل حال إبقاء الشيء المرهون في يده محبوساً في مواجهة الراهن حتى يستوفى كل حقه . وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا المعنى : " فإذا بقي شيء من ذلك ، ولو قليلا ، بقي الحق في الحبس "[1] .

ويستوفى الدائن المرتهن حقه بملحقاته جميعاً من على الشيء المرهون وهي في يده ، أو مما يدفعه له الراهن والمدين في الميعاد المحدد ، أو من الغلة وما يدفعه الراهن والمدين جميعاً . والمهم هو أن يستوفى الدائن المرتهن حقه المضمون بالرهن ، بالطريقة التي يكون قد اتفق عليها مع الراهن ، أو بالطريقة التي يتفق عليها مع الراهن فيما بعد .

وإذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه ـ كان له حق التنفيذ به كما سنرى ، وكان له كذلك حق حبس الشيء المرهون عن الراهن . واستطاع أن يبقى حابساً للشيء المرهون دون أن ينفذ بحقه ، وبقي كذلك حابساً للشيء المرهون دائما حتى يستوفى الحق .

وسنتكلم ، عند بحث آثار الرهن بالنسبة إلى الغير ، في حق الحبس بالتفصيل .

٥٧٧ — الالتزام بالرد قبل وفاء الدين : وقد يلتزم الدائن المرتهن ، قبل أن يستوفى حقه ، بأن يرد الشيء المرهون .

من ذلك إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون ، فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة . ومن ذلك أيضاً إذا وجد خطر جدي يهدد الشيء المرهون ، فللراهن أن ينتزعه من يد الدائن المرتهن ، قبل أن يوفيه حقه ، إذا هو قدم لهذا الدائن تأميناً آخر[2] .

٥٧٨ — هلاك الشيء المرهون أو تلفه : وقد قدمنا أنه إذا هلك الشيء المرهون أو تلف ـ يفرض أن ذلك قد وقع بتقصير من الدائن المرتهن الذي يحوز الشيء المرهون .

وعلى الدائن المرتهن أن يثبت أن الهلاك أو التلف لا يد له فيه ، وأنه وقع بسبب أجنبي .

---

(١) آنفا فقرة ٥٧٥ .

(٢) وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا الصدد : " ويلتزم الدائن المرتهن في حالات خاصة برد الشيء المرهون قبل وفاء الدين ، كما إذا وجد خطر يهدد الشيء فللراهن أن يسترده إذا قدم تأميناً آخر ، وكما إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون فللراهن أن يطلب وضعه تحت الحراسة ... " (آنفا فقرة ٥٧٥).

وسواء وقع بسبب أجنبي أو وقع بخطأ الدائن المرتهن ، فإن الدائن المرتهن لا يستطيع رد الشيء المرهون ، عندما يجب رده ، هالكاً أو تالفاً .

فإذا استطاع الدائن المرتهن أن يثبت أن الشيء هلك أو تلف بسبب أجنبي ، لم يكن مسئولا عن ذلك ، وتحمل الهلاك أو التلف مالك الشيء ، والمالك هنا هو الراهن [1] .

وإذا لم يستطع الدائن المرتهن أن يثبت ذلك ، افترض أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأه ، وعند ذلك يجب عليه دفع تعويض للراهن عن الهلاك والتلف .

٥٧٩ – نفقات رد الشيء المرهون : وكان الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤٤ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : " وعلى الراهن نفقات رد الشيء المرهون ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك " . وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة اكتفاء بالقواعد العامة [1] ، وورد في مذكرة المشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " ونفقات الرد على الراهن ، إلا إذا قضي الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع أنه هو الدائن بالرد ، لا المدين به ، تغليباً للمبدأ الذي يجعل الراهن هو الذي يتحمل نفقات الرهن جميعاً " [2] .

---

(1) إذا كان الثابت في الدعوى أن الدائن المرتهن – البنك المطعون ضده استأجر من المدين الراهن – الطاعن – حجرة بمصنعه لحفظ البضاعة محل عقد الرهن المبرم بينهما ضماناً للوفاء بالقرض ، ونص في عقد الإيجار على عدم مسئولية المطعون ضده بأي حال من الأحوال عما يلحق البضائع المودعة بالأماكن المؤجرة من سرقة أو تبديد أو تلف أو فساد أو نقص فيها أو أوزانها أو أطوالها مهما يكن قيمته أو سببه ويتحمل بكل ذلك الطرف الأول – الطاعن وحده – وكان التزام الطاعن هذا لا ينقضي بتوقيع الحجز على هذه البضاعة المودعة بالعين المذكورة مع بقائها بها ، ومن ثم فإن الاتفاق على عدم مسئولية المطعون ضده عن سرقة هذه البضاعة وتحمل الطاعن لقيمتها يظل ساريا رغم توقيع الأول الحجز الإداري المذكور ، ويبقى الطاعن وحده مسئولا عن فقدها ، لأن حيازتها كانت ومن قبل ذلك الحجز للبنك المطعون ضده فينقضي عقد الرهن كما لا يغير من انتفاء مسئولية الحكم نهائيا ببراءة الطاعن من تهمة سرقة تلك البضاعة ، ذلك أن حجية الحكم الجنائي قاصرة على مدى ثبوت الفعل الجنائي بالنسبة للطاعن ، ولا يمتد أثرها إلى ما يتصل بمسئولية المطعون ضده التقصيرية في الفترة اللاحقة على توقيع الحجز ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى أنه لا محل لإلزام الأخير بالفرق بين قيمة البضاعة ومقدار الدين في ضوء ما نص عليه في عقد الإيجار لعدم ثبوت توافر خطأ ما في حقه وهو ما يكفي لحملة قضائه وينطوي على الرد الضمني المسقط لدفاع الطاعن ، فإن النعي عليه بمخالفته القانون والقصور والفساد في الاستدلال لا يعدو أن يكون في حقيقته جدلا موضوعيا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .
(جلسة ١٩٨٨/١١/٧ الطعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٢ ق) .

(١) أنظر فقرة ٥٧٥ في الهامش .

(٢) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

وعلى ذلك تكون نفقات رد الشيء المرهون على الراهن ، إلا إذا اتفق هذا مع الدائن المرتهن على شيء آخر ، كأن تكون نفقات الرد عليهما مناصفة . أو أن تكون نفقات الرد على المدين إذا كان غير الراهن ورضي المدين بذلك .

٥٨٠ – تنفيذ الدائن المرتهن بحقه : وتقول مذكرة المشروع التمهيدي ، في هذا الصدد ، ما يأتي : " فإذا لم يستوف الدائن المرتهن الدين عند حلوله ، كان له أن يحبس العين كما تقدم . وله كذلك أن ينفذ عليها بحقه باعتباره دائناً مرتهناً . بل وعلى جميع أموال المدين غير المرهونة له باعتباره دائناً عادياً . ويراعى التنفيذ على المرهون قبل غير المرهون ، وأن يجتزئ بالتنفيذ على مال يفي بالدين ولا يزيد عليه كثيراً " [1] .

ونصت المادة ١٥٤٥ من المشروع التمهيدي على أنه " إذا حل الأجل ولم يستوف الدائن حقه ، جاز له أن ينفذ بهذا الحق ، لا على الشيء المرهون وحده ، بل عليه وعلى جميع أموال المدين الأخرى ، مع مراعاة أحكام المادتين ٣٢٨ و ٣٢٩ " . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة ، حذفتها اللجنة اكتفاء بنص المادة ٣١٢ والمادتين ٤٦٣ و ٤٦٤ من المشروع [2] .

ويخلص من كل ذلك أن الدائن المرتهن ، عندما يحل حقه ولا يستوفيه ، يكون له أمران يستعملهما معاً أو يستعمل أحدهما : (١) يحبس العين المرهون حتى يستوفى حقه كله. (٢) ينفذ بحقه على العين المرهون أولا ، ثم على جميع أموال المدين غير المرهونة باعتباره دائناً عادياً .

أما حق الحبس ، فهذا له لا ينازعه فيه أحد .

وأما حق التنفيذ ، فيبدأ بالتنفيذ على الشيء المرهون أولا باعتباره دائناً مرتهناً ، فإذا لم يكف نفذ على جميع أموال المدين الأخرى باعتباره دائناً عادياً . وعليه أن يستصدر الأحكام اللازمة لذلك ، لأنه كدائن مرتهن حيازة قد لا يكون مزوداً بورقة رسمية . ويراعى التنفيذ على المال المرهون قبل التنفيذ على المال غير المرهون ، وينفذ على مال يفي بالديون ولا يزيد عليه كثيراً .

٥٨١ – الراهن كفيل عيني : وتقول مذكرة المشروع التمهيدي ، في هذا الصدد ، ما يأتي : " وإذا كان الراهن كفيلا عينياً أي غير المدين ينفذ الدائن من ماله إلا

---

(١) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢١ – ص ٢٢٢ في الهامش .

على العين المرهونة . وليس للكفيل العيني ، بغير اتفاق ، الدفع بالتجريد ، كما هو الأمر في الرهن الرسمي . ويتمسك بما له من دفوع قبل الدائن ، وكذلك بما للمدين من دفوع حتى لو تنازل هذا عنها أو عارض في التمسك بها ، كما هو الشأن أيضاً في الرهن الرسمي " [1] .

ونصت المادة ١٥٤٦ من المشروع التمهيدي على أنه " ١ — إذا كان الراهن غير ملتزم شخصياً بالدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بالتجريد ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك . ٢ — ويجوز له ، فضلا عن التمسك بالدفوع الخاصة به قبل الدائن ، أن يتمسك بما للمدين من دفوع حتى لو عارض المدين في التمسك بها أو تنازل عنها " . عرضت المادة على لجنة المراجعة ، فاقتنعت اللجنة اكتفاء بالقواعد العامة [2] .

ويخلص من ذلك أنه إذا كان المدين غير الراهن ، وكان الراهن كفيلا عينياً قدم مالا رهن حيازة في الدين دون أن يكون مديناً ، فلا يجوز للدائن المرتهن ، إذا أراد التنفيذ بحقه على مال الكفيل العيني ، إلا أن ينفذ على المال المرهون بدون غيره من الأموال الأخرى غير المرهونة للكفيل العيني . ولا يجوز للكفيل العيني ، حين التنفيذ على ماله المرهون ، أن يدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بينه وبين الراهن والدائن المرتهن على ذلك . فينفذ الدائن المرتهن على المال المرهون والموجود تحت يده ، فإذا استوفى حقه منه انقضى الرهن ، وإلا استمر الدائن كدائن عادي في التنفيذ على مال المدين .

وللكفيل العيني أن يتمسك بما له خاصة من الدفوع قبل الدائن ، الذي تعاقد معه على الرهن الحيازي . وله أن يتمسك كذلك بما للمدين من دفوع حتى لو نزل عنها المدين أو عارض في التمسك بها .

المطلب الخامس

بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات

٥٨٢ — نص قانوني : نصت المادة ١١٠٨ مدني على ما يأتي :

---

(١) آنفاً فقرة ٥٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٢ في الهامش .

" يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٠ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، وأحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيـــع دون إجراءات " [1] .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي :

" ليس للدائن المرتهن حيازياً أن يتملك المال المرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين عند حلول أجله ، ولا أن يبيع ذلك المال دون مراعاة للإجراءات المقررة " .

" شرط التملك عند عدم الوفاء وكذلك شرط البيع دون إجراءات — يغلب وقوعها في الرهن الحيازي — حكمها فيه هو حكمها في الرهن الرسمي ، وقد تقدم ذكر ذلك " [2]

ويرى من نص المادة ١٠٨٠ أنها تحيل ، للتطبيق على رهن الحيازة ، ما يأتي :

(١) **المادة ١٠٥٠ مدني ، وتنص على ما يأتي** : " إذا كان الراهن شخصاً غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٤٦١ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات في حالة الرهن الرسمي " . وأضافت لجنة المراجعة نصاً يحيل إلى المادة ... المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، ووافقت على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢١٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٩٧ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦).

التقنين المدني السابق : م ٦٦٥/٥٤٣ : ولا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء له ، إنما للدائن فقط الحق في طلب بيع المرهون بالكيفية لسائر الدائنين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٦١ : لا يجوز الاتفاق على أن يبقى العقار المرهون ، في حالة عدم وفاء الدين ، ملكاً للدائن .

التقنين المدني الليبـــي : م ١١١٢ : يسرى على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٤ المتعلقة بمسئولية الراهن غير المدين ، وأحكام المادة ١٠٥٦ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٤١ : ١ — للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأميناً من حق في التنفيذ على المرهون ثم على سائر أموال المدين ، وتتبع في ذلك أحكام المادة ١٢٩٩ . ٢ — والرهن الحيازي كالرهن التأميني في اقتصار التنفيذ على المرهون إذا كان الراهن غير المدين ، وفي بطلان كل اتفاق يملك المرتهن المرهون عند عدم استيفائه للدين ، وفي جواز نزول المرتهن للغير عن الدين الذي له مع الرهن الذي يوثق هذا الدين ، وتتبع في كل ذلك أحكام المواد ١٣٠٠ و ١٣٠١ و ١٣٠٢ .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : م ١٠٧ : لا يجوز الاتفاق على أن يبقى العقار المرهون ، في حالة عدم وفاء الدين ، ملكاً للدائن .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٦ .

بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " . وقد سبق أن قررنا أن مثل هذا النص حذفته لجنة المراجعة ، وشرحناه بالرغم من حذفه على أساس أنه ينطبق على رهن الحيازة [1] . والسبب في إعادة ذكره هنا أن لجنة المراجعة رجعت إلى إضافته في المادة ١١٠٨ كما نرى باعتبار أنه ينطبق على رهن الحيازة [2] . فلا حاجة إلى إعادة ذلك منعاً للتكرار .

(٢) **المادة ١٠٥٢ مدني ، وتنص على ما يأتي** : " ١ – يقع باطلا كل اتفاق يكفل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . ٢ – ولكن يجوز ، بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه " . وهذا النص سبق أن شرحناه في الرهن الرسمي ، وهو ينطبق أيضاً على الرهن الحيازي فنكتفي هنا بتقرير المسائل الأساسية فيه .

٥٨٣ – بطلان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء : إذا اتفق الدائن المرتهن حيازة من الراهن حيازة ، مديناً كان الراهن أو كفيلا عينيا ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يتملك المال المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب ، أو بأي ثمن آخر أكبر أو أقل من الدين المستحق ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . ذلك أن موقف الراهن يكون عادة ضعيفاً ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه هذا الشرط . وكثيراً ما يعتقد الراهن أن الدين سيوفى عند حلول أجله ، ونظراً لضعف مركزه يقبل الشرط . وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنص على أن هذا الاتفاق يكون باطلا أياً كان الثمن الذي اتفق عليه .

وبطلان الاتفاق لا يمس عقد رهن الحيازة ، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام ولكن عقد رهن الحيازة يبقى صحيحاً . على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا كان هو الدافع لإبرام عقد رهن الحيازة ، فإن عقد رهن الحيازة يبطل بطلان الاتفاق .

---

(١) آنفاً فقرة ٥٨٠ .

(٢) نفس الفقرة في الهامش في تاريخ النص .

٥٨٤ – متى يصح هذا الاتفاق : ولكن هذا الاتفاق يصح إذا أبرم بعد حلول الدين أو بعد حلول قسط منه ، فإن مظنة ضعف الراهن تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه .

فيجوز إذن ، بعد حلول الدين كله أو بعضه ، للراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، أن يتفق مع الدائن المرتهن على أن يترل له عن المال المرهون في نظير الدين ، ويكون هذا وفاء بمقابل . بل يجوز للراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن في هذه الحالة على أن يبيع له المال المرهون بثمن أياً كان ، أكبر أو مساو أو أقل من الدين المستحق . فإن الراهن لا يكون في مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة ، فقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء ويطلب بيع المال المرهون طبقاً للإجراءات التي قررها القانون .

٥٨٥ – بطلان شرط بيع المال المرهون دون إجراءات : ويسمى عادة شرط الطريق الممهد (clause de ;voie parée) ، وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، مديناً كان أو كفيلا عينياً ، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع المال المرهون بالممارسة أو بأية طريقة كانت دون إتباع الإجراءات التي فرضها تقنين المرافعات في البيوع الجبرية . ويخشى هنا أيضاً من استغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن ، فيفرض عليه هذا الشرط . وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع المال المرهون بيعاً جبرياً ، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع المال المرهون بأكبر قيمة ممكنة .

فيكون إذن باطلا لمخالفته للنظام العام كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع المال المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به ، دون إتباع الإجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية . وسواء عقد هذا الاتفاق عند عقد رهن الحيازة أو عقد في اتفاق لاحق ، فإنه يكون باطلا في الحالتين .

ويقتصر أثر البطلان هنا على الشرط نفسه دون رهن الحيازة ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل الشرط والرهن معاً .

٥٨٦ – متى يصح هذا الاتفاق : أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول الدين كله أو بعضه ، فإن الاتفاق يصح لانتفاء مظنة استغلال الراهن .

ولم تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ مدني صراحة على جواز الاتفاق إذا عقد بعد حلول الدين كله أو بعضه كما نصت على جواز الاتفاق على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء ، ولكن يمكن قياس الحالة الأولى على الحالة الثانية والقول بصحة الاتفاق في الحالتين .

الفرع الثاني

آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير

٥٨٧ – المقصود بالغير هنا : يقصد بالغير هنا ما قصد به في حالة الرهن الرسمي : كل شخص له حق يضار من وجود رهن الحيازة . فيشمل : (١) كل شخص له حق عيني تبعي على المال المرهون ، دائن له حق رهن رسمي ، أو حق اختصاص ، أو حق رهن حيازة ، أو حق امتياز . (٢) الدائن العادي . (٣) كل شخص له حق عيني أصلي على المال المرهون ، كما إذا انتقلت ملكية المال المرهون إلى مالك آخر فإن هذا المالك الآخر يعتبر غيراً .

٥٨٨ – قيد رهن الحيازة : والرهن الحيازي ، إذا وقع على عقار ، يجب قيده حتى يكون سارياً في حق الغير [١] .

والقيد هنا كالقيد في الرهن الرسمي ، وقد سبق أن بينا ذلك بالتفصيل [٢] ، فلا نعود إليه هنا .

---

(١) وإذا وقع على منقول ، فقد نصت المادة ١١١٧ مدني على أنه " يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن " . ويشترط الكتابة ، ولو كانت قيمة الدين المضمون لا تجاوز القيمة التي يجوز إثباتها بالبينة والقرائن .

وإذا وقع الرهن على دين ، فقد نصت المادة ١١٢٣ مدني على أنه " لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥ (أي ورقة ثابتة التاريخ) ، ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول " .

(٢) آنفاً فقرة ١٨٩ – فقرة ٢٣٥ .

ويلاحظ أن من بين البيانات القانونية الواجب ذكرها في قائمة القيد بياناً خاصاً برهن الحيازة، هو بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه في عقد الرهن [1].

٥٨٩ — ما يضمنه الرهن الحيازي — نص قانوني : وقد نصت المادة ١١١١ مدني على ما يأتي :

" ولا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق ، وإنما يضمن أيضاً وفي نفس المرتبة ما يأتي :

(أ) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء .

(ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء .

(ج) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء .

(د) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي .

(هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة ٢٣٠ " [2] .

فالرهن الحيازي يضمن بطبيعة الحال أصل الدين المضمون بالرهن .

ثم هو يضمن ، وفي نفس مرتبة أصل الدين ، ما يأتي :

---

(١) آنفاً فقرة ١٩٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥١ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنين الجديد . ووافقت اللجنة عليه بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢١٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١٢٠٠ . ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٧).

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبي : م ١١١٥ : لا يقتصر الرهن الحيازي على ضمان أصل الحق ، وإنما يضمن أيضاً وفي نفس المرتبة ما يأتي : (أ) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء . (ب) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء . (ج) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء . (د) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي . (هـ) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة ٢٣٣ .

التقنين المدني العراقي : لا شيء

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء . والدائن المرتهن الذي أنفقها أن يرجع بها على الراهن ، بناء على قاعدة الإثراء بلا سبب .

(٢) التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء . وهذه مصدرها العيوب الموجودة في الشيء المرهون ، أي العمل غير المشروع .

(٣) مصروفات العقد الذي أنشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء . فهذه كلها ، إذا كان الدائن المرتهن قد دفعها ، فإنه يرجع بها على المدين الراهن، أو على المدين والراهن .

(٤) المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي . وهذه يرجع بها الدائن المرتهن على الراهن .

(٥) جميع الفوائد المستحقة مع مراعاة ما جاء في المادة ٢٣٠ . والفوائد تعتبر بالدين، ويرجع بها الدائن المرتهن على المدين الراهن ، كما يرجع بالدين نفسه .

أما ما جاء في المادة ٢٣٠ ، فالمادة ٢٣٠ تنص على ما يأتي :

" عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً ، لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو الخزانة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء " [1] .

٥٩٠ – نفاذ الرهن في حق الغير – وجوب تسليم المرهون للدائن

– نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٠٩ مدني على ما يأتي :

---

(١) وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي : " ويضمن الرهن في نفس المرتبة الدين الأصلي والنفقات الضرورية التي صرفها الدائن في المحافظة على الشيء ، وله حق الرجوع بها لا بناء على عقد الرهن بل بناء على الإثراء بلا سبب ولكنها مع ذلك تضمن بالرهن لعلاقتها الظاهرة به . ويضمن الرهن كذلك التعويض عن الأضرار الناشئة عن عيب في المرهون ، وهذه مصدرها العمل غير المشروع ولكنها تضمن بالرهن للعلاقة الظاهرة ، ومصروفات العقد الذي أنشأ الدين ، ومصروفات عقد الرهن وقيده ، والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي ، والفوائد ..... وذلك لأن المرتهن حيازة من حقه أن يستوفي الفوائد كلها من غلة العين وجميع فوائد التأخير إلى يوم رسو المزاد . أما بعد رسو المزاد ، فلا يستحق الدائن فوائد تأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزينة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد على النحو الذي جاء في المادة ٣٠٨ من المشروع " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٥ – ص ٢٣٦) .

" ١ – يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان " .

" ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون " [١] .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي :

٢ – ويكون التسليم عادة للدائن المرتهن . ولكن قد يبقى الشيء في الحيازة المشتركة لكل من الراهن والمرتهن ، أو يسلم لأجنبي يكون نائباً في الحيازة ويسمى عدلا . ويستطيع العدل أن ينوب عن مرتهنين متعددين لنفس الشيء ، بل يستطيع أحد الدائنين المرتهنين أن يحوز الشيء أصلا عن نفسه بصفته مرتهناً ، ونائباً عن غيره بصفته عدلا ، فوجود الشيء المرهون في حيازة العدل ، يمكن الراهن إذن من أن يرهن الشيء رهن حيـــازة أكثر من مرة " [٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الدائن حائزاً للشيء المرهون ، على أنه يجوز تسليم الشيء لأجنبي يختاره المتعاقدان ، كما يجوز جعله في حيازتهما المشتركة . ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون، إذا قبل من تسليم الشيء أن يضع يده عليه نائباً في ذلك عن الدائنين المرتهنين حتى لو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء الدائنين " . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظياً فصار كما يأتي : " ١ – يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو العدل . ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون ، إذا قبل من تسلمه أن يكون وضع يده عليه لحساب أربابها ولو كان وضع اليد هو أحد هؤلاء " . ووافقت اللجنة على النص بعد التعديل ، تحت رقم ١٢١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٩٨ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، رأت اللجنة استبدال عبارة " أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان " بكلمة " العدل " الواردة في الفقرة الأولى ، وأن تحذف من الفقرة الثانية عبارة " إذا قبل من تسلمه أن يكون وضع يده عليه لحساب أربابها ولو كان واضع اليد هو أحد هؤلاء " لأن هذه العبارة تتناول تفصيلات تغني عن القواعد العامة عن الخوض فيها ، ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ١١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٧ – ص ٢٣٠) .

التقنين المدني السابق : م ٦٦٣/٥٤١ : يبطل الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : لا شيء .

التقنين المدني الليبـــي : م ١١١٣ : ١ – يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان . ٢ – ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون .

التقنين المدني العراقي : لا شيء

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢٨ .

ويرى من النص سالف الذكر أنه حتى ينفذ الرهن في حق الغير ، يجب تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن . ويجوز أيضاً تسليمه إلى أجنبي (عدل) يحوزه ، ويجب أن يرتضي المتعاقدان (الراهن والمرتهن) هذا الأجنبي ، وأن يقبل الأجنبي هذه المهمة .

ويجوز ، على هذا الوجه ، أن يكون الشيء الواحد ضامناً لعدة ديون . ويصح أن تكون هذه الديون المتعددة في مرتبة واحدة ، كما يصح أن تكون في مراتب مختلفة ، كل دين له مرتبة بالنسبة إلى الديون الأخرى .

وإذا كان الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون ، فإنه يصح أن يتم ذلك على أحد وجهين :

(الوجه الأول) يسلم الشيء المرهون إلى " عدل " واحد ، ينوب عن جميع الدائنين المرتهنين في حيازته للشيء المرهون .

(الوجه الثاني) يسلم الشيء إلى أحد الدائنين المرتهنين ، يحوزه باعتباره أصيلا عن نفسه وباعتباره " عدلا " بالنسبة إلى سائر الدائنين المرتهنين .

ويلاحظ أن الدائن المرتهن حيازة له : (١) حق التقدم وحق التتبع بحسب مرتبته . (٢) حق حبس الشيء المهون حتى بالنسبة إلى الغير إلى أن يستوفي كل حقه ، وذلك إلى جانب حقه في التنفيذ بالدين الذي له .

ونحن ، في معالجتنا لآثار الرهن بالنسبة إلى الغير ، نتكلم في كل من هاتين المسألتين : (١) حق التقدم وحق التتبع . (٢) حق الحبس .

المبحث الأول

حق التقدم وحق التتبع

المطلب الأول

حق التقدم

٥٩١ – نص محذوف : ورد نص في المشروع التمهيدي ، هو نص المادة ١٥٥٠ من هذا المشروع ، يتكلم في حق التقدم على الوجه الآتي : " الرهن الحيازي يخول الدائن المرتهن أن يتقاضى حقه من ثمن الشيء المرهون قبل أي دائن ، سواء كان دائناً عادياً

أو دائناً متأخراً في الترتيب " [1] . ولما عرض هذا النص على لجنة المراجعة ، حذفته اللجنة اكتفاء بنص المادة ١٥٣٠ من المشروع [2] .

والمادة ١٥٣٠ من المشروع تنص على ما يأتي : " الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يلتزم الشخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن ، أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه حقاً عينياً يخول الدائن أن يحبس هذا الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون ، ولو انتقل هذا الشيء إلى شخص آخر " .

ويفهم من ذلك أن الدائن المرتهن في رهن الحيازة يتقدم على جميع الدائنين العاديين ، وعلى جميع الدائنين التالين له في المرتبة ، ويتأخر عن الدائنين المتقدمين عليه في المرتبة [3] .

ويتقاضى حقه على هذا الوجه ، إذا حل الحق ، في أي وقت أراد .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشروط الواردة بعقد رهن بضائع أو سندات رهن حيازة ، والتي ترخص في بيع الشيء المرهون في أي وقت ، هن مكنة موضوعة لمصلحة الدائن وحده ، فله أن يتزل عنها دون أن يوجه إليه أي لوم ممن قررت هذه الشروط ضده [4] . وقضت أيضاً بأن استيفاء الدائن المرتهن حيازة حقه من البضاعة المسلمة إليه لضمان الدين ، مكنة له ، ولا تتحول إلى الالتزام إلا إذا كان المدين أعذره ببيعها [5] .

---

(١) ويقابل هذا النص نص المادة ٥٤٠ فقرة / ٦٦٢ فقرة أولى من التقنين المدني السابق التي تنص على ما يأتي : " الرهن عقد به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنة أو في حيازة من اتفق عليه المتعاقدان تأمناً للدين ، وهذا العقد يعطي للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام ، وحق استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً بالامتياز على من عداه " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣١ في الهامش .

(٣) فلا يجوز للدائن المرتهن حيازة أن يحبس العقار ضد دائن مرتهن رسمياً أو من يرسو عليه المزاد من ناحيته إذا كان الدائن المرتهن رسمياً متقدماً على الدائن المرتهن حيازة (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٦) . وأنظر استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٦ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٩ .

(٤) استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠١ .

(٥) استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٧ — وقضت أيضاً بأن حرية الدائن المرتهن حيازة اختيار الوقت الذي يستوفي فيه حقه من الرهن تحمل استثناء لا شك فيه ، في حالة ما يكون موضوع الرهن قابلا للتلف أو الهلاك المادي أو لنقص قيمته نقصاً محسوساً عقب ظروف خاصة (استئناف مختلط ٢٠ مايه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٠) .

٥٩٢ – الحلول العيني : وإذا هلك الشيء المرهون بفعل الغير ، فإن الغير يكون مسئولا عن التعويض ، ويحل التعويض حلولا عينياً محل الشيء المرهون ، ويكون مرهوناً مثله [1] .

وكذلك إذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه ضد الحريق واحترق ، كان مبلغ التأمين يحل حلولا عينياً محل الشيء المرهون ، ويصبح مرهوناً مثله .

وإذا بيع الشيء المرهون للمنفعة العامة ، فإن ثمنه يحل محله حلولا عينياً ويصبح مرهوناً . وهكذا [1] .

٥٩٣ – التزاحم ما بين الدائنين المرتهنين : إذا كان المرهون عقاراً ، وتزاحم عدة دائنين مرتهنين كسب كل منهما رهناً حيازياً على هذا العقار ، كانت الأسبقية للدائن المرتهن الذي سبق الدائنين المرتهنين الآخرين في قيد حقه وحيازة العقار ، فيفضل على الدائن الذي كان سابقاً عليه في القيد ولكن لم تنتقل إليه الحيازة . وإذا كان التزاحم بين دائن مرتهن حيازة وآخر له حق عيني على العقار غير رهن الحيازة (رهن رسمي أو حق اختصاص أو حق امتياز عقاري خاص) ، فالأسبقية تكون للدائن الأسبق في القيد ، فإذا كان هو الدائن المرتهن حيازة وجب أيضاً أن تكون حيازة العقار قد انتقلت إليه .

وإذا كان المرهون منقولا ، فالأسبقية بين الدائنين المرتهنين حيازة تكون لمن انتقلت إليه حيازة المنقول وكان رهنه مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ . وفي حالة توافر الحيازة لشخص أجنبي (العدل) يحوز المنقول لصالحه عدة دائنين مرتهنين ، فإن الأسبقية تثبت لأول دائن مرتهن حاز الشخص الأجنبي المنقول لصالحه بشرط أن يكون حقه مدوناً في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ [2] .

---

(1) أنه متى انتقلت حيازة العين المرهونة إلى الدائن المرتهن أمكنه حبسها إلى حين استيفاء حقه ، فإذا هلك أو تلف لأي سبب وترتب على الهلاك أو التلف أن استحق حق آخر انتقل الرهن إلى هذا الحق تطبيقاً لنظرية الحلول العيني التي نصت عليها المادة ١٠٩٥ من القانون المدني ، ولا محل لما تثيره الطاعنة من أن الحق في الحلول يقتضي تتبع الثمن الذي دفعته للمدين الراهن ، لأن المقصود بالتتبع هو التتبع القانوني أي سلطة الدائن المرتهن في تعقب المال المرهون أينما استقرت ملكيته للتنفيذ عليه واستيفاء الدين .
(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ س ٣٤ ص ٨٢٥) .

(١) أنظر في ذلك مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٨٦ المجموعة الرسمية المختلطة ١١ ص ١٧٠ – بودري ودي لوان فقرة ١٣٨ – جرانمولان فقرة ١٦٢ .

(٢) أنظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ١٩٩ .

٥٩٤ – مرتبة الدائن المرتهن حيازة : تتحدد مرتبة الدائن المرتهن حيازة ،إذا كان الرهن وارداً على العقار ، بالقيد مع انتقال الحيازة. وإذا كان الرهن وارداً على منقول، فإن مرتبة الدائن المرتهن حيازة تتحدد بإثبات الرهن في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ مع انتقال الحيازة دائما .

فإذا لم يكن هناك مع الدائن المرتهن حيازة إلا الدائنون العاديون ، تقدم الدائن المرتهن عليهم جميعاً .

وإذا كان الرهن وارداً على عقار ، وتزاحم مع الدائن المرتهن حيازة دائن مرتهن حيازة آخر أو دائن مرتهن رهناً رسمياً أو صاحب حق اختصاص فإن المتقدم في المرتبة هو الذي يفضل ، مع ملاحظة أن مرتبة الرهن الحيازي تتحدد بالقيد مع انتقال الحيازة . وإذا كان الرهن وارداً على منقول ، فضل الدائن المرتهن حيازة على غيره من الدائنين المرتهنين حيازة إذا كانت مرتبته قبل مرتبتهم [1] .

المطلب الثاني

حق التتبع

٥٩٥ – من يستعمل حق التتبع : يستعمل الدائن المرتهن حق التتبع ، إذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى شخص آخر .

فعند التنفيذ ، يستعمل الدائن المرتهن حق التتبع للعين المرهونة وهي في يد من انتقلت إليه ملكيتها ، ويسمى هذا بحق التتبع ، ثم على العين المرهونة وهي في يد مالكها ، مستعملا في ذلك حقه في التقدم على الدائنين العاديين وعلى الدائنين التالين له في المرتبة .

٥٩٦ – تتبع الدائن المرتهن حيازة مع أن الحيازة في يده : ويلاحظ أن الدائن المرتهن حيازة يتتبع العين ، مع أن حيازتها في يده . ذلك لأن التتبع هنا ليس تتبعاً

---

(١) أنظر منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٢٥٤ .
وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، خاصاً بحق التقدم ما يأتي :
" وللدائن المرتهن حيازة أن يتقدم على غيره من الدائنين التالين له في المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن المرهون. وتتحدد مرتبته في العقار بتاريخ القيد ، وفي المنقول بالتاريخ الثابت للرهن " . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٥) .

مادياً للحيازة ، وإلا لما احتاج الدائن المرتهن تتبع العين فحيازتها في يده ، وإنما هو تتبع معنوي للملكية [1] .

ونأتي بمثل تطبيقي على ذلك ، العين المرهونة في حيازة الدائن المرتهن ، ثم باعها مالكها إلى مشتر مع بقاء العين في حيازة الدائن المرتهن . هنا ، وبغير حق التتبع ، لا يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العين مع أنها في حيازته . ذلك لأن ملكيتها قد انتقلت إلى المشترى ، فلا يستطيع الدائن المرتهن أن يبيعها في مواجهة المشترى ، ما لم يكن له حق تتبع العين وهي في يد المشترى بعد أن انتقلت ملكيتها إلى هذا المشترى .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا الخصوص : " ويلاحظ أن المرتهن حيازة يتتبع العين في يد الغير مع أن حيازتها في يده ، ذلك لأن التتبع ليس تتبعاً مادياً للحيازة ، بل هو تتبع معنوي للملكية ، يستطيع الدائن بمقتضاه أن ينفذ على العين بعد أن تنتقل ملكيتها من الراهن " [1] .

٥٩٧ – المالك الجديد لا يطهر العقار ولا يخليه : وقد رأينا في الرهن الرسمي أن الحائز ، وهو الذي يقابل المالك الجديد هنا ، له ، إذا لم يدفع الدين ولم يرد أن يتحمل شخصياً إجراءات نزع الملكية ، أن يطلب تطهير العقار أو يتخلى عنه .

أما هنا ، فالمالك الجديد لا يملك إلا أن يدفع الدين فيحل محل الدائن في رهن الحيازة [2] ، أو يتحمل شخصياً إجراءات التنفيذ ، وليس له أن يطهر العقار ، أو أن يتخلى عنه .

---

(1) للدائن المرتهن رهنا حيازياً والذي في حوزته العقار محل الحجز له مصلحة في الدفاع عن العقار سالف البيان لكونه ضامنا للمدين محل عقد الرهن ، إلا أن هذه المصلحة مادية فحسب دون المصلحة القانونية ، إذ لا يسوغ أن يوجه أي طعن على إجراءات الحجز الإداري على العقار المذكور لكونه لم يكن طرفاً فيها ، يتصدى من خلالها لتلك الإجراءات أياً كان وجه العوار الذي يراه قد لحق بها .
(جلسة ١٩٩٢/١٢/٧ الطعن رقم ٢١٧٠ لسنة ٦١ ق) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣٦ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن المادة ١٥٥٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " ويكون للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على الشيء المرهون ، حتى لو انتقلت ملكية هذا الشيء إلى أجنبي ، غير أنه يجوز للأجنبي أن يوفى للدائن حقه ، فيحل فيه محله قبل المدين " . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، حذفتها اللجنة اكتفاء بالمادتين ١٥٣٠ و ٤٦١ من المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٤ في الهامش) .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدي ، في هذا الخصوص ، ما يأتي : " وللدائن المرتهن أخيراً أن ينفذ على العين المرهونة ، في يد من انتقلت إليه ملكيتها . ويجوز لهذا المالك ، وهو الذي يقابل الحائز للعقار في الرهن الرسمي ، أن يدفع الدين ، فيحل محل الدائن في رهن الحيازة . فإن لم يفعل ، وجب أن يتحمل إجراءات التنفيذ . وليس له أن يخلى العقار ، أو أن يطهره " [1] .

٥٩٨ – قد يتطهر العقار من الرهن الحيازي تبعاً لتطهيره من الرهن الرسمي : ويلاحظ أن العقار قد يتطهر من الرهن الحيازي ، إذا كان مثقلا أيضاً برهن رسمي . فإذا انتقلت ملكية هذا العقار إلى حائز ، وأراد الحائز تطهير العقار لأنه مثقل برهن رسمي ، وجه العرض إلى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار .

وإذا لاقى العرض قبولا ، ودفع الحائز ما قدره قيمة للعقار، أو أودعه خزانة المحكمة، تطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ، بما فيها حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً وحق الدائن المرتهن حيازة [2] .

المبحث الثاني

حق الحبس

٥٩٩ – نص قانوني : تنص المادة ١١١٠ مدني على ما يأتي :

" ١ – يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق ثم حفظها وفقاً للقانون " .

" ٢ – وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة " [3] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) شمس الدين الوكيل فقرة ٢٠٠ ص ٥٤٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٤٩ من المشروع التمهيدي . وفي لجنة المراجعة استبدلت اللجنة عبارة " وفقاً لأحكام الحيازة " بعبارة " في أي وقت أراد " في آخر الفقرة الثانية ، وصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت اللجنة على النص بعد التعديل ، تحت رقم ١٢١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١١٩٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٠ – ص ٢٣٢) . =

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي :

" ١ — والرهن ، إذا ترتب على الشيء وأصبح نافذاً في حق الغير ، يعطى الدائن المرتهن سلطة الشيء ، هي أن يحبسه في مواجهة الراهن والغير ، وأن ينفذ عليه بالبيع فيستوفى حقه من الثمن متقدماً على من يتلوه من الدائنين ومتتبعاً العين في يد من انتقلت إليه ملكيتها " .

" ٢ — فللدائن المرتهن أن يحبس الشيء في مواجهة الراهن ، وقد سبق ذكر ذلك . وله أن يحبسه في مواجهة الغير ، كمشتر لعقار مرهون سجل البيع بعد قيد الرهن ، أو مشتر لمنقول مرهون وتاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع . ويحبسه كذلك في مواجهة الغير ، من الدائنين المتأخرين عنه في المرتبة . فإذا رهن الراهن الشيء مرة ثانية ، رهن حيازة أو رهناً رسمياً في العقار ، فإن للمرتهن الأول أن يحبس العين عن المرتهن الثاني . ولكن إذا نفذ الثاني على العين وبعها في المزاد ، فقد كان مقتضى حق المرتهن الأول أن يحبس العين عن الراسي عليه المزاد . وهذا هو الحكم في التقنين الحالي (السابق) ، فعدل المشروع من هذا الحكم الذي يشل من حقوق الدائنين . وقرر أن رهن الحيازة ينقضي إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلني بيعاً جبرياً (م ١٥٥٤ من المشروع) ، وبانقضاء الرهن ينقضي الحبس ، ويلتزم المرتهن الأول أن يسلم العين للراسي عليه المزاد ، على أن يستوفى حقه من الثمن قبل المرتهن الثاني طبعاً . أما إذا كان الذي باع العين في المزاد هو المرتهن الأول ، فبديهي أن المرتهن الثاني إذا كان رهنه حيازياً لا يستطيع الاحتجاج بحق الحبس ، ويجب أن يسلم العين للراسي عليه

- التقنين المدني السابق : م ٥٤٠ فقرة أولى / ٦٦٢ فقرة أولى : الرهن عقد به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنه أو حيازة من اتفق عليه العاقدان تأميناً للدين ، وهذا العقد يعطى للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام ، استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً بامتياز على عداه .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٣١ : إن رهن المنقول يخول للدائن حق حبس المرهون إلى أن يوفى الدين ، كما يخوله حق الامتياز في استيفاء دينه من قيمة المرهون . وأنظر أيضاً المادة ١٠٥٥ .

التقنين المدني الليبي : م ١١١٤ : ١ — يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون من الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون . ٢ — وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٤٢ : للمرتهن حبس المرهون ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقا للقانون . وإذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه ، كان له استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : أنظر م ١٠١ .

المزاد ، ثم هو يستوفى حقه ن الثمن بعد المرتهن الأول . وكما أن للدائن المرتهن إذا لم يستوف الدين أن يسترد الشيء من الراهن إذا هو عاد إليه ، فإنه يستطيع كذلك أن يسترده من الغير إذا خرج الشيء من يده غصباً دون إرادته، أو خلسة بغير علمه، دون إخلال بما يكون الغير قد كسب من حقوق عينية على الشيء إذا كانت هذه الحقوق نافذة في حق المرتهن "[1] .

ونتكلم ، في الحق في الحبس ، في المسائل الآتية : (١) من له حق الحبس . (٢) المال الذي يحبس . (٣) الحبس والتنفيذ . (٤) ضد من يكون حق الحبس — الراهن والغير . (٥) التطهير لا يشمل الرهن الحيازي في القانون المدني . (٦) التطهير يشمل الرهن الحيازي في قانون المرافعات الجديد . (٧) متى ينعدم التعارض بين القانون المدني وقانون المرافعات . (٨) الحبس للدين المضمون بالرهن . (٩) الرهن الضمني . (١٠) استردا الشيء المرهون . (١١) حق الحبس والحق في الحبس .

٦٠٠ — من له حق الحبس : للدائن المرتهن حيازة حق حبس العين المرهونة عن الناس كافة من راهن وغير راهن ، حتى يستوفى كل حقه من مصروفات وتعويضات وفوائد وملحقات أخرى وأصل ، ويصبح خالصاً بكل ما يستحقه من ذلك [2] .

ويكون للدائن المرتهن حق الحبس مادام الدين لم يؤد بتمامه [3] [1] ، سواء كان هذا الدين قابلا للتجزئة أو لم يكن ، وسواء كان الشيء المرهون قابلا للانقسام أو غير قابل له .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٤ — ص ٢٣٥ .

(٢) استئناف وطني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٠٢ — أسيوط استئنافي ١٤ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ ص ٣٧ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٠٤ .

(1) التخلي عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة فيها وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص تخلى الطاعن باختياره عن حيازة العين التي يطلب تمكينه من وضع يده عليها من توقفه عن أعمال البناء قبل رفع المطعون عليها دعوى إثبات حالة البناء وإصراره على عدم إتمام البناء ما اضطر المطعون عليها إلى الاتفاق مع مقاول آخر لإتمام ما لم يقم الطاعن بتنفيذه ، ومن أن مذكرة الطاعن بقسم الشرطة لم تتضمن ما يدل على صحة دعواه من أنه طرد من البناء في تاريخ تحريرها أو أن تابعاً للمطعون عليها قد اعترف بأنه أمرته بمنع الطاعن من دخول العقار ، وخلصت المحكمة من استعراض هذه الوقائع ومن مراجعة الخطابات والإنذارات المتبادلة بين الطرفين إلى أن تخلى الطاعن عن حيازته كان بمحض اختياره ، وكانت هذه القرائن التي استند إليها الحكم من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها ، فإن النعي عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٥٣/٤/٩ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢١ ق) .

ذلك لأن الرهن يبقى حتى يوفى الدين كله ، لأن الرهن نفسه غير قابل للتجزئة ، فأي شيء يبقى من الدين يكون مضموناً بكل الرهن .

وقاعدة عدم تجزئة الرهن قائمة على ما قصده المتعاقدان ، فقد أرادا أن يبقى الرهن قائماً حتى يؤدي كل الدين . وهذا هو المفروض ، ولهما أن يتفقا صراحة على خلاف ذلك، كأن يتفقا على أنه كلما سدد جزء معين من الدين ، الربع أو الثلث مثلا ، حرر من الشيء المرهون ما يقابل ما سدد من الدين وأعيد إلى الراهن ما حرر من الشيء المرهون . فعدم تجزئة الرهن من طبيعة الرهن ، لا من مستلزماته [1] .

ويلاحظ أن حق الحبس هنا أعطى للدائن المرتهن لأنه صاحب حق عيني ، وهو حق رهن الحيازة . فحق الحبس متفرع عن حق عيني ، ومن ثم يكون هو نفسه حقاً عينياً ، أو هو من مستلزمات الحق العيني . وهذا بخلاف الحق في الحبس العام ، لأن هذا هو دفع بعدم التنفيذ وليس بحق عيني .

٦٠١ – المال الذي يحبس : والمال الذي يحبس هو المال المرهون . وقد يكون هذا المال عقاراً أو منقولا ، ويكون المنقول مادياً أو غير مادي [2] .

فكل الشيء المرهون ، من أصل وملحقات كعقار بالتخصيص وحقوق ارتفاق وتوابع وغير ذلك ، يحبس حتى يؤدى الدين المطلوب .

وقد يكون للغير على الشيء المرهون حقوق تم حفظها وفقاً للقانون ، كحقوق ارتفاق سجلها المرتفق قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه ، أو حق رهن أو اختصاص قيده صاحب الحق قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه ، فهذه الحقوق التي تم حفظها وفقاً للقانون تبقى خارجة عن حق الحبس . وتقول في ذلك الفقرة الأولى من المادة ١١١٠ مدني : " يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون " .

٦٠٢ – الحبس والتنفيذ : والحبس يثبت للدائن المرتهن من وقت أن ينتقل الشيء المرهون إلى حيازته ، ويبقى حتى يؤدي له الدين بتمامه كما قدمنا ، ولو بقي بعد حلول الدين بمدة طويلة .

---

(١) لوران فقرة ٥٠٣ – بون فقرة ١٢٠٢ – جيوار فقرة ١٤٧ – بودري ودي لوان فقرة ١٠٣ .

(٢) استئناف وطني ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ – طنطا استئنافي ٢٣ يونيه سنة ١٨٩٨ القضاء ٥ ص ٣١٨ .

أما التنفيذ ، فلا يثبت للدائن المرتهن إلا عند حلول أجل الدين ، ويبقى إلى أن ينقضي الدين .

فهناك وقت يكون فيه للدائن المرتهن الحق في الحبس وفي التنفيذ ، وذلك من وقت حلول الدين .

فإذا ما حل الدين ، ولم يكن هناك ما يدعو الدائن المرتهن إلى التنفيذ ، بقي حابساً للعين وله حق التنفيذ ، يختار أيهما شاء . وقد يبقى حابساً للعين ، ويستوفي دينه من غلتها إلى أن ينقضي الدين . وعند ذلك ينقضي الرهن بانقضاء الدين ، وينتهي حق الحبس ، فيعيد الدائن المرتهن العين إلى صاحبها .

وقد لا يعجل الدائن المرتهن بالتنفيذ عند حلول الدين ، ويبقى حابساً للعين ، دون أن يستوفي من الدين شيئاً لأن غلة العين المرهونة لا تفي بأكثر من الفوائد . وهكذا يبقى الدائن المرتهن لا يستوفي من أصل الدين شيئاً ، ولكنه يبقى حابساً للعين .

٦٠٣ – ضد من يكون حق الحبس – الراهن : ويستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل حق الحبس ضد الراهن نفسه الذي تعاقد معه على الرهن ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان غير المدين أي كفيلا عينياً ، مادام الدائن المرتهن لم يستوف حقه كله ، وحتى لو ادعى الراهن أن الشيء المرهون مملوكاً لغيره [1] .

وإذا كان الشيء المرهون مملوكاً حقيقة لغير الراهن ، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يستعمل حقه في الحبس ضد المالك الحقيقي ، فلا يرد إليه الشيء المرهون حتى يستوفي حقه، مادام أنه كان يعتقد وقت أن ارتهن أنه تعاقد مع المالك الحقيقي للشيء المرهون [2] .

٦٠٤ – الغير : ويستطيع الدائن المرتهن أن يستعمل حق الحبس ضد الغير أيضاً ، فحق الحبس يستعمل ضد الراهن وضد الغير .

وأمثلة الغير الذي يستعمل الدائن المرتهن حق الحبس ضده المشترى للعقار المرهون الذي سجل البيع بعد قيد الرهن ، والمشترى للمنقول المرهون إذا كان تاريخ الرهن الثابت أسبق من تاريخ البيع ، والدائن العادي ، والدائن المتأخر في المرتبة عن الدائن المرتهن فإذا

---

(١) جيوار فقرة ٤٤ – دي هلتس فقرة ٧٥ – محمد كامل مرسي فقرة ٣١٩ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٣٢٠ .

رهن الراهن العقار مرة ثانية رهناً رسمياً فإن للمرتهن الأول حيازة أن يحبس العقار عن المرتهن الثاني رسميا [1] .

٦٠٥ – التطهير لا يشمل الرهن الحيازي في القانون المدني : والرأي الغالب أن حق الدائن المرتهن حيازة في الحبس لا يجوز الاحتجاج به على الدائن قبل قيده ، ولا على من يرسو عليه المزاد بناء على طلب أحدهم [2] .

وكانت المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدي (م ١١١٣ من القانون المدني الجديد) تنص على أن الرهن الحيازي ينقضي " إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلني بيعاً جبرياً " . وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي عن المادة ١٥٤٩ (التي أصبحت المادة ١١١٠ من القانون المدني الجديد) أن للدائن المرتهن أن يحبس الشيء " في مواجهة الغير من الدائنين المتأخرين عنه في المرتبة . فإذا رهن الراهن الشيء مرة ثانية رهن حيازة أو رهناً رسمياً في العقار ، فإن للمرتهن الأول أن يحبس العين من المرتهن الثاني . ولكن إذا نفذ الثاني على العين وباعها في المزاد ، فقد كان مقتضى حق المرتهن الأول أن يحبس العين عن الراسي عليه المزاد. وهذا هو الحكم الذي يشل من حقوق الدائنين ، وقرر أن رهن الحيازة ينقضي إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلني بيعاً جبرياً (م ١٥٥٤) " [3] .

ولكن لجنة المراجعة حذفت النص القائل " إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلني بيعاً جبرياً " ، استبقاء لحكم القانون السابق فيما يقضي به من أن البيع الجبري لا يطهر العين من الرهن الحيازي ، فالتطهير إذن لا يشمل رهن الحيازة في التقنين المدني الجديد [4] .

٦٠٦ التطهير يشمل الرهن الحيازي في قانون المرافعات الجديد : غير أن قانون المرافعات السابق نص في المادة ٦٩٠ منه على أنه " يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به وفقاً لحكم المادة ٦٨٨ تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازة التي أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخيراً بتاريخ جلسته طبقاً للمادتين ٦٣٢ و ٦٥٧ فلا يبقى إلا حقهم في الثمن " . ومن هذا النص يتبين أن قانون المرافعات السابق أوجب أن يكون التطهير شاملا للرهون الحيازية .

---

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٣٢١ ص ٤٢٦ .

(٢) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١٠٤٧ – بودري ودي لوان فقرة ٢٤٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٢ .

وقد لفت نظر لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ أن قانون المرافعات السابق يتعارض مع القانون المدني الجديد ، ورأت الأخذ بقانون المرافعات السابق ، وأن البيع الجبري يطهر العقار من الرهن الحيازي ، وأن نصوص قانون المرافعات تعدل نصوص القانون المدني . وبررت اللجنة رأيها بأنه " لا محل للتفرقة بين الرهن الحيازي وغيره من الرهون ، ولا معنى لأن يضفي المشرع على الرهن الحيازي ميزة خاصة تجعله أولى بالرعاية حتى من البائع الذي لم يقبض ثمن العقار " . وقالت في تبرير النص الوارد في قانون المرافعات السابق بأن يقوم على " الرغبة في تصفية الموقف بالنسبة إلى الدائنين جميعاً ، وتخليص العقار من كل قيد أو عبء ، ورد حقوق الدائنين للثمن بعد أن يباع العقار جبراً ويصل بالإجراءات التي وضعت له إلى أقصى ثمن مستطاع . ولا وجه لأن يقطع السبيل على الراسي علي المزاد في الحصول على العقار واستغلاله بعد أن أدى الثمن الذي وصل إليه البيع وحتى بعد زيادة العشر ، وذلك لا لسبب إلا لأن هناك مرتهناً لم يقبض كل دينه ، والطبيعي أن الثمن يعتبر ممثلا للعقار . وفي الأخذ بالقاعدة المستفادة من القانون المدني تدعيم للرهن الحيازي دون مبرر وتمييز له دون ميزة ، وإذا كان الرهن الحيازي وسيلة لاستيفاء الدين ، فالبيع بالمزاد وسيلة لاستيفائه كذلك " .

وتنص المادة ٤٥٠ من قانون المرافعات الحالي على نفس الحكم الذي كان يتضمنه نص المادة ٦٩٠ من قانون المرافعات السابق فتقضي بأنه " يترتب على تسجيل حكم إيقاع البيع أو التأشير به وفقاً لحكم المادة ٤٤٨ تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التي أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته طبقاً للمادتين ٤١٧ ، ٤٢٦ولا يبقى لهم إلا حقهم في الثمن " .

٦٠٧ – متى ينعدم التعارض بين القانون المدني وقانون المرافعات :

والتعارض بين القانون المدني وقانون المرافعات لا يقع في الحالة التي يكون فيها الدائن الحاجز صاحب رهن رسمي أو اختصاص أو امتياز سابق في المرتبة على الرهن الحيازي .

فوفقاً لأحكام القانون المدني ، لا يحتج بحق الحبس المترتب على الرهن الحيازي في مواجهة أصحاب هذه الحقوق السابقة على الرهن الحيازي ، ولما كان المشترى بالمزاد يعتبر خلفاً للدائن المنفذ ، والدائن المنفذ أسبق من الدائن المرتهن حيازة ، فلا يسرى حق الحبس على مشترى العقار بالمزاد بناء على طلب هذا الدائن المنفذ [1] .

---

(١) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ٣٢١ ص ٤٣٠ – رمزي سيف فقرة ٤٤٩ .

٦٠٨ – الحبس للدين المضمون بالرهن : وحق الحبس الثابت للدائن المرتهن لا يكون إلا بضمان الدين المضمون بالرهن .

ولا يكون بالنسبة إلى الديون الأخرى التي قد يكون المدين الراهن ملزماً بها للدائن المرتهن ، قبل الرهن أو بعده .

فيجب على الدائن المرتهن رد الشيء المرهون للمدين الراهن ، إذا استوفى الدائن المرتهن كل حقه المضمون بالرهن كاملا ، ولو كانت له ديون أخرى على المدين الراهن .

٦٠٩ – الرهن الضمني : وفي الفقرة الثانية من المادة ٢٠٨٢ مدني فرنسي ، إذا وجد على نفس المدين لنفس الدائن دين آخر ، اتفق عليه بعد الرهن وصار مستحقاً قبل الدين المضمون بالرهن ، فلا يتخلى الدائن عن الرهن قبل أن يدفع له الدينان الأول والثاني بأكملهما ، حتى لو لم يحصل اتفاق بتخصيص الرهن لأداء الدين الثاني .

وهذه هي حالة الرهن الضمني (gage tacite) ، ويشترط فيها: (١) أن يكون الدين الثاني متفقاً عليه بين نفس المدين ونفس الدائن . (٢) وأن يكون هذا الاتفاق قد عقد بعد الرهن . (٣) وأن يحل الدين الثاني قبل حلول الدين الأول .

وربط الدين الثاني بالرهن مبني على الإرادة الضمنية للمتعاقدين :

وهناك قولان في القانون المدني الفرنسي :

(١) للدائن ، في الدين الثاني ، ما له في الدين الأول ، حق الحبس وحق الامتياز [١] .

(٢) ليس للدائن في الدين الثاني حق الامتياز ، ولكن له حق الحبس [٢] .

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه كان الأولى بالشارع الفرنسي عدم النص على هذا الرهن الضمني [٣] .

ولم يأت القانون المصري بهذا الرهن الضمني ، فلا يعمل به في هذا القانون [٤] .

---

(١) بون فقرة ١١٩٩ – بيدان فقرة ٢٠٩ .

(٢) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٦٧ – ترولون فقرة ٥٦٧ – ترولون فقرة ٤٦٥ – لوارن فقرة ٥٠٨ – جيوار فقرة ١٥٧ – بودري ودي لوان فقرة ١١٠ – أوبري ورو ٣ فقرة ٥٣٤ هامش ٤ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٣ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٣ .

(٤) عبد السلام ذهني فقرة ٤٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٢٢ ص ٤٣٢ – جرانمولان فقرة ١٥٠ . =

٦١٠ – استرداد الشيء المرهون : وإذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن ، بغير رضاء الدائن المرتهن ، و لم يستوف الدائن المرتهن حقه كاملا . كان له أن يستعيد الشيء المرهون من الراهن .

وله أيضاً أن يسترده من الغير ، إذا خرج الشيء من يده غصباً دون إرادته أو خلسة دون علمه . وإنما يجب على الدائن المرتهن أن يحترم ما قد يكون الغير قد كسب بحسن نية على الشيء من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن ، إذا كانت هذه الحقوق نافذة في حق الدائن المرتهن . وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ١١١٠ : " وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة " .

٦١١ – حق الحبس والحق في الحبس : ويجب عدم الخلط بين حق الحبس والحق في الحبس .

فحق الحبس هو ما شرحناه فيما مر ، وهو حق عيني ، أو هو إحدى مزايا الحق العيني وهذا الحق العيني هو رهن الحيازة . ويثبت للدائن المرتهن ما بقي له حق رهن الحيازة ، حتى يستوفي المبالغ التي يضمنها الرهن بأكملها .

أما الحق في الحبس ، فهو الذي يثبت للدائن بموجب المادة ٢٤٦ مدني ، وهو حق شخصي لا حق عيني ، يثبت للدائن إذا توافرت فيه الشروط التي يستلزمها القانون . وقد سبق أن شرحنا مفصلا الحق في الحبس ، فلا نعود إلى ذلك منعاً للتكرار .

- وقد نصت المادة ٢/١٠٤٢ من التقنين السوري على ما يأتي : " وإذا وجد لنفس الدائن على نفس المدين دين آخر عقد بعد إنشاء الرهن وأصبح مستحق الأداء قبل إيفاء الدين الأول ، حق للدائن أن يحبس المرهون إلى أن يستوفي مبلغ الدينين تماماً " .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازي

٦١٢ – الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية : ينقضي الرهن الحيازي إما بصفة تبعية ، أو بصفة أصلية ، وهو في ذلك كالرهن الرسمي .

فينقضي بصفة تبعية ، إذا انقضى الدين المضمون بالرهن فينقضي الرهن تبعاً لانقضاء الدين . فالرهن تابع للدين ، يزول بزواله ، ويبقى ببقائه .

وينقضي الرهن بصفة أصلية ، إذا زال وحده دون أن ينقضي الدين ، فمتى زال الرهن الحيازي دون أن يزول الدين ، فزوال الرهن الحيازي يكون بصفة أصلية ، غير تابعة لزوال شيء آخر . وهناك حالات محدودة يزول فيها رهن الحيازة بصفة أصلية ، أي يزول وحده دون أن ينقضي تبعاً لانقضاء الدين ، لأن الدين يبقى كدين عادي مع زوال حق الرهن .

فنعقد لانعقاد الرهن الحيازي مبحثين :

المبحث الأول : انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية .

المبحث الثاني : انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية .

المبحث الأول

انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

٦١٣ – انقضاء الدين وزواله : الدين المضمون بالرهن الحيازي قد يزول لأنه لم يوجد صحيحاً ، وقد ينقضي لأنه بعد أن وجد صحيحاً انقضى بسبب من أسباب انقضاء الدين .

٦١٤ – أسباب زوال الدين : ومن أسباب زوال الدين أنه يوجد في عقد باطل ، فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معهما الرهن الحيازي بصفة تبعية أي تبعاً لزوال الدين .

ومن أسباب زوال الدين أيضاً أنه يوجد في عقد قابل للإبطال ، فيختار من له مصلحة في إبطال العقد إبطاله . فيبطل العقد ، ويبطل معه الدين ، ويبطل معهما الرهن الحيازي .

ومن أسباب زوال الدين كذلك أن ينشأ في عقد معلق على شرط فاسخ ، فيتحقق الشرط ، ويزول العقد بأثر رجعي ، فيزول الدين بأثر رجعي ، ويزول بزوال الدين الرهن بأثر رجعي كذلك .

٦١٥ – أسباب انقضاء الدين : وقد يوجد الدين صحيحاً ، ويبقى . ولكنه ينقضي بسبب من أسباب انقضاء الدين . وبانقضاء الدين ينقضي الرهن بصفة تبعية ، تبعاً لانقضاء الدين .

٦١٦ – تعداد لأسباب انقضاء الدين : والدين ينقضي بأحد الأسباب الآتية :

(١) **الوفاء** : وانقضاء الدين المضمون برهن حيازة عن طريق الوفاء تتبع فيه القواعد العامة المقررة في وفاء الديون . والوفاء مع الحلول يجعل الموفى يحل محل الدائن في رهن الحيازة الذي له ، وقد يتعذر الوفاء للدائن مباشرة في فروض معينة فليس على المدين إلا أن يودع الدين دون حاجة إلى عرض حقيقي فتبرأ ذمته [١] .

(٢) **الوفاء بمقابل** : وإذا استحق المقابل في يد الدائن ، فإن الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق . والوفاء بمقابل يقضي الدين الأصلي بالتجديد، ثم يقضي الدين الجديد، الذي حل محل الدين الأصلي ، بالوفاء [٢] .

(٣) **التجديد** : والتجديد عمل مركب ، فهو قضاء دين قديم ، وإنشاء دين جديد يحل محله [٣] .

(٤) **المقاصة** : والمقاصة أداة وفاء ، وأداء ضمان [٤] .

---

(١) أنظر في الوفاء في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٤١ – فقرة ٣٤٤ .

(٢) أنظر في الوفاء بمقابل في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٤٥ – فقرة ٣٤٨ .

(٣) أنظر في التجديد في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٤٩ – فقرة ٣٥١ .

(٤) أنظر في المقاصة في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٥٢ – فقرة ٣٥٣ .

(٥) **اتحاد الذمة** : وقد يزول السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعي فيعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ويعود الدين إلى الظهور ، وقد يزول السبب بأثر غير رجعي فلا يضار الغير بعودة الدين إلى الظهور [١] .

(٦) **الإبراء من الدين** : والإبراء تصرف تبرعي من جانب واحد، هو الدائن المبرئ، وينقضي به الدين [٢] .

(٧) **استحالة التنفيذ** : ويجب أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإن كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين لم ينقض الدين [٣] .

(٨) **التقادم المسقط** : ويلاحظ هنا أن الدين الأصلي لا يسقط بالتقادم مادامت العين المرهونة حيازياً تحت يد الدائن بصفة رهن حيازة ، لأن وجود رهن الحيازة يقطع المدة إذ أنه اعتراف مستمر من جانب المدين بوجود الدين [٤] .

وقد جاء في المادة ٣٨٤ مدني : " ١ — ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً . ٢ — ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين " . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي عن هذا النص : " يراعى أن ترتيب رهن الحيازة ينفرد بأن أثره لا يقتصر على قطع التقادم ، بل يجاوز ذلك إلى استدامة هذا الأثر ما بقي الشيء المرهون في يد المرتهن . فبمجرد ترك الدائن الشيء المرهون في يد المرتهن ، وترخيصه لهذا الدائن في اقتضاء حقه من إيراده ، يعتبر إقراراً ضمنياً دائماً أو متجدداً " [٥] .

---

(١) أنظر في اتحاد الذمة في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٥٤ — فقرة ٣٥٦ .

(٢) أنظر في الإبراء في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦٠ .

(٣) أنظر في استحالة التنفيذ في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٦١ — فقرة ٣٦٢ .

(٤) لوران فقرة ٤٩٧ وفقرة ٥٥٥ — جيوار فقرة ١٤٤ وفقرة ٢٢٣ — بودري ودي لوان فقرة ١٠٢ وفقرة ١٨٧ — أوبري ورو ٣ فقرة ٤٣٤ وهامش ١٥ — وفقرة ٤٣٨ وهامش ١ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١١٢ — استئناف وطني ٥ أبريل سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ ص ١٠٧ — ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٥ ص ١٠٦ (يقف سريان الخمس سنوات المقررة لسقوط الحق في المطالبة بالغلة التي استولى عليها الدائن المرتهن من العين المرهونة مادام الرهن قائماً) — ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١١٧ ص ٣٧٤ (مادام الطعن قد رهن للدائن عيناً رهن حيازة فلا يسقط الدين بالنسبة إليه ما بقي المرهون في حيازة الدائن) .

(٥) أنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ٣٤٢ ص ٤٦٠ — ص ٤٦١ — وأنظر في التقادم المسقط في الرهن الرسمي آنفاً فقرة ٣٦٣ — فقرة ٣٦٦ .

٦١٧ – عودة الرهن الحيازي بزوال السبب الذي انقضى به الدين

– نص قانوني : نصت المادة ١١١٢ مدني على ما يأتي :

" ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضي به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته " [1] .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" ينقضي رهن الحيازة بطريقة تبعية بانقضاء الدين المضمون ، على النحو المبين في الرهن الرسمي " [2] .

ويتبين من هذا النص أن حق الرهن الحيازي ينقضي ، كما في الرهن الرسمي ، بانقضاء الدين المضمون بالرهن ، وقد حددنا فيما تقدم أسباب انقضاء الدين ، وكل منها إذا توافر ينقضي به الدين المضمون بالرهن الحيازي، فينقضي هذا الرهن تبعاً لانقضاء الدين. ذلك لأن رهن الحيازة تابع لالتزام أصلي ، فإذا انقضي هذا الالتزام الأصلي انقضي الرهن الحيازي معه ، لأن التابع يزول مع الأصل .

وإذا زال السبب الذي انقضي به الدين ، فعاد الدين كما كان ، عاد ومعه الرهن الحيازي الذي كان قد زال، والذي يرجع لضمان الدين مرة ثانية . فإذا كان السبب الذي

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، تحت رقم ١٢٠١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٨ – ص ٢٣٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١/١٠٧٠ : يزول الرهن بتسديد الدين عند استحقاقه ... المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضي به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٤٦ : ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثوق ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضي به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : م ١١٦ : يزول الرهن بتسديد الدين عند استحقاقه .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٩ .

انقضي به الدين هو الوفاء ، ثم تبين أن الوفاء بلطل ، فإن الدين وهو مضمون برهن حيازي يعود ، ويعود مع الرهن الحيازي .

وذلك " دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته " . فإذا فرضنا أن الدين انقضي بالوفاء وزال بانقضائه الرهن الحيازي ، فرتب المدين على محل الرهن الحيازي رهناً رسمياً لشخص حسن النية اعتقد أن الرهن الحيازي قد انقضي بانقضاء الدين بالوفاء ، ثم تبين أن الوفاء باطل فعاد الدين كما كان ، فإن الرهن الرسمي الذي كسبه الغير حسن النية يبقى سابقاً للرهن الحيازي عندما يعود هذا الرهن .

المبحث الثاني

انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية

٦١٨ – أسباب الانقضاء : المفروض هنا أن الرهن الحيازي ينقضي بصفة أصلية ، أي ينقضي وحده دون أن ينقضي الدين المضمون بالرهن الحيازي .

وقد نص القانون على أسباب ثلاثة ، ينقضي بها الرهن الحيازي بصفة أصلية . يضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة سببان آخران : البيع الجبري بموجب قانون المرافعات الجديد، وفسخ الرهن الحيازي بموجب المادتين ١١٠١ و ١١٠٦ مدني .

٦١٩ – أسباب ثلاثة – نص قانوني : وقد نصت المادة ١١١٣ مدني على ما يأتي :

" ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :

(أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين . ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ . على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره .

(ب) إذا اجتمع حق رهن الحيازة مع حق الملكية في يد شخص واحد .

(ج) إذا هلك الشيء أو انقضي الحق المرهون " [1] .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي :

" ينقضي الرهن الحيازي أيضاً بطريقة أصلية ، أي مستقلا عن الدين ، ببيع العين في المزاد الجبري . وهذا الحكم هام ، فقد تقدم أنه هو الذي يستند إليه الراسي عليه المزاد في تسلم العين من المرتهن الأول ، إذا بيعت العين بناء على طلب دائن تال له في المرتبة . وكذلك ينقضي الرهن بتنازل الدائن عنه إذا توافرت فيه الأهلية اللازمة ، ويستفاد التنازل ضمناً بالتخلي عن الشيء اختياراً أو الموافقة دون تحفظ على التصرف فيه ، ولكن إذا كان الرهن مثقلا بحق لأجنبي كما إذا كان المضمون بالرهن قد رهن الدائن بدوره لدائن له فإن

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٥٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: "ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا بيعت العين المرهونة بالمزاد العلني بيعاً جبرياً . (ب) ..." . وحذفت لجنة المراجعة البند (أ) استبقاء لحكم القانون الحالي (السابق) فيما يقضي به من أن البيع الجبري لا يطهر الدين من الرهن الحيازي، ووافقت على النص تحت رقم ١٢١٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١٢٠٢ ، بعد أن حذف من البند (ب) العبارة الآتية "على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة أجنبي ، فإن انقضاء الرهن باتحاد الذمة لا ينفذ في حق هذا الأجنبي . ولا يعتبر الرهن منقضيا إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، وكذلك إذا زال سبب اتحاد الذمة لزواله أثر رجعي " . ووافق مجلس الشيوخ على النص ، تحت رقم ١١١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١/١٠٧٠ : يزول الرهن بـــ ..... أو بالاتفاق بين المدين والدائن أو بمجرد إرادة المرتهن .

التقنين المدني الليبـــي : م ١١١٧ : ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين . ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ، على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير إلا إذا أقره . (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد . (ج) إذا هلك الشيء أو انقضي الحق المضمون .

التقنين المدني العراقي : م ١٣٤٩ : ينقضي أيضاً الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا بيع المرهون لإيفاء دين آخر وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً . (ب) إذا اجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد ، ويعود الرهن إذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي . (ج) إذا تنازل المرتهن عن حق الرهن أو مستقلا عن الدين ، ويجوز أن يستفاد التنازل دلالة من تخلى المرتهن باختياره عن حيازة المرهون أو موافقة على التصرف فيه دون تحفظ . (د) إذا هلك المرهون .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : م ١١٦ : يزول الرهن ... أو بالاتفاق بين المديون والدائن المرتهن ، أو بمجرد إرادة المرتهن ...

هذا الدائن الثاني يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثاني ، وينقضي الرهن كذلك باتحاد الذمة بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة في يد واحدة ، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة . ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم في المثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك، فإن اتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثاني . كذلك لا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العيني الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقياً الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضي الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، كما إذا فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن العين . ويزول الرهن أخيراً بصفة أصلية إذا هلك الشيء أو الحق المرهون . فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن " [1] .

فيوجد إذن أسباب خمسة لانقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية ، نبحثها على التعاقب ، وهي : (١) نزول الدائن المرتهن عن الرهن . (٢) اتحاد الذمة . (٣) هلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون . (٤) البيع الجبري . (٥) فسخ الرهن الحيازي [2] .

§ ١ – نزول الدائن المرتهن عن الرهن الحيازي

٦٢٠ – نص قانوني : نصت المادة ١١١٣ (أ) مدني على ما يأتي :

" ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين – ويجوز أن يستفاد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤١ – ص ٢٤٢ .

(٢) وعقد الرهن ، في غير الحالات الخاصة ، لا يزول بإرادة واحدة بل باجتماع إرادتين . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا من المستندات أن اتفاقا قد تم بين الطاعن والمطعون عليه أن يضع هذا الأخير اليد على الأطيان التي رهنها له الطاعن رهناً تأمينياً وأن يحصل ريعها خصما من دينه ، وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء عقد رهن حيازي لاحق للرهن التأميني أم عقد وكالة لإدارة الأطيان واستيفاء الدين من غلتها ، فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن في أن ينتهي بإنذار منه العلاقة القائمة فيما بينهما ، لأن عقد الرهن لا يفسخ بإرادة واحدة ، وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن ، فإن الطعن على الحكم بالخطأ في التكييف يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٤ رقم ١٥) .

التنازل ضمناً من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون ، أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ . على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره . (ب) ..... " .

فالرهن ينقضي مستقلا عن الدين ، أي ينقضي بصفة أصلية ، إذا نزل الدائن المرتهن عنه ، وهو صاحب حق الرهن الحيازي [1] .

٦٢١ – الأهلية اللازمة لنزول الدائن المرتهن عن رهن الحيازة : ولما كان الرهن الحيازي هو الضامن للدين ، فقد جعله المشرع بمثابة الدين نفسه ، فالنـــزول عن الرهن الحيازي يكون بمثابة النـــزول عن الدين نفسه .

لذلك اشترك القانون ، في أهلية النـــزول عن الرهن الحيازي ، أهلية إبراء ذمة المدين من الدين .

وهذه الأهلية هي أهلية التبرع ، فيجب أن يكون الدائن المرتهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ول لسفه أو غفلة ، فإن كان صغيراً أو محجوراً عليه ، فلا يملك النـــزول عن رهن الحيازة تبرعاً ، ولا يملك أحد غير ذلك ، قيماً كان أو وصياً أو ولياً ، ولو بإذن المحكمة .

وينص القانون ، كما رأينا ، على أن ينقضي رهن الحيازة " إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين " .

٦٢٢ – النـــزول الصريح والنـــزول الضمني : والنـــزول عن رهن الحيازة إما أن يكون نزولا صريحاً ، أو نزولا ضمنياً . ولا يشترط فيه شكل خاص ، فأي نزول صريح أو ضمني يكفي .

والنـــزول ، الصريح أو الضمني ، عن رهن الحيازة يقضي هذا الرهن تبرعاً ، ويزول رهن الحيازة من وقت النـــزول ، لا قبل ذلك .

٦٢٣ – استفادة النـــزول الضمني : وقد أورد المشرع ، في المادة ١١١٣ مدني ، مثلين على النـــزول الضمني . فيجوز أن يستفاد النـــزول الضمني :

(١) من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون . ذلك لأن الدائن المرتهن حيازة يلتزم الراهن بتسليمه الشيء المرهون ، كما أسلفنا ، ولا يجوز للدائن المرتهن ، بعد أن يتسلم

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٩٥ .

الشيء المرهون ، أن يتخلى عن حيازته طوعاً . فإن سلب منه غصباً ، أو أخذ خلسة ، وأثبت الدائن المرتهن ذلك ، فله أن يسترده . وللدائن المرتهن كذلك أن يؤجر الشيء المرهون، أو يعيره ، أو يودعه عند أحد ، فإن فعل استرد الشيء عند نهاية الإيجار أو العارية أو الوديعة . أما أن يتخلى عن الشيء المرهون طوعاً ، لا لإيجار أو لسبب آخر لا يقيد نزوله عن الرهن ، فهذا نزول ضمني عن الرهن الحيازي ، وينقضي الرهن بهذا النـــزول .

(٢) ومن موافقة الدائن المرتهن حيازة على التصرف في الشيء المرهون دون تحفظ . فإذا كان الراهن الذي يملك الشيء المرهون باع هذا الشيء لآخر على أنه غير مرهون ، وانتزعه من حيازة الدائن المرتهن وسلمه للمشترى ؛ ورضي الدائن المرتهن بذلك دون أن يتحفظ بأن يسلم الشيء مع حفظ حقه فيه باعتباره دائناً مرتهناً ، فإن الدائن المرتهن يكون بذلك قد نزل ضمناً عن حقه في الرهن الحيازي باختياره ، فيزول الرهن بهذا النـــزول .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدي : " ولكن إذا كان الرهن مثقلا بحق لأجنبي ، كما إذا كان المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له، فإن هذا الدائن الثاني يمتد حقه إلى الرهن ، ولا يترتب على تنازل الدائن الأول عن الرهن أن يضر ذلك بحق الدائن الثاني " [1]. وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١١١٣ (أ) مدني ، كما رأينا ، ما يأتي : " على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره " . وتفرض مذكرة المشروع التمهيدي أن الدائن المرتهن حيازة قد رتب على حقه في الرهن رهناً لدائن له ، ثم نزل عن رهنه نزولا صريحاً أو ضمنياً . فإذا قلنا بعبارة مطلقة أن نزول الدائن المرتهن الأول عن رهنه يزيل الرهن ، تأذى من ذلك الدائن المرتهن الثاني لأنه مرتهن لحق رهن الدائن المرتهن الأول ، فزوال حق رهن الدائن المرتهن الأول يزيل حق الدائن الثاني . فلا يبقى إذن إلا القول بأن زوال حق رهن الدائن الأول لا ينفذ في حق الدائن الثاني، فيبقى حق رهن هذا الدائن الثاني قائماً ، إلا إذا أقر الدائن الثاني نزل الدائن الأول عن حقه في الرهن .

§ ٢ – اتحاد الذمة

٦٢٤ – نص قانوني : ونصت المادة ١١١٣ (ب) على ما يأتي :

" ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) ..... (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد . (جـ) ..... " .

---

(١) آنفاً فقرة ٦١٩ .

وكان النص في أصله ، وهو النـــص الواجب العمل به ، يجرى على الوجـــه الآتي :
" (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد . على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة أجنبي ، فإن انقضاء الرهن باتحاد الذمة لا ينفذ في حق هذا الأجنبي . ولا يعتبر الرهنْ منقضياً إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، وكذلك إذا زال سبب اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي " .

وقد قررت مذكرة المشروع التمهيدي، في خصوص هذا النص، ما يأتي : " وينقضي الرهن كذلك باتحاد الذمة ، بأن يجتمع الرهن وملكية العين المرهونة في يد واحدة ، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة . ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم في المثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثاني . كذلك لا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العيني الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقياً الرهن لضمانه . وكذلك لا ينقضي إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، كما إذا فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن العين " [1] .

٦٢٥ – كيف ينقضي الرهن باتحاد الذمة : ينقضي الرهن باتحاد الذمة ، إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد .

ويجتمع هذان الحقان في يد المرتهن حيازة ، إذا اشترى هذا المرتهن العين المرهونة ، فيصبح مالكاً لحق الرهن الحيازي وللعين نفسها ، فتتحد الذمة ، وينقضي حق الرهن الحيازي .

ويجتمع هذان الحقان في يد المالك للعين ، إذا اشترى المالك الدين المضمون بحق رهن الحيازة ، فيصبح مع ملكيته للعين مالكاً لحق رهن الحيازة ، فتتحد الذمة ، وينقضي حق الرهن الحيازي .

ويجتمع هذان الحقان في يد أجنبي ، إذا اشترى هذا الأجنبي ملكية العين المرهونة من مالكها واشترى الدين المضمون بالرهن الحيازي ، فيصبح الأجنبي مالكاً للحقين ، فتتحد الذمة ، وينقضي الرهن الحيازي .

---

(١) آنفاً فقرة ٦١٦ .

ولا يخل اتحاد الذمة : (١) بحق أجنبي ارتهن حيازة . (٢) ولا باستبقاء المالك لحق الرهن . (٣) ولا بزوال اتحاد الذمة بأثر رجعي .

٦٢٦ – حق أجنبي ارتهن حيازة : إذا كان المرتهن حيازة قد رتب على حقه في رهن الحيازة حق رهن لأجنبي ، فأصبح هذا الأجنبي الدائن المرتهن الثاني ، فإن المرتهن الأول لا يستطيع أن يمس بحق الأجنبي المرتهن الثاني .

فإذا فرضنا أن المرتهن الأول اشترى ملكية العين المرهونة من مالكها ، فأصبح مالكا لرهن الحيازة وللملكية معاً ، واتحدت الذمة بذلك ، فإن اتحاد الذمة هذا لا يخل بحق المرتهن الثاني .

وتقول مذكرة المشروع التمهيدي في هذا المعنى : " ولا يخل اتحاد الذمة بحق الأجنبي على الرهن ، كما إذا كان الدين المضمون بالرهن قد رهنه الدائن بدوره لدائن له كما تقدم في المثل السابق ، فإن الدائن الأول إذا اشترى العين المرهونة واتحدت الذمة بذلك ، فاتحادها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن التالي [١] " .

فالدائن الثاني إما أنه لا يسرى في حقه اتحاد الذمة ويبقى حق رهنه قائماً على حق رهن الحيازة ، أو يقر اتحاد الذمة فيضيع عليه حق رهنه .

٦٢٧ – استبقاء المالك لحق الرهن : وتقول مذكرة المشروع التمهيدي ، في هذا الصدد ، ما يأتي : " كذلك لا يعد الرهن منقضياً باتحاد الذمة إذا كانت للمالك مصلحة قانونية في استبقائه ، كما إذا اشترى الكفيل العيني الدين المضمون بالرهن ، وباع هذا الدين بعد ذلك مستبقياً الرهون لضمانه " [٢] .

فهنا كان يوجد ، لا مدين راهن ، بل كفيل عيني راهن ، ورأى الكفيل العيني أن يشترى الدين المضمون بالرهن ، حتى يخلص العين المملوكة له من هذا الرهن . فاشترى الدين ، حاسباً بذلك أنه يملك العين وأصبح الآن يملك الرهن . فيزول الرهن باتحاد الذمة . ولكنه وجد نفسه في حاجة إلى بيع الدين الذي اشتراه ، وأن يستبقى الرهن ضامناً للدين . ففعل ذلك ، فلا شك أنه لما باع الدين مضموناً بالرهن ، لم يزل الرهن باتحاد الذمة لأنه لا زال باقياً . ويرجع الكفيل كفيلا عينياً كما كان ، له عين مرهونة في الدين ، ولكن صاحب هذا الدين شخص آخر هو الذي اشترى الدين مضموناً بالرهن فيما قد قدمناه .

---

(١) آنفاً فقرة ٦٢٤ .
(٢) آنفاً فقرة ٦٢٤ .

٦٢٨ – زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي : وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي : " وكذلك لا ينقضي الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي ، كما إذا فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن العين " [١] .

فهنا اشترى المرتهن حيازة ملكية العين المرهونة ، فصار صاحب رهن حيازي وصاحب ملكية العين المرهونة ، فاتحدت الذمة وانقضي الرهن باتحاد الذمة .

ولكن تبين بعد ذلك أن البيع الذي اشترى به الدائن المرتهن ملكية العين المرهونة قابل للفسخ ، وفسخ بأثر رجعي . عند ذلك لا يعود الدائن المرتهن مالكاً للعين المرهونة ، ويزول اتحاد الذمة بأثر رجعي ، ويعود الدائن المرتهن دائناً مرتهناً فحسب ، لا مالكاً .

وتعود الأمور كما كانت قبل اتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي .

ويعود الرهن حافظاً قوته الأصلية ، بعد أن كان قد زال باتحاد الذمة [٢] .

§ ٣ – هلاك الشيء أو انقضاء حق المرهون

٦٢٩ – نص قانوني : ونصت المادة ١١١٣ (جـ) مدني على ما يأتي :

" ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية : (أ) ..... (ب) ..... (جـ) إذا هلك الشيء أو انقضي الحق المرهون " .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي :

" ويزول الرهن أخيراً بصفة أصلية إذا هلك الشيء أو الحق المرهون . فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحق الدائن المرتهن " [٣] .

٦٣٠ – انقضاء الرهن الحيازي بهلاك الشيء : وينقضي الرهن الحيازي بهلاك الشيء المرهون . وهذا طبيعي ، لأن الشيء المرهون لم يعد له وجود ، فيزول الرهن بزوال محله .

والشيء المرهون قد يهلك بخطأ الراهن ، أو بخطأ المرتهن ، أو بسبب أجنبي .

---

(١) آنفاً فقرة ٦٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا اشترى المرتهن العين المرهونة ، ثم بعدئذ أبطل البيع أو ألغي أو فسخ لأي سبب من الأسباب ، عاد الرهن إلى كيانه الأول حافظاً قوته الأصلية (استئناف وطني ٩ يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٣٣٤ ص ٣٠٧) .

(٣) آنفاً فقرة ٦١٩ .

فإن هلك بخطأ الراهن ، كان هذا مسئولا عن الهلاك ، ودفع تعويضاً عنه يحل محل الشيء المرهون الهالك . وينتقل الرهن بذلك ، من الشيء المرهون ، إلى التعويض .

وإن هلك بسبب أجنبي ، فإن كان هذا السبب هو خطأ الغير ، حل التعويض محل الشيء وانتقل إليه الرهن .

وإن كان السبب هو القوة القاهرة أو القضاء والقدر ، لم يكن أحد مسئولا عن التعويض . فلا يدفع تعويض ، ويزول الشيء فيزول الرهن بزواله ، وعلى هذا الوجه ينقضي الرهن .

٦٣١ – انقضاء الرهن بانقضاء الحق المرهون – حق الانتفاع : وقد يكون الشيء المرهون حقاً انقضى ، فيزول الرهن بانقضائه .

فإن كان الحق المرهون حق انتفاع ، وانقضى بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، فلا مناص من انقضاء الرهن الحيازي بانقضاء حق الانتفاع على هذا الوجه .

أما إذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع ، فإن نزوله لا يؤثر في الرهن ، ولا ينقضي الرهن بنزول المنتفع . ذلك لأن النـــزول عن حق الانتفاع سبب إرادي من جانب المنتفع ، ولا يجوز للمنتفع أن يضر بإرادته المرتهن على هذا الوجه . وعلى ذلك يبقى حق الانتفاع مثقلا بالرهن ، بالرغم من نزول المنتفع . ولا يزول حق الانتفاع بالنسبة إلى المرتهن إلا بسبب طبيعي ، كانقضاء المدة أو موت المنتفع .

وفي ذلك تقول مذكرة المشروع التمهيدي : " فإن كان الحق المرهون حق انتفاع مثلا ، وتنازل المنتفع عنه ، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن " [1] .

§ ٤ – البيع الجبري

٦٣٢ – تاريخ المسألة : ذكرنا فيما تقدم أن الرهن الحيازي لم يكن ينقضي ، في التقنين المدني السابق ، بالبيع الجبري . بل كان للدائن المرتهن ، في حالة بيع الشيء المرهون بيعاً جبرياً ، الحق في حبسه عن الراسي عليه المزاد .

وكانت المادة ١٥٥٤ من المشروع التمهيدي (م ١١١٣ من التقنين المدني) تنهي رهن الحيازة " إذا بيعت العين المرهونة بيعاً جبرياً " .

---

(١) آنفاً فقرة ٦٢٩ .

ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص ، استبقاء لحكم التقنين السابق فيما قضي به من أن البيع الجبري لا يطهر العين من الرهن الحيازي .

غير أن قانون المرافعات السابق نص في المادة ٦٩٠ منه على أنه يترتب على تسجيل حكم مرسي المزاد تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية .

وتنص المادة ٤٥٠ من قانون المرافعات الحالي على نفس الحكم .

فأصبح بموجب القانون المدني لا ينقضي حق الرهن الحيازي بالبيع الجبري ، أما بموجب قانون المرافعات فينقضي بالبيع الجبري ، لا حقوق الرهن الرسمي والاختصاص فحسب ، بل ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي .

٦٣٣ — لا تعارض بين القانون المدني وقانون المرافعات في حالة معينة : ولا يقع تعارض بين قانون المرافعات والقانون المدني في حالة معينة ، بل يكون الحكم فيها واحداً .

وهذه هي الحالة التي يكون فيها الدائن الحاجز صاحب حق رهن رسمي أو اختصاصي أو امتياز سابق في المرتبة على مرتبة الرهن الحيازي .

ففي القانون المدني لا يحتج بحق الحبس المترتب على الرهن الحيازي في مواجهة أصحاب هذه الحقوق السابقة على الرهن الحيازي .

وهذا هو أيضاً حكم قانون المرافعات الجديد [1] .

٦٣٤ — قانون المرافعات عدل القانون المدني في بقية الحالات : أما في بقية الحالات ، فيجب القول بأن قانون المرافعات الجديد ، وهو قانون متأخر في التاريخ عن القانون المدني ، قد عدل القانون المدني في هذه المسألة .

وعلى ذلك يكون البيع الجبري ، وفقاً لقانون المرافعات ، مطهراً للعقار من جميع الحقوق العينية التبعية ، ويدخل في ذلك حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي .

---

(١) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ٦٠٧ .

§ ٥ – فسخ الرهن الحيازي

٦٣٥ – ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه : رأينا أن المادة ١١٠١ مدني تنص على ما يأتي : " يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعماله لحقوقه المستمدة من العقد . وللدائن المرتهن ، في حالة الاستعجال ، أن يتخذ على نفقه الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون " [١] .

وقد سبق أن قررنا ، في هذه المناسبة ، أنه إذا " ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حقه رهنه أولا ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازة وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير ، فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن حيازة أن يطالب بتقديم تأمين كاف ، أو بتكملة التقديم المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً " [٢] .

ومعنى المطالبة بسقوط أجل الدين ودفع الدين فوراً ، أن الدائن المرتهن قد فسخ الرهن فانقضي بصفة أصلية ، وهو الآن يطالب بسقوط أجل الدين ودفع الدين فوراً .

٦٣٦ – إدارة الشيء المرهون : ورأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١١٠٦ مدني تنص على ما يأتي : " فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه ..... " [٣] .

ومعنى طلب استرداد الشيء مقابل دفع ما عليه أن الراهن قد فسخ الرهن فزال بصفة أصلية ، وهو الآن يطلب استرداد الشيء مقابل دفع ما عليه .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٧ .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

الفصل الرابع

بعض أنواع الرهن الحيازي

٦٣٧ – أنواع ثلاثة : تعرض القانون في هذا الفصل لأنواع ثلاثة من الرهن الحيازي : الرهن العقاري ، ورهن المنقول ، ورهن الدين .

فنعقد لكل منها مبحثاً

المبحث الأول

الرهن العقاري

٦٣٨ – مواد ثلاثة خاصة بالرهن العقاري : أورد المشرع مواد ثلاثة خاصة بالرهن العقاري ، وهي :

(١) مادة أولى (م ١١١٤ مدني) خاصة بنفاذ الرهن العقاري في حق الغير .

(٢) مادة ثانية (م ١١١٥ مدني) خاصة بجواز أن يؤجر الدائن المرتهن العقار المرهون إلى الراهن .

(٣) مادة ثالثة (م ١١١٦ مدني) خاصة بحفظ الدائن المرتهن للعقار المرهون ودفع ما على العقار من ضرائب وتكاليف .

فنعالج كل مسألة من هذا المسائل الثلاث في فقرة مستقلة .

٦٣٩ – نفاذ الرهن العقاري في حق الغير – نص قانوني : نصت المادة ١١١٤ مدني على ما يأتي :

" يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي " [(١)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – إذا وقع الرهن الحيازي على عقار ، سمي رهناً عقارياً . ٢ – ويشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يقيد عقد الرهن ، ويسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي " . وعدلت لجنة المراجعة النص على الوجه الآتي : " ١ – يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يقيد عقد الرهن، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي . =

ومعروف أن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن .

= ٢ – وحقوق الرهن الحيازي العقاري القائمة وقت العمل بهذا القانون ، يجب قيدها في خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة له ، أو في خلال سنة من وقت العمل بهذا القانون ، أي المدتين أطول ، ويترتب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الرهن من تاريخ تسجيل العقد المرتب له ، فإذا لم يتم قيد العقد في خلال المدة المتقدمة فلا يكون الرهن بعد انقضائها نافذاً بالنسبة إلى الغير " . وأقرت لجنة المراجعة المادة بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٢١٨ في المشروع النهائي . وأقر مجلس النواب المادة ، تحت رقم ١٢٠٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، حذفت اللجنة الفقرة الثانية ، لورود حكمها في قانون الشهر العقاري . واقترح الاستغناء عن الرهن في العقار اكتفاء بالرهن الرسمي ، ومما قال المقترح أنه إذا كانت الأوضاع في الماضي قد أوجبت وضع يد الدائن على العقار المرهون كوسيلة لمنع المدين من التصرف فيه ، فإنه بعد ظهور نظام التسجيل أصبح وحده كفيلا بتحقيق هذا الغرض ، و لم يبق محل لعقد الرهن الحيازي في العقار . وقررت لجنة مجلس الشيوخ عدم الأخذ بالاقتراح ، مستندة في ذلك إلى اعتبارين أساسيين . أولهما أن الرهن الحيازي ينطوي على تيسير للمدين ، لأنه يتم بعقد عرفي ويتيح استهلاك الدين من طريق إلزام الدائن باستغلاله واستنزال الغلة من الدين . وثانيهما أن حرمان البيئة الريفية من نظام الرهن الحيازي في العقار ، بعد أن ألغته وبعد إلغاء بيع الوفاء ، سيفضي إلى إرغام صغار الملاك على البيع تحت سلطان الاضطرار لاسيما متى كانوا يملكون أقل من خمسة أفدنة .

واقترح حذف المواد من ١١١٤ إلى ١١١٦ الخاصة برهن الحيازة في العقار وقصر هذا النوع من الرهن على المنقول ، و لم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن ثمة فارقاً جوهرياً بين تصوير القانون المصري لرهن الحيازة والتصوير الفرنسي له ، ففي حين أن الأول يجعل الأصل هو وجوب استثمار الدائن للمرهون تيسيراً لاستيفاء الدين لا يجعل الأخير للدائن حقاً في الاستثمار ولا يرغمه عليه . وقد كانت وسائل الائتمان متعددة من قبل ، لبكانت الغاروقة قائمة في ظل نظام الأراضي الخراجية وألغيت الغاروقة تبعاً لزوال هذا النظام ، ثم شاع نظام بيع الوفاء ولكن إساءة استعمال هذا النظام حدت إلى إلغائه . والآن لم يعد في البيئة الريفية إلا رهن الحيازة ، ألفه الناس واستقر في تقاليدهم ، فإذا ألغي كان من العسير أن يعتمد صغار الزراع على الرهن التأميني (الرسمي) وهم لم يألفوه بوصفه وسيلة من وسائل الضمان .

واستقر رأي اللجنة على عدم حذف الرهن الحيازي العقاري ، وأقرت المادة تحت رقم ١١١٤ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤٣ – ص ٢٤٨) .

التقنين المدني السابق : م ٦٧٥/٥٥١ : لا يضر رهن العقار بالحقوق المكتسبة عليه المحفوظة وبالوجه المرعي قبل تسجيل الرهن ، وأنظر أيضا المادة الأولى من قانون التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٦٣ : لا يمس الرهن بالحقوق العينية المحررة بطريقة قانونية على العقار قبل قيد الرهن في السجل العقاري .

التقنين المدني الليبي : م ١١١٨ : يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الاتفاقي .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

فإذا كان الرهن الحيازي واقعاً على عقار ، وجب أيضاً لنفاذه في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن ، أن يقيد عقد الرهن الحيازي [1] .

وعقد الرهن الحيازي العقاري يقيد على الوجه ا لذي يقيد به عقد الرهن الرسمي وتتبع نفس الأحكام ، وقد تقدم بيان ذلك .

ويلاحظ أن المادة ٣٠ من قانون تنظيم الشهر العقاري نصت على بيان خاص بالرهن الحيازي العقاري يجب أن تشمله قائمة قيد هذا الرهن ، وهو بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه في عقد الرهن .

وفيما يتعلق بمحو القيد ، أضافت المادة ٤٥ من قانون تنظيم الشهر العقاري حكماً خاصاً بحالة محو القيد الخاص بالرهن الحيازي العقار وبحقوق الامتياز العقارية ، فقررت أن يكتفي لمحو قيد هذه الحقوق بإقرارات عرفية مصدق على التوقيع فيها ، إذ أن هذه الحقوق يجوز إنشاؤها بمحررات عرفية فلم تكن هناك حاجة إلى إيجاب التقرير الرسمي لمحو القيد الخاص بها .

والقيد لا يغني عن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن ، كما أن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن لا يغني عن القيد [1] .

٦٤٠ – جواز إيجار الدائن المرتهن العقار المرهون إلى الراهن – نص قانوني : نصت المادة ١٦١٥ مدني على ما يأتي :

" يجوز للدائن المرتهن للعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن ، دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير . فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن ، وجب ذكر ذلك في القيد ذاته.

---

(1) يشترط وفقاً للمادتين ١١١٤ من القانون المدني ، ١٢ من قانون الشهر العقاري لكي يسري الرهن الحيازي العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة ، قيد الرهن ، وأنه وفقاً للمادة ٤٢ من القانون الأخير يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه ويترتب على سقوط القيد عدم سريان الرهن في حق " الغير " والمقصود بالغير في حكم هذه المواد هو كل من له مصلحة في عدم سريان الرهن عليه عدا الراهن وورثته فيعتبر من " الغير " من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون كالمشترى من المدين الراهن بمقتضى عقد مسجل ، ويكون لهذا المشترى أن يتمسك بعدم سريان الرهن في حقه إذا لم يكن قد قيد ، أو إذا قيد و لم يجدد القيد خلال السنوات العشر التالية ، ولو كان انتقال الملكية إلى المشترى لاحقاً على القيد قبل سقوطه.
(جلسة ١٩٧٥/٤/٢ الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ٧٤٩) .

(١) محمد كامل مرسي فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٩ .

أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، وجب أن يؤشر به في هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً " (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" يجوز للمرتهن أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير ، على أن يشهر الإيجار إما بذكره في القيد نفسه إذا اتفق عليه عند الرهن ، أو بالتأشير به على هامش القيد إذا اتفق عليه بعد ذلك . ولا يكون تجديد التأشير ضرورياً ، إذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً . أما في رهن المنقول ، فخروج العين من يد المرتهن إلى الراهن ، بإيجار أو بغيره ، لا يبطل الرهن ، ولكن يجعله غير نافذ في حق الغير كما تقدم " (٢) .

فيجوز إذن للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون لغير الراهن ، وللراهن نفسه . فإذا ما أجره وسلمه لمستأجر ، اعتبر هو الحائز القانوني ، ولا يخل الإيجار بنفاذ الرهن في حق الغير مادام الدائن المرتهن هو الحائز القانوني .

وإذا أجر الدائن المرتهن العقار المرهون للراهن ، فإنه يجب شهر الإيجار في القيد . فإن تم الإيجار عند الرهن ، وجب ذكر ذلك في القيد ذاته . وإن تم الإيجار بعد الرهن ، وجب أن يؤشر بالإيجار في هامش القيد .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٥٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢١٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠) .

التقنين المدني السابق : م ٦٦٢/٥٤٠ فقرة ثانية : وفي حالة الرهن العقاري ، يجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون للمدين ، بشرط أن يكون الإيجار منصوصاً عليه في عقد الرهن أو مؤشراً به في هامش تسجيل الرهن وذلك في حالة حصول الإيجار بعد الرهن .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١٠٦٩ : العقار المرهون الذي يعيره الدائن المرتهن إلى المدين أو يؤجره منه يبقى مخصصاً لضمان وفاء الدين .

التقنين المدني الليبي : م ١١١٩ : يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير . فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن ، وجب ذكر ذلك في القيد ذاته . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، وجب أن يؤشر به في هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا تجدد الإيجار تجديداً ضمنياً .

التقنين المدني العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : م ١١٥ : العقار المرهون الذي يعيره الدائن المرتهن إلى المدين أو يؤجره منه يبقى مخصصاً لضمان وفاء الدين .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٢ .

وتجديد الإيجار تجديداً ضمنياً إيجار جديد، وكان الواجب التأشير به في هامش القيد، لأنه لا يكون إلا بعد الرهن . ولكن القانون أعفى الدائن المرتهن والراهن من شهر التجديد الضمني بالتأشير به في هامش القيد . فإذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً ، فإنه يكتفي بشهر الإيجار نفسه في القيد أو في هامش القيد ، ولا حاجة إلى التأشير بالتجديد الضمني .

٦٤١ – حفظ الدائن المرتهن للعقار المرهون ودفع ما على العقار من ضرائب وتكاليف – نص قانوني : نصت المادة ١١١٦ مدني على ما يأتي :

" ١ – على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل من الثمار التي يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفي هذه القيمة من ثمن العقار في المرتبة التي يخولها له القانون " .

" ٢ – ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن" [1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٥٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥١ – ص ٢٥٣) .

التقنين المدني السابق : م ٦٧٦/٥٥٢ – ٦٧٧ : على الدائن الذي ارتهن العقار أن يقوم بحفظه وأن يصرف المصاريف الضرورية اللازمة لصيانته ، مع أداء العوائد المترتبة عليه للحكومة . إنما له أن يستوفي ذلك من ريعه ، أو يستوفيه بالامتياز من ثمن العقار . ويجوز له في جميع الأحوال أن يتخلص من عبء تلك التكاليف، بتركه حق الرهن .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري : م ١/١٠٦٦ : على الدائن أن يعتني بصيانة العقار المرهون وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتنازل من الثمار جميع مصاريف الصيانة والتصليحات أو أن يستوفيها بالأفضلية من ثمن العقار .

التقنين الليبي : م ١١٢٠ : ١ – على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يستنزل من الثمار التي يحصلها قيمة ما أنفق أو يستوفي هذه القيمة من ثمن العقار في المرتبة التي يخولها له القانون . ٢ – ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : م ١١٢ : على الدائن أن يعتني بصيانة العقار المرهون وبأجراء التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يتنازل من الغلة جميع مصاريف الصيانة والتصليحات أو أن يستوفيها بالأفضلية من ثمن العقار . وله دائماً أن يرفع هذه الموجبات عن عاتقه بتخليه عن حق الرهن .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" تزيد التزامات مرتهن العقار بأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ، على أن يسترد ذلك من الثمار أو من العقار ، ويستطيع الراهن أن يتحلل من الالتزامات كلها بالتخلي عن حق الرهن ، وهذا صحيح في العقار والمنقول " [1] .

ويتبين مما تقدم أن الدائن المرتهن لعقار ، يلتزم بحفظ هذا العقار وصيانته ودفع المصروفات اللازمة لذلك . وهذا التزام عام ، يلتزم به كل دائن مرتهن ، سواء لعقار أو لغير عقار ، وقد تقدم بيان ذلك .

ويلتزم الدائن المرتهن للعقار أيضاً بأن يدفع ما يستحق سنوياً على العقار من ضرائب وتكاليف ، فإن كان العقار أرضاً زراعية دفع المال ، وإن كان بناء دفع العوايد ، ويدفع التكاليف أيضاً كأجر الخفر والضرائب المؤقتة .

وله أن يرجع بكل ذلك إما على غلة العقار إن كانت تفي ، فإن كانت لا تفي رجع على ثمن العقار نفسه ، واعتبر ذلك مضموناً بالرهن وفي نفس المرتبة .

على أن الدائن المرتهن عليه التزامات أخرى غير ما تقدم ، وقد أحصيناها وتكلمنا فيها تفصيلا عند الكلام في التزامات الدائن المرتهن [2] .

وهو ملتزم بكل هذه الالتزامات لأنه دائن مرتهن ؛ وبسبب ما له من حق الرهن .

فيستطيع أن يتخلص من كل هذه الالتزامات ، بما في ذلك الضرائب والتكاليف على العقار ، إذا هو تخلى (abandoner) عن حق الرهن وتركه دون مقابل ، فيتخلص المال ، عقاراً كان أو منقولا ، مما يثقله من حق الرهن . وهذه قاعدة عامة ، تنطبق سواء كان المال المرهون عقاراً أو منقولا أو ديناً .

المبحث الثاني

رهن المنقول

٦٤٢ – المواد الخاصة برهن المنقول : أورد المشرع ست مواد خاصة برهن المنقول ، نخصص لكل منها فقرة ، وهذه هي :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) آنفاً فقرة ٥٥٦ وما بعدها .

(١) م ١١١٧ وهي خاصة بنفاذ رهن المنقول في حق الغير .

(٢) م ١١١٨ وهي خاصة بسريان الآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها على رهن المنقول .

(٣) م ١١١٩ وهي خاصة بطلب المرتهن أو الراهن الترخيص له في بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف أو إنقاص القيمة ، ونقل الرهن من المنقول إلى ثمنه .

(٤) م ١١٢٠ وهي خاصة بطلب الراهن الترخيص له في بيع المنقول كصفقة رابحة قبل حلول أجل الدين .

(٥) م ١١٢١ وهي خاصة بطلب الدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، الترخيص في بيع المنقول أو الأمر بتمليكه إياه بثمنه بحسب تقدير الخبراء .

(٦) م ١١٢٢ وهي خاصة بوجوب عدم التعارض مع الأحكام الخاصة بالرهن التجاري وبيوت التسليف وأحوال خاصة في رهن المنقول .

٦٤٣ – نفاذ رهن المنقول في حق الغير – نص قانوني : نصت المادة ١١١٧ مدني على ما يأتي :

" 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 " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " رهن المنقول هو رهن الحيازة إذا وقع على شيء منقول . ٢ – يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ ، ويبين فيها بياناً كافياً المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة، ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن " . وحذفت لجنة المراجعة الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليها ، واستبدلت عبارة " يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً " بعبارة " ويبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة " . ووافقت اللجنة على المادة بعد تعديلها ، تحت رقم ١٢٢١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ١٢٠٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٤ – ص ٢٥٥) .

التقنين المدني السابق : م ٥٤٩ فقرة أولى / ٦٧٢ : لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين ، إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي مشتمل على بيان المبلغ المضمون وبيان الشيء المرهون بياناً كافياً .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٣٢/١ : إذا كانت قيمة المرهون يجاوز مائة ليرة سورية ، فلا يترتب الامتياز إلا إذا كان هناك سند محرر أمام مأمور رسمي أو سند عادي ثابت التاريخ يتضمن بيان مقدار الدين وتعيين نوع الأشياء المرهونة وماهيتها .

وقد قدمنا أن انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن حيازة ضروري ، حتى يكون رهن الحيازة سارياً في حق الغير .

وإلى جانب انتقال الحيازة ، يجب أيضاً ، حتى يكون رهن المنقول سارياً في حق الغير أن يدون عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ . وهذا التاريخ الثابت هو الذي يحدد في أي وقت بحسب سريان الرهن بالنسبة إلى الغير ، أي يحدد مرتبة الدائن المرتهن . فإذا كان هناك دائنان مرتهنان لمنقول واحد ولكل منهما تاريخ ثابت ، فالأسبق في هذا التاريخ هو الذي يتقدم على المتأخر .

ويبين في الورقة ثابتة التاريخ التي دون فيها عقد الرهن ، المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة ، بياناً كافياً .

وقد أوجب القانون ، لنفاذ رهن المنقول في حق الغير ، تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ ، أي أن يكون العقد مكتوباً في ورقة عرفية ثابتة التاريخ ، وليس من الضروري أن تكون ورقة رسمية [1] . ولكن من الضروري أن تكون هناك ورقة عرفية حتى في المسائل التي يجوز فيها الإثبات بالبينة ، وأن تكون هذه الورقة العرفية ذات تاريخ ثابت .

والغرض من ذلك حماية الغير من الغش ، الذي قد يرتكب إضراراً به بتقديم تاريخ الرهن أو زيادة قيمة الدين أو إبدال الشيء المرهون [2] .

ويصح أن يكون الاتفاق على الرهن محرراً في السند العرفي المقرر للالتزام المضمون بالرهن [3] .

وإذا كان الالتزام غير محدد القيمة ، يجب على الأقل بيان حده الأقصى .

والواجب بيان المبلغ المضمون ، فلا داعي لذكر تاريخ حلول الدين أو تاريخ عقد الدين أو جنس الدين .

= التقنين الليبـــى : م ١١٢١ : 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 .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) محكمة مصر ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٧ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٣٥٣ ص ٤٧٨ — لوران فقرة ٤٨٤ — جيوار فقرة ٤٩ — بودري ودي لوان فقرة ٤٨ وفقرة ٥١ — أوبري ورو ٣ فقرة ٤٣٢ هامش ٢٥ — دي هلتس فقرة ٥٩ — جرانمولان فقرة ١٣٠ .

(٣) جيوار فقرة ٧٠ — بودري ودي لوان فقرة ٤٩ .

وإذا شمل الرهن جملة أشياء ، وبين بعضها دون بعض ، فالعقد يكون نافذاً في حق الغير فيما يختص بما بين من هذه الأشياء دون ما لم يبين [1] .

والمحاكم هي التي تقدر ما إذا كان البيان كافياً أو غير كاف [2] .

٦٤٤ – سريان الآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها على رهن المنقول – نص قانوني :

نصت المادة ١١١٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول " .

" ٢ – وبوجه خاص يكون للمرتهن ، إذا كان حسن النية ، أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن " [3] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

---

(١) لوران فقرة ٤٥٥ – جيوار فقرة ٧٩ – بودري ودي لوان فقرة ٥٥ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٥٣ – دي هلتس فقرة ٦١ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٥٣ ص ٤٧٩ – وقد قضت محكمة النقض بأن تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ لا يسرى على الرهن التجاري (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٩٤ ص ٢٠٣٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٥٩ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً طفيفا فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، . ووافقت عليه اللجنة بعد هذا التعديل تحت رقم ١٢٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٦ – ص ٢٥٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : لا شيء .

التقنين الليبي : م ١١٢٢ : ١ – الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول . ٢ – وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن.

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

" حيازة منقول بحسن نية تعدل كثيراً من أحكام الرهن ، ويظهر ذلك بنوع خاص في أمرين : أولهما أن الدائن قد يرتهن المنقول من غير المالك وهو حسن النية ، فيترتب له حق الرهن ، لا بمقتضى العقد ، بل بمقتضى الحيازة . والأمر الثاني أن المنقول المرهون حيازة قد يترتب عليه حق عيني آخر لحائز حسن النية ، فيقدم هذا الحق على حق المرتهن " (١) .

ويؤخذ من النص سالفَ الذكر أن رهن الحيازة في المنقول قد تتعارض أحكامه مع أحكام قاعدة قانونية أخرى ، وهي " الحيازة في المنقول سند الملكية " . ويظهر هذا التعارض من وجهين ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ١١١٨ مدني ما يأتي : " وبوجه خاص يكون للمرتهن ، إذا كان حسن النية ، أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن " .

ويتبين من ذلك أن هذين الوجهين هما :

(١) إذا كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون بأن كان لا يملك المنقول ورهنه على أنه هو المالك له ، أو كان الراهن لا أهلية له في رهن المنقول بأن كان صغيراً أو محجوراً عليه وزعم للمرهون له أنه بالغ سن الرشد غير محجور عليه . فإذا كان المرهون له حسن النية ، واعتقد أن الراهن مالك للمنقول المرهون أو أنه يملك رهنه لأنه بالغ غير محجور عليه ، فإن حق الرهن يترتب مع ذلك ، بالرغم من أن الراهن لا يستطيع أن يرتبه . وهو يترتب ، لا بعقد الرهن لأن هذا العقد صادر ممن لا يملك الرهن ، بل بقاعدة الحيازة في المنقول فإن المرهون له حسن النية فملك الرهن في المنقول بالحيازة .

(٢) إذا كان الراهن يملك رهن المنقول ورهنه ، وزعم المرهون له وهو حائز للمنقول أن هذا المنقول ملكه وباعه لشخص حسن النية ، فإن المنقول المرهون تنتقل ملكيته للمشترى ، لا بعقد البيع لأن المرهون له غير مالك فلا يستطيع أن ينقل الملكية بالبيع ، ولكن بالحيازة لأن المشترى وقت أن اشترى وحاز كان حسن النية والحيازة في المنقول سند الملكية . ويجوز أيضاً أن المرهون له لا يبيع المنقول ولكن يؤجره ، فيعمد المستأجر إلى الظهور أمام الناس بأنه مالك للمنقول لا مستأجر إياه ، ويبيع المنقول باعتباره مالكاً إياه إلى مشتر حسن النية اعتقد أن المستأجر مالك وحائز المنقول . عند ذلك تنتقل ملكية هذا المنقول إلى المشترى ، ولكن لا بعقد البيع لأن البيع صادر من مستأجر ، بل بالقاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٤ .

٦٤٥ – طلب المرتهن أو الراهن الترخيص له في بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف وانتقال الرهن من المنقول إلى ثمنه – نص قانوني : نصت المادة ١١١٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، و لم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق " .

" ٢ – ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه " [1] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" ويصل اليسر في بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين . وهذا جائز في حالتين :

(أ) إذا دعت الضرورة إلى ذلك بأن كان المنقول مهدداً أن يصيبه هلاك أو تلف أو نقص في القيمة ، و لم يطلب الراهن أن يستبدل به شيئاً آخر ، فيجوز للمرتهن أن يطلب الترخيص في بيعه بالمزاد أو بسعره في البورصة أو السوق ، وينتقل حق الرهن إلى الثمن ، وينظر القاضي في إيداعه فقد يودع في مصرف أو عند الدائن .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٠ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب بعد تعديله تعديلا لفظياً بسيطاً ، تحت رقم ١٢٠٨ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ ، تحت رقم ١١١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥٨ – ص ٢٦٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٤٠ : ١ – للراهن أيضاً أن يحتج بتعيب المرهون أو بنقص قيمته ، فيستصدر إذنا من القاضي في البيع ..... ٢ – ويمكنه إذا شاء أن يطلب رد المرهون لقاء تقديمه تأميناً آخر يراه القاضي كافياً .

التقنين الليبي : م ١١٢٣ : ١ – إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن و لم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق. ٢ – ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(ب) . . . . . " [1] .

ويتبين من ذلك أن قد توجد حاجة إلى بيع الشيء المرهون قبل حلول أجل الدين ، وقبل انقضاء الرهن . ويكون ذلك مثلا بأن يكون الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو بأن تنقص قيمته نقصاً كبيراً بحيث يصبح بعد نقص قيمته غير كاف لضمان الدين كما كان يضمنه من قبل . وكان الراهن يستطيع في هذه الحالة أن يطلب رد المنقول على أن يقدم بدلا منه تأمينا آخر ، فلم يفعل .

عند ذلك لا يجوز ترك المنقول المرهون معرضاً للهلاك أو التلف أو نقص القيمة ، وقد يهلك أو يتلف أو تنقص قيمته نقصاً كبيراً قبل أن يحل الدين .

فأعطى القانون للدائن المرتهن ، وللراهن ، أن يطلب أي منهما الترخيص له في بيع المنقول ، قبل حلول أجل الدين ، إما بالمزاد العلني ، أو بسعره في البورصة إن كان ورقاً مالياً ، أو بسعر في السوق إن كان سلعة .

فإذا رخص القاضي في بيع المنقول على هذا الوجه ، بعد التحقق من الخطر الذي يتعرض له المنقول من عدم بيعه ، نظر القاضي عند الترخيص في بيع المنقول أين يودع ثمنه حتى يحل أجل الدين ، فيتقاضى الدائن المرتهن الدين الذي له من الثمن :

أيودع الثمن في أحد المصارف لحساب المرتهن والراهن ؟

أم يودع الثمن عند الدائن المرتهن ، حتى يتقاضى حقه منه عند حلول أجل الدين ؟

أم يودع الثمن خزانة المحكمة ، حتى توزعه بين المرتهن والراهن عند حلول أجل الدين ؟

أم يودع الثمن مكاناً آخر ؟

وفي جميع الأحوال ، متى بيع المنقول المرهون وتحول إلى ثمن ، حل الثمن حلولا عينياً محل المنقول ، ومن ثم يتحول الرهن من المنقول إلى ثمنه .

٦٤٦ – طلب الراهن الترخيص له في بيع المنقول كصفقة رابحة قبل حلول أجل الدين – نص قانوني :

نصت المادة ١١٢٠ مدني على ما يأتي :

" يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع فرصة رابحة ، أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن " [1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

" ويصل اليسر في بيع المنقول أن يباع قبل حلول الدين ، وهذا جائز في حالتين :

(أ) . . . . . .

(ب) إذا تحقق نفع من بيع المنقول ، بأن وجدت فرصة ملائمة فيرخص القاضي في البيع ، ويضع الشروط ، ويفصل في إيداع الثمن " [٢] .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه يجوز بيع المنقول المرهون ، ولو قبل حلول أجل الدين ، لا دفعاً لضرر كما في الحالة السابقة (م ١١١٩ مدني) ، بل جلباً لنفع .

فقد تعرض فرصة طيبة لبيع المنقول المرهون يخشى أن تضيع ، كأن يظهر راغب في شراء المنقول بثمن عال ، وقد يكون ذلك قبل حلول أجل الدين .

فإذا تروخي في بيع المنقول ، فقد تضيع الفرصة ، وقد لا تتجدد .

لذلك أعطى القانون للراهن وحده ، دون المرتهن ، الحق في أن يطلب من القاضي أن يرخص له في بيع المنقول المرهون ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، حتى يستطيع الراهن أن ينتفع بهذه الفرصة الطيبة .

وعند ذلك ينظر القاضي في هذا الطلب ، فإذا تحقق من أن هذه فرصة طيبة لبيع المنقول المرهون ، رخص للراهن في البيع ، وفصل مع الترخيص في البيع أمرين : (١) تحديد شروط البيع ، فقد يحدد شروطاً للبيع تجعله مجزياً ومحققاً للفرصة الطيبة . (٢) الفصل في أمر

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦١ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أضافت عبارة " وكان البيع صفقة رابحة " ، تحت رقم ١٢٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٠ — ص ٢٦١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٤١ : ١ — إذا سنحت فرصة موافقة لبيع المرهون ، فيحق للراهن أن يطلب من القاضي ترخيصاً في البيع . ٢ — وإذا منح القاضي هذا الترخيص ، قرر شروط البيع وإيداع الثمن .

التقنين الليبي : م ١١٢٤ : يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر إيداع الثمن .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

إيداع الثمن ، وبخاصة إذا كان البيع قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، فقد يجعل إيداعه عند الدائن المرتهن أو في خزانة المحكمة أو في أحد المصارف .

وبديهي أنه عند بيع المنقول وقبض الثمن ، يتحول الرهن من المنقول إلى ثمنه الذي حل محله حلولا عينياً .

٦٤٧ – طلب الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين الترخيص له في بيع المنقول أو الأمر بتمليكه إياه بثمنه بحسب تقدير الخبراء – نص قانوني :

نصت المادة ١١٢١ مدني على ما يأتي :

" يجوز للدائن المرتهن ، إذا لم يستوف حقه ، أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق " .

" ٢ – ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء " [1] .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

" المنقول المرهون حيازة أبيعه في الدين أيسر من بيع العقار . إذ يجوز للمرتهن أن يطلب بيع المنقول بسعره في البورصة أو في السوق ، فيتجنب بذلك إجراءات البيع الجبري . بل يجوز له دون رضاء الراهن أن يطلب من القاضي تمليكه المنقول وفاء للدين ، على أن

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد .وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٢ – ص ٢٦٣) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٤٣ : ١ – للدائن عند عدم الإيفاء أن يطلب من القاضي ترخيصاً في بيع المرهون، إما بالمزاد العلني أو بسعر البورصة أو السوق إذا وجدتا . ٢ – وله أيضاً أن يطلب من القاضي إصدار أمر باستيفاء المرهون له ، لإيفائه بقدر دينه بناء على تخمين الخبراء . ٣ – ويقع باطلا كل اتفاق يجيز للدائن أن يتملك المرهون أو يتصرف فيه بدون إجراء المعاملات المتقدم ذكرها .

التقنين الليبي : م ١١٢٥ : ١ – يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ – ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

تحسب قيمته حسب تقدير القضاء . وهذا هو شرط التمليك عند عدم الوفاء ، وقد تقدم أنه يجوز بعد حلول الدين بشرط رضاء الراهن ، أما في المنقول فرضاء الراهن غير ضروري وللقاضي أن يأمر بالتمليك " [1] .

وظاهر من النص سالف الذكر أننا قد وصلنا إلى آخر الشرط ، وأن الدين المضمون بالرهن قد حل أجله ، وأن الدائن المرتهن لم يستوفه ، وأنه يسعى الآن لاستيفاء الدين الذي له ولو ببيع المنقول المرهون .

فإذا وصلنا إلى هذا الحد ، فإنه يجوز للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المنقول .

وهذه إجراءات تختلف بعض الشيء عن إجراءات التنفيذ الجبري ، لأن المنقول المرهون قد تتبع فيه إجراءات أخف من الإجراءات التي تتبع في التنفيذ الجبري على العقار .

فيجوز للدائن المرتهن أولا أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المنقول المرهون بالمزاد العلني . فإذا أذن له في ذلك ، باعه بالمزاد العلني ، وتقاضى الدين الذي له من الثمن .

ويجوز للدائن المرتهن ثانياً أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المنقول المرهون ، لا بالمزاد العلني ، بل بيعاً ودياً بسعر المنقول في البورصة أو في السوق ، إن كان الشيء المرهون ورقاً مالياً أو سلعاً . فإذا رخص له القاضي في البيع على هذا النحو ، تقاضى الدائن المرتهن الدين الذي له من الثمن الذي قبضه ، ورد الباقي إلى الراهن .

ويجوز للدائن المرتهن ثالثاً أن يطلب من القاضي تمليكه المنقول المرهون وفاء للدين ، على أن يحسب ثمن المنقول بحسب تقدير الخبراء وقت البيع ، فإن بقي في ذمته شيء من الثمن بعد استيفائه الدين الذي له دفعه إلى الراهن . ويلاحظ أن هذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء في صورة المحللة ، وهي بعد حلول الدين المضمون بالرهن ، ولا يشترط في المنقول رضاء الراهن ، ويكفي ترخيص القاضي في تمليك المنقول للدائن المرتهن وهذا الترخيص من القاضي يقوم مقام رضاء الراهن .

وفي أية طريقة من هذه الطرق الثلاث ، يحصل الدائن المرتهن على ثمن المنقول ، فإن بقي من هذا الثمن شيء يزيد على حق الدائن المرتهن ، دفعه الدائن المرتهن إلى الراهن .

٦٤٨ – وجوب عدم التعارض مع الأحكام الخاصة بالرهن التجاري وبيوت التسليف وأحوال خاصة في رهن المنقول – نص قانوني :

نصت المادة ١١٢٢ مدني على ما يأتي :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٥ .

" تسرى الأحكام المتقدمة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية ، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها في الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول [1] " .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" هناك أحكام خاصة برهن المنقول في حالات معينة ، أهمها الأحكام المتعلقة ببيوت التسليف المرخص لها في الرهن والأحكام المتعلقة بالرهن التجاري " .

والنص السالف الذكر يلفت النظر إلى أن الأحكام المتقدمة في رهن المنقول يجب عدم العمل بها إذا تعارضت مع أحكام الرهن التجاري أو مع أحكام بيوت التسليف المرخص لها في الرهن ، والأحكام المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول .

وهذه هي إما قوانين تجارية لا شأن لنا بها هنا ، أو أحكام خاصة برهن المنقول .

ونذكر على سبيل المثال القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص بالرهن الحيازي الذي يعقد لبنك التسليف الزراعي المصري .

فتقضي المادة الأولى منه بأن يكون الرهن الزراعي (gage agricol) الذي يعقد لبنك التسليف الزراعي المصري صحيحاً ولو لم يكن للمكتوب الذي يدون فيه العقد تاريخ ثابت ، ويكون الرهن صحيحاً ولو بقيت الحاصلات الزراعية المرهنة لصالح البنك في مخازن مدينه الخاصة ، وإنما يشترط أن تختم أبواب تلك المخازن بالشمع الأحمر وأن تعلق عليها بطريقة ظاهرة ألواح يثبت فيها اسم البنك .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٤ — ص ٢٦٦) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : لا شيء .

التقنين الليبي : م ١١٢٦ : تسرى الأحكام المتقدمة مع أحكام القوانين التجارية والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها في الرهن وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول .

التقنين العراقي : لا شيء .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

المبحث الثالث

رهن الدين

٦٤٩ – المواد الخاصة برهن الدين : أورد المشرع سبع مواد خاصة برهن الدين ، نخصص لكل منها فقرة ، وهذه هي :

(١) م ١١٢٣ وهي خاصة بنفاذ رهن الدين في حق المدين وفي حق الغير .

(٢) م ١١٢٤ وهي خاصة برهن السندات الإسمية والسندات الإذنية .

(٣) م ١١٢٥ وهي خاصة بعدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز .

(٤) م ١١٢٦ وهي خاصة بحقوق والتزامات الدائن المرتهن للدين .

(٥) م ١١٢٧ وهي خاصة بدفوع المدين في الدين المرهون .

(٦) م ١١٢٨ وهي خاصة بحلول الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن.

(٧) م ١١٢٩ وهي خاصة بحلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون بالرهن .

٦٥٠ – نفاذ رهن الدين في حق المدين وفي حق الغير – نص قانوني: وقد نصت المادة ١١٢٣ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه ، أو بقبوله له ، وفقاً للمادة ٣٠٥ " .

" ٢ – ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول " [١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٧ – ص ٢٦٨) .

التقنين المدني السابق : م ٦٧٣/٥٤٩ : لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي يشتمل على بيان المبلغ المرهون عليه وبيان الشيء المرهون بياناً كافياً ، ويحصل رهن الدين بتسليم سنده ورضا المدين كالمقرر في المادة ٣٤٩ فيما يتعلق بالحوالة بالدين ، وكل هذا مع عدم الإخلال بالأصول المقررة في التجارة .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٤٧ : ١ – لا يترتب الامتياز على الدين المقدم تأميناً إلا إذا أبلغ المدين إنشاء الرهن أو رضي به في سند ثابت التاريخ . ٢ – . . . . . ٣ – وإذا كان الدين المتقدم تأميناً يجاوز مائة ليرة سورية ، فإن الامتياز لا يترتب إلا إذا كان الرهن مثبتاً بسند رسمي أو بسند عادي ثابت التاريخ . =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

" يقع الرهن الحيازي على الدين باعتباره منقولا ، غير أن الرهن في هذه الحالة تتحور بعض أحكامه بما يتفق مع كبيعة الدين . فمن ناحية انعقاد الرهن ونفاذه يكون رهن الدين بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكنه لا ينفذ في حق المدين للراهن إلا بإعلانه أو قبوله كما هو الأمر في حوالة الدين . ولا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن للدين ، ويكون ذلك بحيازة سند الدين . وتحسب مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت للإعلان أو القبول . . . . . وتعتبر السندات لحاملها كالمنقولات المادية ، وتجرى عليها أحكام هذه المنقولات " [1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن رهن الدين يجب أن يكون نافذاً في حق المدين في الدين المرهون ، ويكون ذلك بإعلان الرهن إليه أو بقبوله إياه كما في حوالة الدين . ويكون للإعلان أو للقبول تاريخ ثابت ، إذ هذا التاريخ الثابت يحدد للرهن مرتبته .

ويجب أيضاً أن يكون نافذاً في حق الغير ، ويكون ذلك بحيازة الدائن المرتهن لسند الدين ، فالدين غير المكتوب في سند لا يجوز رهنه .

وتعتبر السندات لحاملها بمثابة المنقولات المادية ، فتداولها يحصل بتسليمها فلا يشترط في رهنها شرط غير تسليم السند [2] . وعلى ذلك يجب ، لنفاذ رهنها في حق الغير ، إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها الحق المضمون بالرهن والمال المرهون بياناً كافياً (م ١١١٧) [3] .

٦٥١ – رهن السندات الإسمية والسندات الإذنية – نص قانوني :

وقد نصت المادة ١١٢٤ مدني على ما يأتي :

= التقنين الليبي : م ١١٢٧ : لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٢٩٢ . ٢ – ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن سند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول .

التقنين العراقي : م ١٣٥٤ : لا يكون رهن الدين تاماً إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، ولا يكون نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الإعلان أو القبول .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٦٤ – جوسران ٢ فقرة ١٥٢٦ – دي هلتس فقرة ٤٥ – جرانمولان فقرة ١٤٢ .

(٣) محمد كامل مرسي فقرة ٣٦١ .

" السندات الإسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان " (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" أما في السندات الإسمية والسندات الإذنية ، فإن الرهن يتم بالطريقة الخاصة لحوالة هذه السندات ، أي بالقيد في سجلات الشركة للسندات الإسمية والتظهير للسندات الإذنية، على أن يذكر أن الحوالة تمت على سبيل الرهن " (٢) .

والنص السالف الذكر يتكلم في رهن السندات الإسمية والسندات الإذنية ، فيجعل رهنها كحوالتها بالقيد في سجلات الشركة في السندات الإسمية وبالتظهير في السندات الإذنية ، على أن يذكر في الحالتين أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن . فيتم الرهن بذلك، دون حاجة إلى إعلان المدين في هذه السندات بالرهن .

٦٥٢ – عدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز –

نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٢٥ مدني على ما يأتي :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١١٢٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦٩ – ص ٢٧٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ٢/١٠٤٧ : أما السندات الرسمية أو المحررة " لأمر " ، فإن رهنها يتم على طريقة النقل الخاص المعين في قانون التجارة ، مع إيضاح مفاده أن النقل أجرى على سبيل التأمين ولا يحتاج إلى إبلاغ .

التقنين الليبي : م ١١٢٨ : السندات الإسمية والسندات الإذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان .

التقنين العراقي : م ١٣٥٥ : السندات الإسمية والسندات لأمر يتم رهنها بالطريقة التي رسمها قانون التجارة لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن . وينفذ الرهن دون حاجة إلى إعلان .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

" إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز ، فلا يجوز رهنه " [1] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" يشترط في الدين حتى يمكن رهنه أن يكون قابلا للحوالة وللحجز ، فلا يجوز الرهن في دين النفقة ولا المعاش ولا الديون الأخرى التي لا يجوز الحجز عليها " [2] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الدين حتى يجوز رهنه يجب أن يكون قابلا للحجز عليه ولحوالته ، حتى يمكن التنفيذ عليه إذا ما رهن .

فالدين غير القابل للحجز عليه ، أو غير القابل للحوالة ، لا يجوز رهنه .

وعلى ذلك لا يكون جائزاً رهنه دين النفقة ولا دين المعاش ، لأن هذين الدينين لا يجوز الحجز عليهما .

وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نص المادة ١٥٦٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : " الدين المرهون لا يجوز أن ينقضي بالاتفاق إلا إذا قبل الدائن المرتهن ، وكذلك الأمر في كل تعديل يتناول هذا الدين ويكون من شأنه أن يضر بحق الرهن " . فالاتفاق على انقضاء الدين المرهون ، والنـــزول عنه ، وتخفيض قيمته بحيث يصبح أقل من الدين المضمون بالرهن ، كل هذا لا يجوز إلا بقبول الدائن المرتهن . وهذا الحكم واضح وتمليه القواعد العامة، لذلك لما عرض هذا النص على لجنة المراجعة، حذفته اللجنة اكتفاء بالقواعد العامة .

ومما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص المحذوف ، ما يأتي : " ويخالف الضمان (ضمان الرهن للدين) أن ينهي الراهن الدين المرهون بدون موافقة المرتهن، كأن يبرئ المدين أو يجدد الدين أو يدخل أي تعديل فيه من شأنه أن يضر بحقوق المرتهن

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد .وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : لا شيء .

التقنين الليبـــي : م ١١٢٩ : إذا كان الدين غير قابلة للحوالة أو للحجز أو للرهن الاستحقاقي ، فلا يجوز رهنه .

التقنين العراقي : م ١٣٥٥ مكررة : إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز ، فلا يجوز رهنه .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧١ .

كأن يتنازل عن الفوائد أو ينقص منها أو يمد الأجل أو يتنازل عن رهن يضمن الدين المرهون " [1] .

٦٥٣ – حقوق والتزامات الدائن المرتهن للدين – نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٢٦ مدني على ما يأتي :

" ١ – للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن ، وكذلك له أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره " .

" ٢ – ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك " [2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٢ – ص ٢٧٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٤٨ : ١ – من ارتهن ديناً يلزمه أن يستوفي الفوائد وسائر التكاليف المؤقتة التي تختص بهذا الدين وتستحق في أثناء مدة الرهن ، على أن تخصم أولا من النفقات ثم من الفوائد ثم من رأس المال المؤمن عليه . ٢ – ويجب على الدائن أيضاً صيانة الدين المقدم تأميناً .

التقنين الليبي : م ١١٣٠ : ١ – للدائن المرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن ، وكذلك كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين المضمون بالرهن ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . ٢ – ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك .

التقنين العراقي : م ١٣٥٧ : ١ – للمرتهن أن يستولى على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن ، وله أن يستولى على كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين ، على أن يخصم ما يستولى = – عليه من الدين الموثق بالرهن وفقاً للأحكام الواردة في المادة ١٣٤٠ . ٢ – ويلتزم المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون ، فإذا كان له أن يقتضى شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، فعليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المحددين للاستيفاء أن يبادر بإعلان الراهن بذلك .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" التزامات الراهن والمرتهن في رهن الدين هي نفس التزاماتهما في رهن الأشياء الأخرى، فيجب على الراهن أن يسلم سند الدين، وأن يرتب حق الرهن، وأن يضمنه . . . ويلزم المرتهن أن يحافظ على الدين ، فيقطع التقادم ، ويقيد رهناً يضمن الدين المرهون ويحدد القيد ، ويقتضى الدين في الزمان والمكان المحددين ويبادر بإخطار الراهن بذلك . وللمرتهن أن يقبض غلة الدين ، فيستولى على الفوائد التي تحل بعد الرهن وعلى كل الاستحقاقات الدورية الأخرى ، ويخصم ذلك مما هو مستحق له بالترتيب الذي تقدم ذكره . ويلزم المرتهن أيضاً برد الدين (أو سنده إذا كان لم يحل بعد استيفاء حقه) [1]

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن على الراهن والمرتهن ، في رهن الدين ، نفس الالتزامات التي على الراهن والمرتهن في الأشياء الأخرى .

فعلى الراهن أن يسلم سند الدين ، وأن يرتب حق الرهن وأن يضمنه ، وعلى المرتهن أن يحافظ على الدين ، فيقطع تقادمه ، وأن يقتضى الدين في الزمان والمكان المحددين وأن يبادر إلى إخطار الراهن بذلك .

وإذا كانت هناك فوائد أو استحقاقات دورية مستحقة على الدين ، بدار الدائن المرتهن إلى الاستيلاء عليها ، وخصمها من المصروفات ، ثم من الفوائد ، ثم من أصل الدين الذي له ، ما لم يتفق على غير ذلك .

ثم على الدائن المرتهن أن يحافظ على الدين المرهون ، وإذا كان له أن يقتضى منه شيئاً اقتضاه في الزمان والمكان المحددين ، وبادر إلى إخطار الراهن بذلك .

٦٥٤ – دفوع المدين في الدين المرهون – نص قانوني : ونصت المادة ١١٢٧ مدني على ما يأتي :

" يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التي تكون له قبل دائنة الأصلي ، كل ذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه " [2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٣ – ص ٢٧٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٦٩ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ١٢٣١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٥ – ص ٢٧٧) .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" ١ — للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن . فلو كان العقد الذي نشأ عنه الحق باطلا كان الرهن باطلا كذلك ، وللمدين أن يتمسك بالبطلان قبل الدائن المرتهن . وكذلك لو كان هذا الحق قد انقضى بأي سبب من أسباب انقضاء الحقوق ، فللمدين أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأن الحق المضمون بالرهن نفسه قد انقضى تبعاً لانقضاء الحق . وهذا تطبيق للقاعدة التي تقضي بأن المدين في الحوالة يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة بالمحال إليه وحده (م ٤٣٩ من المشروع) " .

" ٢ — وللمدين في الدين المرهون كذلك أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع التي له قبل الدائن الأصلي . فلو كان العقد الذي نشأ عنه الدين المرهون باطلا ، كان للمدين أن يتمسك بهذا البطلان قبل الدائن المرتهن بالقدر الذي يجوز له قبل الدائن الأصلي . وكذلك لو كان الدين المرهون قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بالانقضاء قبل الدائن المرتهن بالقدر الذي يجوز له قبل الدائن الأصلي . وهذا أيضاً تطبيق للقاعدة التي تقضي بأن المدين في الحوالة يجوز أن يحتج على المحال إليه بالدفوع التي له — وقت نفاذ الحوالة في حقه — أن يحتج بها على المحيل (م ٤٣٩ من المشروع) " [1] .

ويؤخذ من كل ذلك أن المدين في الدين المرهون له أن يتمسك بنوعين من الدفوع :

(١) الدفوع المتعلقة بالحق المضمون بالرهن ، فلو كان هذا الحق قد نشأ من عقد باطل ، أو كان قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بكل ذلك قبل الدائن المرتهن .

= التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٥٢ : للمدين بالدين المقدم تأميناً أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المختصة بصحة الدين ، وبأوجه الدفع التي يحق له التمسك بها قبل دائنة الخاص بقدر ما لمدين أن يتمسك بها قبل شخص متفرغ له .

التقنين الليبي : م ١١٣١ : يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التي تكون له هو قبل دائنة الأصلي ، كل ذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه .

التقنين العراقي : م ١٣٥٨ : يجوز للمدين بالدين المرهون أن يتمسك تجاه المرتهن بأوجه الدفع التي تكون له تجاه دائنة الأصلي ، وكذلك بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الدين الموثق بالرهن ، وكل ذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع تجاه المحال له .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٦ .

(٢) الدفوع المتعلقة بالدين المرهون نفسه ، فلو كان هذا الدين قد نشأ من عقد باطل ، أو كان قد انقضى ، فللمدين أن يتمسك بكل ذلك قبل الدائن المرتهن .

٦٥٥ – حلول الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن – نص قانوني :

وقد نصت المادة ١١٢٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه " .

" ٢ – وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن " (١) .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" إذا حل الدين المرهون قبل حلول الحق المضمون ، فلا يقبض إلا الراهن والمرتهن معاً ، ولا يجوز للمرتهن أن يستغل بقبضه الحيازة لأن الحيازة لا تثبت إلا على دين في الذمة .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٧٠ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه تحت رقم ١٢٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٧ – ص ٢٧٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : لا شيء .

التقنين الليبي : م ١١٣٢ : ١ – إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه . ٢ – وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة إلى إنشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن .

التقنين العراقي م ١٣٥٩ : ١ – إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين الموثق بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه عند عدل وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين . ٢ – وعلى المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه الدين ، وأن يكون ذلك على أفيد الوجوه للراهن دون أن يكون ضرر للمرتهن .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

ويجوز لأي منهما أن يطلب من الدين أن يودع ما يؤديه عند أمين يتفقان عليه ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين . فإن كان المودع مبلغاً من النقود ، وجب أن يتعاون الراهن والمرتهن في استغلاله على خير وجه ، دون أن يكون في ذلك ضرر بالدائن المرتهن كأن يستغل لآجال طويلة يصعب معها أن يصفي في الوقت الملائم لهذا الدائن. فإذا رؤى أن يكون الاستغلال بشراء عين ، وجب على الراهن أن ينشئ رهناً جديداً على هذه العين لمصلحة المرتهن " [1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا حل الدين المرهون ولم يحل الدين المضمون بالرهن ، فإن وفاء الدين المرهون يجب أن يكون للراهن والمرتهن معاً ، لأن الراهن هو صاحب الدين والمرتهن له حق رهن حيازة فيه .

ولكل من الراهن والمرتهن أن يطلب من المدين إيداع الدين ، إما في خزانة المحكمة أو في مصرف أو عند أمين يتفق عليه الراهن والمرتهن ويصح أن يكون أحدهما ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه .

وعلى الراهن والمرتهن أن يتعاونا على استغلال المبلغ الذي أداه المدين ، على خير وجه نافع للراهن ، دون أن يكون في ذلك ضرر بالمرتهن ، فإذا رؤى أن يكون الاستغلال بشراء عين ، اشتريت العين ملكاً للراهن ، وبادر الراهن إلى رهن هذه العين إلى الدائن المرتهن رهن حيازة ، ويبقيان هكذا ، أحدهما يملك عيناً ، والآخر يرتهنها ، إلى أن يصفيا مركزيهما عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن .

٦٥٦ – حلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون بالرهن –

نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٢٩ مدني على ما يأتي :

" إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن ، إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له ، أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية " [2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : " ١ – إذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون بالرهن ، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يتولى اقتضاء الدين المرهون ، على أن يبيعه ، أو أن يتملكه وفقاً للمادة ٢/١٥٦٢ . ٢ – إذا كان الدين المرهون مبلغاً من النقود ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يقتضي منه إلا بقدر ما يكون باقياً من حقه المضمون بالرهن ، ويعتبر المدين في الدين المرهون قد وفى من دينه القدر الذي اقتضاه منه الدائن المرتهن " . وحذفت لجنة المراجعة الفقرة الثانية وعدلت الفقرة الأولى تعديلا لفظياً حتى صارت مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" إذا حل الدين المرهون بعد حلول الحق المضمون ، فالمرتهن إذا لم يكن قد تقاضى حقه أن يتولى قبض الدين ، أو أن يبيعه ، أو أن يتملكه طبقاً للمادة ١٥٦٢ "[1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أنه إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، ولم يستوف الدائن المرتهن حقه من الراهن ، فقد أصبح حقه والدين والمرهون ، كل منهما ، مستحق الأداء ، فيستطيع الدائن المرتهن أن يستوفي حقه بأحد الوجوه الثلاثة الآتية :

(١) يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له ، هذا إذا كان المستحق له والدين المرهون من جنس واحد .

(٢) فإن لم يكونا من جنس واحد ، فللدائن المرتهن أن يطلب بيع الدين المرهون ، حتى يستوفى حقه من ثمنه .

(٣) أو يطلب تملك الدين المرهون وفقاً للمادة ٢/١١٢١ ، على أن يحسب عليه بحسب تقدير الخبراء . وقد نصت المادة ٢/١١٢١ على ما يأتي : " ويجوز له أيضاً أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين ، على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء " .

= الجديد . ووافقت عليها تحت رقم ١٢٣٣ في المشروع النهائي . ووافق على النص مجلس النواب تحت رقم ١٢١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٧٩ — ص ٢٨١) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١٠٤٩ : على الدائن المرتهن أيضاً أن يستوفي الدين المقدم تأمينا عند استحقاقه ، ويرد إلى الراهن عند الاقتضاء الفرق الزائد بين المبلغ الذي قبضه والمبلغ المترتب له .

التقنين الليبي : م ١١٣٣ : إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء ، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين أو تملكه وفقاً للمادة ١١٢٥ الفقرة الثانية .

التقنين العراقي م ١٣٦٠ : إذا أصبح الدين المرهون والدين الموثوق بالرهن مستحق الأداء ، جاز للمرتهن إذا لم يستوف حقه أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو يطلب من المحكمة بيعه أو تملكه بقيمته بعد خصم المستحق له .

تقنين الملكية العقارية اللبناني : لا شيء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٠ .

الباب الرابع

حقوق الامتياز

تمهيـــد

٦٥٧ – تعريف حق الامتياز – نص قانوني : نصت المادة ١١٣٠ مدني على ما يأتي :

" ١ – الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته " .

" ٢ – ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون " [١] .

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" يؤخذ من تعريف حق الامتياز أن الحق هو الممتاز لا الدائن ، وذلك لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق ، والقانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقتضي طبيعتها أن تكون ممتازة ، كما يعين مرتبة هذا الامتياز " [٢] .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الامتياز هو تقديم الحق الممتاز على سائر الحقوق الأخرى التي يتقدمها هذا الحق ، ويقرر هذا التقدم نص في القانون مراعياً في ذلك صفة الحق المتقدم .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٢ من المشروع التمهيدي . وأقرتها لجنة المراجعة بعد استبدال عبارة " مراعاة منه لسببه " بعبارة " معتبراً في ذلك طبيعة هذا الحق " الواردة في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ١٢٣٤ في المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب ، تحت رقم ١٢١٩ ، واستبدلت لجنة مجلس الشيوخ في الفقرة الأولى بكلمة " لسببه " كلمة " لصفته " وأصبح رقم المادة ١١٣٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٤ – ص ٢٨٥) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٠٩ : ١ – الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ٢ – ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

التقنين الليبي : م ١٠٣٤ : ١ – الامتياز أولية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ٢ – ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

التقنين العراقي م ١٣٦١ : ١ – الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين . ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٦ .

فالقانون اختار بعض الحقوق ، مراعياً في ذلك صفتها ، وجعلها حقوقاً ممتازة ، ونص على ذلك . وسبب امتياز هذه الحقوق يختلف باختلاف الحق ، فمنها ما يقدمه هذا الحق من خدمة أداها من عجل الحق لمصلحة الدائنين الآخرين كما في المصروفات القضائية ، ومنها ما هو مبني على اعتبارات إنسانية كامتياز أجور الخدم والعمال والكتبة لأن هذه الأجور ضرورية لمعيشة الدائنين بها ، ومنها ما هو مبني على فكرة الرهن الضمني كما في امتياز المؤجر وصاحب الفندق على أمتعة المستأجر ونزيل الفندق ، ومنها ما هو مبني على فكرة أن الدائن هو الذي أدخل الشيء في ملك المدين كبائع العقار والمنقول وأجر المقاولين والمهندسين المعماريين ، ومنها ما هو مبني على اعتبارات أخرى غير ذلك .

والقانون وحده هو الذي يتولى تعيين هذه الحقوق الممتازة ويعين مرتبة الامتياز ، فلا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون (١) (أ) . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن ينشأ امتيازاً بإرادتهما في غير الحالات التي يقررها القانون (٢) ، ولا يجوز للقاضي أن يجعل الدين ممتازاً إذا كان القانون لا يجعله كذلك (٣) . وقد قضى بأن الامتياز حق استثنائي لا يقاس عليه ، ولم ينص القانون على امتياز في عقد المقايضة كما نص على الامتياز في عقدي البيع و

---

(١) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٤ — بيدان وفواران فقرة ٣١٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان حق الامتياز هو من التأمينات العينية ولا يقرر إلا بمقتضى في القانون، وكان القانون لم يرتب للبائع في حالة بقائه منتفعاً بالعقار المبيع أو بجزء منه بصفته مستأجراً أي امتياز على العين المبيعة ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في القانون إذ اعتبر احتفاظ البائع في عقد البيع بحقه في الانتفاع بجزء من المنزل المبيع بصفته من حقوق الامتياز التي خولها له القانون (نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة الخمسة والعشرين عاماً ١ ص ٣٩٥ رقم ٢٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الامتياز لا يقرر إلا بمقتضى نص في القانون ، فاشتراط المتعاقد امتيازاً لحقه في التعويض لا يعتد به (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٢ ص ٧٠٦) .

(1) أ — حق الامتياز لا يقرر إلا بمقتضى نص في القانون ، وقد قرر المشرع الامتياز لبعض ديون عينها لاعتبارات خاصة فيها تبرر ذلك .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٣ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٤٢ ق) .

(جلسة ١٩٥٥/٥/٥ الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٢٢ ق) .

ب — الامتياز لا يقرر لحق إلا بمقتضى نص في القانون ومن ثم فإن اشتراط المتعاقد امتيازاً لحقه الذي لم يقرر له القانون هذا الامتياز لا يعتد به وبالتالي يكون النص عليه في العقد لغوا .

(جلسة ١٩٨٧/٤/٩ الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٣ ق س ٣٨ ص ٥٦٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ — ولكن يجوز أن يتفق الدائنون على أن يتقدمهم أحدهم كالمحامي (أنظر نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٥ ص ١١٠٩) .

(٣) الإسكندرية الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ التشريع والقضاء ٤ رقم ٢٨ ص ١٠٨ .

والقسمة [1] . وقضى بأن حقوق الامتياز مستمدة من القانون ، فلا يجوز التوسع في تأويلها ولا القياس عليها ولا خلق امتياز لم يقرره القانون ، إذ لا امتياز إلا بنص [2] .

والقانون يقرر الامتياز مراعاة لصفة الحق ، لا لأنه صفة في الدائن . وينبني على ذلك أن الدين يظل ممتازاً ، ولو حل فيه دائن آخر محل الدائن الأصلي بناء على حوالة أو وفاء من الحلول [3] .

وقد قرر القانون أكثر حقوق الامتياز في الباب الذي نحن فيه (الباب الرابع من الكتاب الرابع) . ولكن توجد حقوق امتياز أخرى قررها القانون في أماكن أخرى وإلى ذلك تشير المادة ١١٣٧ مدني حين تقول : " الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة " . من ذلك امتياز المقاول من الباطن والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل (م ٦٦٢ مدني) ، وامتياز القروض التي يمنحها اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته (م ١/٨٦٩ مدني) ، وامتياز نفقات تسوية التركة (م ٢/٨٨٠ مدني) ، وامتياز الوكيل بالعمولة على البضائع المرسلة أو المسلمة إليه أو المودعة عنده من أجل المبالغ المطلوبة له من عميله (م ٢٣٩ تجاري) ، وامتياز أتعاب المحامي (م ٨٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣) ، وامتياز نفقات تجهيز الميت (م ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث) ، وامتياز الجمعيات التعاونية بالمبالغ المستحقة لها قبل أعضائها نتيجة لتعاملهم معها في حدود الأغراض المبينة في القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ أو في نظامها (م ٢٥ من القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ : حق امتياز عام على أموال الأعضاء يجيء في الترتيب مع امتياز المبالغ المنصرفة في البذور والسماد وآلات الزراعة) .

٦٥٨ — اختلاف حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية :

ويختلف حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي والاختصاص والرهن الحيازي) في أمرين جوهريين :

(١) حق الامتياز لا يتقرر إلا بنص في القانون، فما لم يوجد نص لا يوجد امتياز . فلا يتقرر لا باتفاق ، ولا بحكم القاضي ، كما سبق أن قررنا .

---

(١) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٢٦ ص ٥٢٣ .

(٢) الإسكندرية مستعجل ٢٢ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ٤٣ ص ٧٨ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٦٩ — محمد علي إمام ص ٥٦٤ .

أما الحقوق التبعية الأخرى ، فمنها ما يتقرر بالاتفاق أي بالعقد كالرهن الرسمي يتقرر بالعقد الرسمي للرهن وكالرهن الحيازي يتقرر بعقد رسن الحيازة ، ومنها ما يتقرر بأمر القاضي كالاختصاص ولا يوجد حق عيني تبعي ، غير حق الامتياز ، يتقرر وتتقرر مرتبته بنص في القانون .

(٢) وحق الامتياز يختلف أيضاً عن الحقوق العينية الأخرى في أن الممتاز في حق الامتياز هو الحق لا الدائن .

أما في الحقوق العينية التبعية الأخرى ، فالممتاز هو الدائن لا الحق . ففي الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، الدائن الذي يتفق مع مدينه على رهن رسمي أو رهن حيازي هو الذي يمتاز ، لا لصفة في الدين فأي دين يمكن ضمانه برهن رسمي أو رهن حيازي ، بل لأن الدائن اتفق مع مدينه على الرهن . وفي الاختصاص أيضاً ، الممتاز هو الدائن لا الحق . فأي حق يمكن ضمانه باختصاص ، ولكن الدائن في الاختصاص هو الذي تقدم على الدائنين المتأخرين عنه لشيء فيه ولأنه حصل على حق اختصاص ، لا لصفة في الدين .

وذلك بخلاف حق الامتياز كما قدمنا ، فالممتاز فيه هو الحق لصفة لاصقة له ، لا الدائن . فأي حق توافرت فيه صفة يرعاها القانون وينص على أنها ممتازة يكون حقاً ممتازاً بموجب هذه الصفة التي راعاها القانون ، أياً كان الدائن لهذا الحق .

٦٥٩ — اقتراب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية : ولكن من جهة أخرى ، يقترب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية ، في أنه مثلها حق عيني تابع غير قابل للتجزئة .

أما أنه حق عيني ، فقد ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول عينية حقوق الامتياز ، وبخاصة فيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة لأنه لا ترد على مال معين بالذات ، وفيما يتعلق بالامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية [1] . ولكن أكثر الفقهاء الفرنسيين

---

(١) ففيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة ، اتجه بعض الفقهاء الفرنسيين إلى اعتبارها حقوقاً عينية (بودري وفواران ١٣ فقرة ٢٩٢ — ديروبيه في طبيعة حق المستأجر رسالة من تولوز سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٣ وما بعدها) . وقال بعض آخر إنها حقوق عينية إذا باشرها الدائن على عقار ، وهي مجرد أوصاف تلحق الالتزام إذا باشرها الدائن على منقول (بودي ١ ص ٢٧٣ ، أوبري ورو ٣ ص ١١٢) .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز جمعها صفات تلتصق ببعض الديون ، فتكفل الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين (بنكاز الملحق لبودري ٥ فقرة ٧٣ ص ٤٣٧ —ص ٥١٠ — روبينو في الامتياز على الديون رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ص ١٢٣ وما بعدها) . =

يقررون أن حقوق الامتياز العامة ، ولو وقعت على منقول ، تكون حقوقاً عينية . ولو وقعت حقوق الامتياز على عين معينة ، سواء كانت عقاراً أو منقولا ، أي أصبحت حقوق امتياز خاصة ، فإنها تكون بطبيعة الحال حقوقاً عينية ، وتخول حق التقدم وحق التتبع ، غير أن حق الدائنين فيها يتأثر بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " [1] . وفي مصر يذهب أغلب الفقهاء المصريين إلى أن حقوق الامتياز كلها ، عامة وخاصة ، على عقار وعلى منقول ، حقوق عينية [2] ، ويقول الأستاذ سليمان مرقس في هذا المعنى : "لا محل في القانون المصري للمنازعة في أن الامتياز حق عيني ، حيث قد نص عليه المشرع في الباب الرابع من الكتاب الرابع الذي نظم فيه الحقوق العينية التبعية . (وفي فرنسا) الراجح أن الامتياز حق عيني يخول صاحبه ما تخوله إياه سائر الحقوق العينية من مزيتي التقدم والتتبع " [3] .

وأما أن الامتياز حق تابع ، فلأنه يستلزم وجود التزام أصلي يضمنه ، شأنه في ذلك شأن الكفالة والرهن الرسمي والاختصاص والرهن الحيازي . وهذا الالتزام الأصلي ، إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال أو انقضى ، يتبعه الامتياز في كل ذلك والالتزام الأصلي الذي يضمنه الامتياز يصح أن يكون محله مبلغاً من النقود ، ولكن يصح أيضاً أن يكون محله التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق عيني . ويصح أن يكون الالتزام الأصلي مقروناً بأجل، أو معلقاً على شرط . والمهم أن الامتياز يوجد لضمان الالتزام الأصلي الذي هو تابع له ، وينبني على ذلك أنه لا يوجد إلا إذا وجد التزام أصلي ، وينقضي بانقضائه [4] .

وأما أن الامتياز غير قابل للتجزئة ، فهو كسائر الحقوق العينية التبعية يبقى على كل الشيء ما بقي جزء من الدين الممتاز لم يدفع ، وكذلك أي جزء من الشيء يبقى ضامناً لكل الدين الممتاز . فكل جزء من الشيء ضامن لكل الدين الممتاز ، وكل جزء من الدين

= وفي مصر يرى الأستاذ شمس الدين الوكيل أن حق الامتياز العام ليس بحق عيني لأنه لا يرد على مال معين بالذات ، وكذلك الحال بالنسبة إلى الامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية . أما كل حقوق الامتياز الخاصة ، على عقار أو على منقول ، فتكسب الدائن حقوقاً عينية . أنظر في ذلك شمس الدين الوكيل فقرة ٢١٠ بوجه خاص ص ٥٦٧ هامش ١ .

(١) جيوار فقرة ١٧٣ — بيدان فقرة ٢٦٥ — فقرة ٢٦٩ — بودري ودي لوان فقرة ٣٠٢ وفقرة ٣٠٤ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٢٨٠ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ ص ٥١٨ هامش ١ — ويشير إلى بيدان وڤواران فقرة ٣٩٢ — چوسران ٢ فقرة ١٥٤٥ — بودري فقرة ٣٠٢ .

(٤) أنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ٣٨٢ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٣٤ — محمد علي إمام فقرة ٤١٤ — سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ .

الممتاز مضمون بكل الشيء [1] . وعدم تجزئة حق الامتياز من طبيعة (nature) الحق ، لا من مستلزماته (non de son essence) . فيجوز الاتفاق على عكس ذلك ، وأن يخصص جزء من الشيء لوفاء بعض الدين .

٦٦٠ – أقسام حق الامتياز – نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٣٢ مدني على ما يأتي :

" ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين " [2] .

وورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" تنقسم حقوق الامتياز إلى : " ١ – حقوق امتياز عامة على جميع أموال المدين ، كامتياز النفقة وامتياز المبالغ المستحقة للأجراء . ٢ – حقوق امتياز خاصة على منقول معين، كامتياز المؤجر وامتياز بائع المنقول . . . . . ٣ – حقوق امتياز خاصة على عقار معين ، كامتياز بائع العقار وامتياز المتقاسم في العقار . . . . . " [3] .

والنص سالف الذكر يميز بين أقسام ثلاثة من حقوق الامتياز :

---

(١) أنظر في ذلك بودري ودي لوان فقرة ٣٠٢ مكررة – بيدان ١ فقرة ٢٧٥ – محمد كامل مرسي فقرة ٣٨١ – سليمان مرقس فقرة ٣٢٨ ص ٥١٨ – استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧١ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٦ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، تحت رقم ١٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٧ – ص ٢٨٩) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١١ : ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .

التقنين الليبي : م ١١٣٦ : ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .

التقنين العراقي م ١٣٦٣ : ١ – ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين . ٢ – ويصح أن يكون حق التصرف في الأراضي الأميرية مثقلا بحق الامتياز .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٢ – ص ٢٩٣ .

(١) **حقوق امتياز عامة (privileges généraux)** : وتقع على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ، فهي عامة بهذا المعنى ، وقد بينها المشرع في المادة ١١٤١ مدني ، وهي ثلاثة أنواع : (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن الستة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة . (جـ) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة الأشهر الأخيرة . فهذه الحقوق الممتازة تقع كلها على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، ولا تتخصص في مال معين . وهي لا تشهر ، فلا تقيد عندما تقع على عقار المدين ، لأنها مبالغ تافهة ، فيسعها جميع أموال المدين ، لذلك لا يأتي فيها حق تتبع ، وتعتمد أساساً على حق التقدم . فإذا تقدم دائن له امتياز عام ، نفذ على مال المدين الذي لا يزال ملكاً له من منقول وعقار ، وترك الأموال التي خرجت من ملكية المدين ، فهذه تستلزم حق تتبع وهو لا يوجد. ومتى نفذ الدائن على مال مملوك للمدين ، لم يتقدم عليه إلا المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم وهذه كلها حقوق امتياز خاصة على منقول . ثم يأتي صاحب الامتياز العام [1] ، فينفذ على أي مال للمدين فيستوفي حقه من هذا المال ، متقدماً على جميع الدائنين فيما عدا الدائنين الذين مر ذكرهم وهم أصحاب المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . وإذا تعدد الدائنون أصحاب الامتياز العام ، فتقدم مثلا خادم ومورد مأكل ودائن بالنفقة ، تساووا جميعاً ولم يتقدم واحد منهم على الاثنين الآخرين . وإذا حجز الثلاثة على مال للمدين ، اقتسموا ثمن هذا المال كل بنسبة ماله ، فأصحاب الامتياز العام فيما بينهم متساوون ، وبالنسبة إلى الدائنين الآخرين لا يتقدمهم إلا ثلاثة من أصحاب الامتياز الخاص على منقول ، ويتأخر عنهم بقية أصحاب الامتياز الخاص على منقول وكل أصحاب الامتياز الخاص على عقار .

---

(1) الامتياز على ما جرى به نص المادة ١١٣٠ من القانون المدني هو " أولوية يقرر القانون لحق معين مراعاة منه لصفته " كما أن المادة ١١٣١ من ذات القانون تنص على أن " مرتبة الامتياز يحددها القانون " فالقانون وحده هو الذي يعين الحقوق الممتازة وهو وحده الذي يحدد مرتبة الامتياز بحيث لا يجوز وضع ترتيب اتفاقا أو قضاء ، وقد نصت المادة ١١٣٢ من القانون المدني على أن ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين ، ومن ثم فإن صاحب حق الامتياز العام يباشر إجراءات التنفيذ على أي مال للمدين ، فيستوفي حقه الممتاز من هذا المال متقدما على جميع دائني المدين العاديين ، لما كان ذلك وكانت المادة ١٢٤ من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالتأمينات الاجتماعية والمادة ١٠٥ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الملغي والتي تقابلها تنص على أن المبالغ المستحقة بمقتضى أحكام قانون التأمينات الاجتماعية يكون لها امتياز على أموال المدين من منقول أو عقار وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية بما يجعل مرتبة امتياز حقوق الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية في أعلى الدرجات بعد المصروفات القضائية .
(جلسة ١٩٧٦/٤/٧ الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٠ ق س ٢٧ ص ٨٨٠) .

(٢) حقوق امتياز خاصة على منقول معين (privileges spéciaux sur les meubles) : وهؤلاء لهم حق امتياز خاص على منقول معين من منقولات المدين . وقد ذكرهم المشرع مرتبين حسب مراتبهم ، ثلاثة منهم يسبقون أصحاب الامتياز العام وهم أصحاب المصروفات القضائية فالمبالغ المستحقة للخزانة العامة فأصحاب المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وترميمه ، والباقي يتأخرون عن أصحاب الامتياز العام وهم أصحاب المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وأعمال الزراعة والحصاد وفي مقابل آلات الزراعة ثم أجرة المباني والأراضي الزراعية والمبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل ثم ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته وما للشركاء الذي اقتسموا منقولا وهو ما يسمى بامتياز المتقاسم . وسنوضح فيما يلي ، عند الكلام في حقوق الامتياز هذه ، كيف يكون لصاحب الامتياز من هؤلاء امتياز على منقول معين بالذات من منقولات مدينه ، وإذا لم يكف المنقول الدائن ، كان لهذا كدائن عادي أن يشترك مع باقي الدائنين في التنفيذ على سائر أموال المدين لاستيفاء الباقي من حقه . وحق الامتياز الخاص على منقول عرضة للضياع ، لاسيما إذا تعارض مع قاعدة الحيازة في المنقول ، لذلك أجاز القانون للدائن إذا خشي لأسباب معقولة تبديد المنقول أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ١١٣٣ مدني) .

(٣) حقوق امتياز خاصة على عقار معين (privileges spéciaux sur les immeubles) : وأصحاب هذه الحقوق لهم امتياز خاص على عقار معين بالذات من عقارات المدين . وتوجد ثلاثة حقوق امتياز خاصة على عقار معين ، هي ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته والمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين على المنشآت والشركاء الذين اقتسموا عقاراً تأميناً لما تخوله القسمة من حقوق . وأصحاب الامتياز الخاص على عقار يجب أن يقيدوا حق امتيازهم ، وتتحدد مرتبتهم بتاريخ القيد . وتنتج حقوق الامتياز هذه نفس الآثار التي تنتجها الرهون الرسمية ، بما في ذلك قاعدة عدم التجزئة [1] . وإذا لم يكف العقار لأداء حق الدائن ، نفذ الدائن كدائن عادي على جميع أموال المدين الأخرى [2] .

ولا يوجد في القانون المصري امتياز عام على كل عقارات المدين دون منقولاته ، ولا على كل منقولا المدين دون عقاراته .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ — ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧١ .

(٢) وهناك تقسيم آخر لحقوق الامتياز محدودة الأهمية . فتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق يجب قيدها حتى يكون لها تأثير على الغير وهذه هي حقوق الامتياز الخاصة على عقار وتسرى عليها أحكام الرهن الرسمي وأحكام التطهير والقيد وما يتصل به من تجدد ومحو ، وحقوق امتياز تنتج آثارها من غير قيد وهذه هي حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول (محمد كامل مرسي فقرة ٣٨٥) .

٦٦١ – أحكام أقسام حق الامتياز – نص قانوني : ونصت المادة ١١٣٤ مدني على ما يأتي :

" ١ – تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو " .

" ٢ – ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده ، أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الا .. العامة " [1] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٦ من المشروع التمهيدي . وأقرتها لجنة المراجعة تحت رقم ١٢٣٨ في المشروع النهائي ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرها مجلس النواب ، تحت رقم ١٢٢٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩١ – ص ٢٩٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٣ : ١ – تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن والتأمين العقاريين بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . ٢ – تعفى من التسجيل حقوق الامتياز العامة الآتية : (١) الرسوم . . . . .

التقنين الليبي : م ١١٢٨ : ١ – تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الاتفاقي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو . ٢ – ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو أي حق رهن اتفاقي مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة .

التقنين العراقي م ١٣٠٥ : ١ – تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار النصوص المتعلقة بالرهن التأميني بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . ٢ – ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها التسجيل ولا يثبت فيها حق التتبع . ولا حاجة للتسجيل أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبلغ مستحق للخزينة .

" تنقسم حقوق الامتياز إلى : ١ — حقوق امتياز عامة على جميع أموال المدين . . . ٢ — حقوق امتياز خاصة على منقول معين . . . ٣ — حقوق امتياز خاصة على عقار معين . . . وحقوق الامتياز هذه تنطبق عليها أحكام الرهن الرسمي وإن كان مصدرها نص القانون — فيجب قيدها ، وتأخذ مرتبتها من وقت القيد وتسرى أحكام القيد من آثار وتجديد ومحو ، ويجوز تطهيرها . إلا أن هناك حقوق امتياز تقع على عقار ولا تشهر ، وهي حقوق الامتياز العامة فيما يقع منها على العقار ، ولذلك لا تثبت فيها حق التتبع . وكذلك حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار ، وهو حق يقترن بالتتبع ، ومع ذلك لا يشهر لتفاهته . وحقوق الامتياز العقارية التي لا تشهر تسبق في المرتبة كل امتياز عقاري آخر ، وكل حق مقيد مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فامتياز المبالغ المستحقة للخزانة تسبق في المرتبة حقوق الامتياز العامة . وتستوفى حقوق الامتياز العامة فيما بينها بنسبة كل منها " [1] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن حقوق الامتياز الخاصة على منقول لا كلام فيها ، فهي حقوق امتياز تقع على منقول معين ، وقد بين القانون أحكامها ومرتبتها (أنظر أيضا م ١١٣٣ مدني) .

وباقي حقوق الامتياز هي : (١) حقوق الامتياز الخاصة على عقار . (٢) حقوق الامتياز العامة . (٣) حق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار .

ففيما يتعلق بحقوق الامتياز الخاصة على عقار ، وهي ثلاثة (بائع العقار ، والمقاولون، والمهندسون المعماريون ، والشركاء المتقاسمون لعقار) ، تسرى عليها أحكام الرهن الرسمي لأن الرهن الرسمي يرد أيضاً على عقار ، بما في ذلك أحكام التطهير والقيد وما يتصل بالقيد من تجديد ومحو وما يترتب عليه من آثار . وحقوق الامتياز هذه يجب إذن قيدها ، ومتى قيدت فتاريخ القيد هو الذي يحدد مرتبتها . وحق امتياز خاص متى قيد ، يصبح كحق رهن رسمي مقيد ، يحكمه القيد ويحدد مرتبته .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة ، فهذه لا تشهر ولو كان محلها عقاراً . وذلك لا يثبت فيها حق التتبع ، وتقتصر على حق التقدم ، فمتى نفذ الدائن عليها وهي مملوكة للمدين ، تقدم في مرتبته على سائر الدائنين .

وفيما يتعلق بحق امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة إذا وقع على عقار ، فهذا فيه حق تقدم وحق تتبع ، وإن كان لا يشهر لتفاهته .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٢ — ص ٢٩٣ .

وحقوق الامتياز التي لا تشهر وإن وقعت على عقار ، وهي حق الخزانة وحقوق الامتياز العامة ، تسبق في المرتبة حقوق الامتياز الخاصة على عقار مهما كان تاريخ قيدها . وفيما بينها ، يسبق حق الخزانة حقوق الامتياز العامة . وحقوق الامتياز العامة متساوية في الترتيب ، فتستوفى بنسبة كل منها .

٦٦٢ – حق الامتياز وحيازة المنقول بحسن نية – نص قانوني :

نصت المادة ١١٣٣ مدني على ما يأتي :

" ١ – لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية " .

" ٢ – ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه " .

" ٣ – وإذا خشي الدائن ، لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة " [1] .

وورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٥ من المشروع التمهيدي . وأقرته اللجنة بعد تعديلات لفظية طفيفة حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٢٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٩ – ص ٢٩٠) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٢ : ١ – لا يحتج بحق الامتياز على حاز المنقول بحسن نية . ٢ – ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه . ٣ – وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

التقنين الليبي : م ١١٣٧ : ١ – لا يحتج بحق الامتياز على حاز المنقول بحسن نية . ٢ – ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه . ٣ – وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

التقنين العراقي م ١٣٦٤ : ١ – لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية . ٢ – ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه .

تنقسم حقوق الامتياز إلى : ١ — حقوق امتياز عامة في جميع أموال المدين . . .
٢ — حقوق امتياز خاصة على منقول معين . . . ولا يحتج بهذه الحقوق على حائز حسن النية ، فإذا اشترى المستأجر منقولا لم يدفع ثمنه ، وأدخله في العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أي لا يعلم بامتياز البائع ، فإن هذا الامتياز الأخير لا يحتج به على المؤجر . وكذلك الأمر لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل في أمتعة نزيل الفندق ، فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق . ويتبين من ذلك أن حق الامتياز الخاص على منقول عرضة للضياع ، لذلك أجاز المشروع ، إذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز أن يطلب وضعه تحت الحراسة . ٣ — حقوق امتياز خاصة على عقار معين ... " [1].

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن المنقول إذا كان مثقلا بحق امتياز ، قد تعترضه قاعدة أخرى هي قاعدة الحيازة في المنقول ، فتتغلب قاعدة الحيازة على حق الامتياز [1] .

وقد أورد النص مثلين لذلك :

(١) إذا اشترى شخص منقولا ولم يدفع ثمنه ، فإن المنقول يبقى مثقلا بحق امتياز الثمن . فإذا نقل المشترى هذا المنقول إلى منزل استأجره ، وكان المؤجر حسن النية لا يعلم أن المنقول مثقل بحق امتياز ، فإن المنقول متى نقل إلى العين المؤجرة بحوزة المؤجر بحسن نية ، فتتغلب هذه الحيازة بحسن النية على حق امتياز البائع ، ويفضل في هذه الحالة مؤجر العقار على بائع المنقول ، أي أن امتياز المؤجر يتغلب على امتياز البائع .

(٢) ونفرض أن مشترى المنقول في المثل السابق ، بدلا من أن ينقل المنقول إلى منزل استأجره ، نقله إلى فندق نزل فيه ، واختلط المنقول بأمتعته ، وكان صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أن المنقول ملك النزيل وأنه غير مثقل بحق امتياز . ففي هذه الحالة أيضاً يفضل صاحب الفندق حسن النية على بائع المنقول ، ويتقدم امتياز صاحب الفندق على امتياز بائع المنقول .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٢ .

(1) النص في المادة ١٠٣٣ من القانون المدني على أنه " لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة . . . " مفاده أن جميع حقوق الامتياز سواء كانت حقوق امتياز عامة في جميع أموال المدين أم كانت حقوق امتياز خاصة على منقول معين ، لا يحتج بها على الحائز حسن النية لأنه بالإضافة إلى أن عبارة " حق الامتياز " جاءت بهذا النص عامة دون تخصيص فإن هذا النص ورد في الفصل الأول من الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدني الخاص بالأحكام العامة في حقوق الامتياز ، هذا فضلا عن أن هذا النص قصد به تغليب قاعدة الحيازة بحسن نية على حق الامتياز سواء كان خاصاً أم عاماً .
(جلسة ١٠/٥/١٩٧٩ الطعن رقم ١٣٦٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ج ٢ ص ٣٢٢) .

من أجل ذلك، ولأن امتياز بائع المنقول معرض للضياع وللتبديد كثيراً ، نص القانون في الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة ١١٣٣ مدني سالفة الذكر على أنه إذا خشي الدائن (بائع المنقول) لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، كنقله إلى مكان مستأجر أو إلى فندق ، جاز له أن يطلب وضع هذا المنقول تحت الحراسة . فيؤمنه الحارس بوضعه تحت الحراسة ، أو على الأقل يخطر صاحب المكان المؤجر أو صاحب الفندق ، قبل نقل المنقول إلى المكان المؤجر أو إلى الفندق ، فأن المنقول مثقل بحق امتياز البائع ، فيبقى هذا الامتياز مفضلا على امتياز المؤجر أو امتياز صاحب الفندق .

٦٦٣ – مرتبة الامتياز – نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٣١ مدني على ما يأتي :

" ١ – مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب "

" ٢ – وإذا كانت الحقوق الممتازة في رتبة واحدة ، فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " [1] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٥ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٦ – ص ٢٨٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٠ : ١ – مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً في المرتبة عن كل امتياز ورد في المواد التالية . ٢ – وإذا كانت الحقوق في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفي بنسبة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

التقنين الليبي : م ١١٣٥ : ١ – مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب . ٢ – وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

التقنين العراقي م ١٣٦٢ : ١ – مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في دين ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الدين متأخراً في المرتبة عن كل امتياز منصوص على مرتبته . ٢ – وإذا كانت الديون الممتازة في مرتبة واحدة ، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

" وكل حق ممتاز ، لم ينص القانون على مرتبة امتيازه ، يتأخر في المرتبة على الحقوق الممتازة التي نص عليها المشروع في هذا الباب . وإذا اتحدت مرتبة الامتياز في حقين ، فإنهما يستوفيان بنسبة قيمة كل منهما " .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن القانون هو وحده الذي يحدد مرتبة الامتياز .

وقد جمع القانون أكثر حقوق الامتياز في الباب الرابع من الكتاب الرابع الذي نحن فيه ، وحدد مرتبة كل حق امتياز فيها ، كما سنرى عند الكلام تفصيلا في حقوق الامتياز هذه .

ولما كان يوجد حقوق امتياز أخرى غير هذه مبعثرة في أماكن متفرقة ، فإن المادة سالفة الذكر وضعت قاعدة لتحديد مرتبة امتيازها .

وأول شق في هذه القاعدة هو أن يضع القانون مرتبة الامتياز عند ذكر الامتياز ، فيؤخذ بهذه المرتبة متقدمة كانت أو متأخرة .

فإذا لم يضع القانون مرتبة لحق ممتاز ، تأخر هذا الحق في مرتبته عن كل الحقوق الممتازة المذكورة في الباب الرابع هذا . ولما لم يكن لهذا الحق مرتبة محددة ، فإنه يأتي مباشرة عقب حقوق الباب الرابع ، ويتساوى في مرتبته مع الحقوق التي لم يحدد القانون مرتبة لها .

ويتفق أن حقوق امتياز متعددة ، كحقوق الامتياز العامة ، تكون كلها في مرتبة واحدة ، فتستوفي بنسبة قيمة كل منها ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . فإذا تزاحم عامل ومورد الملابس وصاحب النفقة ، وهؤلاء جميعاً أصحاب حق امتياز عام ومتساوون في المرتبة ، فإنهم يستوفون حقوقهم كلها من المال الذي نفذوا عليه . فإذا لم يكف هذا المال لتأدية جميع حقوقهم ، فإنهم يتقاسمون ما حصلوا عليه بنسبة قيمة الحقوق الممتازة ، ثم ينفذون على مال آخر بعد ذلك [1] .

٦٦٤ – هلاك الشيء المثقل بالامتياز أو تلفه – نص قانوني : نصت المادة ١١٣٥ مدني على ما يأتي :

" يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرّسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه " [2] .

---

(١) أنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ٣٨٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٣٩ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب –

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" إذا هلك محل الامتياز ، فإن كان الهلاك بخطأ المدين كان الدائن بالخيار بين استيفاء الدين أو طلب تأمين آخر ، والخيار للمدين إذا كان الهلاك بسبب أجنبي — وينتقل الامتياز إلى الحق الذي حل محل الشيء الذي هلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين . وهذه هي أحكام الرهن الرسمي " (١) .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا هلك الشيء أو تلف ، فإن كان ذلك بخطأ المدين ، كان الدائن مخيراً بين طلب تأمين آخر وينتقل إليه حق الامتياز ، وبين استيفاء الدين قبل حلول ميعاده . وهذا هو حكم الرهن الرسمي .

وإن كان ذلك قضاء وقدراً ، كان الخيار للمدين ، فيوفي الدين قبل ميعاده ، أو يقدم تأميناً آخر ينتقل إليه حق الامتياز . وهذا هو أيضاً حكم الرهن الرسمي .

٦٦٥ — انقضاء حق الامتياز — نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٣٦ مدني على ما يأتي :

" ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك " (٢).

= تحت رقم ١٢٢٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٤ — ص ٢٩٥).

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٤ : يسري على الامتياز ما يسري على الرهن والتأمين العقاري من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه .

التقنين الليبي : م ١١٣٩ : يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الاتفاقي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه .

التقنين العراقي م ١٣٦٦ : يسري على حق الامتياز ما يسري على حق الرهن التأميني والحيازي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تعيبه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل . =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" وينقضي حق الامتياز في العقار بما ينقضي به حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، كما ينقضي حق الامتياز المنقول بما ينقضي به حق الرهن الحيازي ، وذلك ما لم يوجد نص خاص يقضي بغيره " (١) .

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن حق الامتياز ينقضي بما ينقضي به الرهن الرسمي في العقار ، وبما ينقضي به الرهن الحيازي في المنقول .

فحق الامتياز ينقضي إذن ، في العقار والمنقول ، بطريقة تبعية ، إذا انقضي الالتزام الأصلي بسبب من الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات .

وحق الامتياز في العقار ينقضي ، بطريقة أصلية ، بالتطهير ، أو بالبيع الجبري ، أو بنزول الدائن عن حق امتيازه ، أو بهلاك الشيء محل الامتياز ، أو باتحاد الذمة .

وحق الامتياز في المنقول ينقضي ، بطريقة أصلية ، بنزول الدائن عن حق امتيازه ، أو باتحاد الذمة ، أو بهلاك الشيء محل الامتياز (والبيع الجبري في قانون المرافعات) .

٦٦٦ – نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية على حقوق الامتياز :

وننقل عن المذكرة الإيضاحية نظرة عامة في حقوق الامتياز ، في الكلمة الآتية :

" جمع التقنين الحالي (السابق) أكثر الحقوق الممتازة ، سواء كان الامتياز عاماً أو خاصاً وسواء وقع الخاص منه على عقار أو منقول ، في نص رئيسي واحد (م ٧٢٧/٦٠١). ثم أعقب هذا النص بنصين ، أحدهما في امتياز متقاسم العقار والآخر في امتياز مصروفات الصيانة في العقار والمنقول . ثم أورد نصاً ثالثاً ، يشير فيه إلى حقوق الامتياز التي قررها القوانين الخاصة " .

" أما المشروع فقد وضع في فصل الأحكام العامة لحقوق الامتياز ، ثم أورد في فصل آخر أنواع الحقوق الممتازة مرتبة حسب درجتها . وأهمية وضع أحكام عامة لحقوق الامتياز

= التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٥ : ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها الرهن والتأمين العقاري ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك .

التقنين الليبي : م ١١٤٠ : ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الاتفاقي وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك .

التقنين العراقي م ١٣٦٦ : ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن التأميني والحيازي ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٦ .

لا تخفى ، فهذه الأحكام هي التي تجعل من حقوق الامتياز موضوعاً متماسكاً تنظمه فكرة منسجمة متناسقة . وقد أورد المشرع في هذه الأحكام تعريفاً لحق الامتياز ، وقسم حقوق الامتياز إلى عامة وخاصة ، وميز في الخاصة منها بين حق امتياز يقع على المنقول وآخر يقع على العقار ، وبين أحكام كل من النوعين ، ثم ذكر كيف تنتهي حق الامتياز " .

" وانتقل المشروع بعد ذلك إلى الحقوق الممتازة ذاتها ، وبدأ بحقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، وأوردها جميعاً مرتبة فيما بينها بحسب درجة امتيازها . فحسم بذلك مسائل خلافية كثيرة ، وأوضح ما وقع في التقنين الحالي (السابق) من الغموض في بعض هذه المسائل . وقد بدأ بامتياز المصروفات القضائية ، وهو أول حق امتياز . ويليه امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ثم امتياز الحفظ والترميم ، وكل هذه حقوق امتياز خاصة تقع على المنقول ، ويأتي بعدها في الترتيب حقوق الامتياز العامة ، ثم امتياز مصروفات الزراعة ، ثم امتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة ، ثم امتياز المؤجر ، فامتياز صاحب الفندق ، فامتياز بائع المنقول ، فامتياز المتقاسم في المنقول . أما حقوق الامتياز الخاصة على العقار فقد أوردها المشروع بعد ذلك في نصوص ثلاثة ، تناول النص الأول منها امتياز بائع العقار ، والثاني امتياز المقاولين والمهندسين ، والأخير امتياز المتقاسم في العقار . وحقوق الامتياز على العقار تتحدد مرتبتها بالقيد ، كما هو الأمر في الرهن الرسمي " .

" وهذا بيان مجمل لأهم ما استحدثه المشروع من النصوص في هذا الموضوع " .

" ١ — استحدث المشروع كل النصوص المتعلقة بالأحكام العامة ، وهي النصوص التي سبقت الإشارة إليها " .

" ٢ — جعل الشروع امتياز النفقة والديون الملحقة بها " .

" ٣ — نص المشروع على امتياز المبالغ المنصرفة في السماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات " .

" ٤ — جعل المشروع امتيازاً في قسمة المنقول ، حتى لا يفرق بين العقار والمنقول تفرقة لا مبرر لها " .

" ٥ — وسع المشروع في امتياز مصروفات الصيانة في العقار ، فجعلها تشمل أيضاً مصروفات البناء " [1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣ .

٦٦٧ – خطة البحث : ونجعل بحثنا في فصلين .

الفصل الأول – حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول .

الفصل الثاني – حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار .

وقبل أن ندخل في هذه التفصيلات ، نذكر أن المشرع صدرها جميعاً بالمادة ١١٣٧ مدني ، وهي تنص على ما يأتي :

" الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة " [١] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" يقرر هذا النص أن هناك حقوقاً ممتازة أخرى غير التي ذكرت في هذا الباب تقررها نصوص خاصة ، مثل ذلك حق امتياز النقابة في ملكية النقابات (م ١٢٣٨ من المشروع) وحق امتياز أتعاب المحامي وقد تقرر في قانون خاص " [٢] .

وقد سبق أن بينا أمثلة من حقوق الامتياز الأخرى [٣] ، فلا نعود إلى ذلك . ويكفي، فيما يلي ، أن نبين أنواع الحقوق الممتازة المذكورة في الباب الرابع من الكتاب الرابع ، وهي أغلب الحقوق الممتازة في القانون المدني .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧٩ من المشروع التمهيدي . وأقرتها لجنة المراجعة ، في المادة ١٢٤١ من المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٧ – ص ٢٩٨) .

التقنين المدني السابق : م ٧٣٠/٦٠٤ : وأما ما عدا ذلك من الامتيازات على المنقولات فهي مبينة في القوانين الأخرى .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٦ : الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

التقنين الليبي : م ١١٤١ : الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة ، إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

التقنين العراقي م ١٣١٨ : تكون ممتازة إلى جانب الديون المقرر امتيازها بنصوص خاصة الديون المبينة في المواد الآتية .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٧ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٥٧ .

الفصل الأول

حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

٦٦٨ – مبحثان : لما كان هذا الموضوع هو أكبر موضوع في باب حقوق الامتياز ، فقد جعلناه في مبحثين ، متخذين من حقوق الامتياز العامة الأساس الذي نعتمد عليه . فحقوق الامتياز العامة التي يتقدمها حقوق امتياز خاصة على منقول ، هي المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، فقد جعلنا هذه مع حقوق الامتياز العامة مبحثاً أولا بعنوان " حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول التي يتقدمها " . ثم أعقبنا ذلك بالمبحث الثاني ، وهو " حقوق الامتياز الخاصة على منقول المتأخرة عن حقوق الامتياز العامة " .

المبحث الأول

حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة على منقول التي تتقدمها

٦٦٩ – تناول حقوق الامتياز وفقاً لترتيبها : ويتناول حقوق الامتياز بحسب ترتيبها ، على الوجه الوارد في التشريع .

٦٧٠ – حقوق امتياز أربعة : ونبحث هنا حقوق امتياز أربعة ، على الترتيب الآتي :

(١) المصروفات القضائية .

(٢) المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

(٣) مصروفات الحفظ والترميم .

(٤) حقوق الامتياز العامة .

§ ١ – المصروفات القضائية

٦٧١ – نص قانوني : نصت المادة ١١٣٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال " .

" ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذي أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع " [1] .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : هو المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة في حفظ أموال المدين وبيعها . فنفقات الحجوز التحفظية ، والحراسة ، والحجز التنفيذي ، وإجراءات نزع الملكية ، والتوزيع ، كلها ممتازة على أن تكون لمصلحة الدائنين المشتركة . فما كان منها لمصلحة خاصة لدائن معين ، كما في . . . . . إجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين ، فلا يدخل في هذا الامتياز .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٠ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديل الفقرة الأولى تعديلا لفظياً بسيطاً ، تحت رقم ١٢٤٢ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩٩ – ص ٣٠١) .

التقنين المدني السابق : م ٦٠١ بند أول / ٧٢٧ بند أول : الديون الممتازة هي الآتية : (أولا) المصاريف القضائية المنصرفة لحفظ أملاك المدين وبيعها ، وتدفع من ثمن هذه الأملاك قبل ديون الدائنين الذي صرفت تلك المصاريف لمنفعتهم .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٧ : ١ – المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع .

التقنين الليبي : م ١١٤٢ : ١ – المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن اتفاقي ، بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع .

التقنين العراقي م ١٣٦٨ : ١ – المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها ، لها حق امتياز على ثمن هذه الأموال . ٢ – وتستوفى هذه المصروفات قبل أي دين آخر ، ولو كان ممتازاً أو موثقاً بالرهن ، وتقدم المصروفات التي أنفقت في حفظ الأموال وبيعها على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع .

محل الامتياز : هو الثمن الذي رسا به المزاد عند بيع أموال المدين ، فالامتياز إذن يقع على منقول . وقد يكون خاصاً إذا كان التنفيذ على أعيان محددة عقاراً كانت أو منقولا ، وقد يكون عاماً إذا بيعت كل أموال المدين .

مرتبة الامتياز : هي المرتبة الأولى . أما فيما بين هذه الديون الممتازة ، فتقدم مصروفات الحفظ والبيع (وهي متساوية فيما بينها) على مصروفات التوزيع " [1] .

٦٧٢ – الحق الممتاز : قد يستدعي الأمر اتخاذ إجراءات قضائية لحفظ بعض أموال المدين وبيعها وتوزيعها لمصلحة الدائنين المشتركة . وقد تكون هذه المصروفات القضائية مستحقة للمحكمة . ولكن قد يكون أحد المأمورين القضائيين هو الذي أنفقها ويريد الرجوع بها ، كالحارس [2] ، وأمين التفليسة [3] ، ومصفي التركة [4] ، والخبير [5] ، والمحامي قبل مدين موكله [6] . وقد يكون أحد الدائنين هو الذي أنفقها ، ويريد الرجوع بها [7] .

ويشترط في المصروفات القضائية شروط ثلاثة :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤٣ – ١١ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٥٣ – ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ – ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٧ – ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٠ .
وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للممارس القضائي امتيازاً بنفقاته وأتعابه وفقاً للمادة ٧٢٧ بند أول مختلط على ثمن محصول الأرض وعلى ثمن الأرض ذاتها (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩) . وقضت أيضاً بأن مصروفات الحارس القضائي وأتعابه تكون ممتازة (استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١) – وأنظر بالنسبة إلى أجرة الحارس القضائي الذي يوكل إليه الشيء المحجوز عليه : استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٥٣ .

(٣) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ (حق السنديك الناشئ من مصروفاته وأتعابه لصالح دائني التفليسة ، سواء كان للمحافظة على أموال المدين أو لتصفيتها أو توزيع الثمن الناتج من بيعها) .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ .

(٥) استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

(٦) استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥١ – ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ . أما أتعاب المحامي المستحقة قبل موكله ، فيضمنها امتياز خاص .
والمصروفات القضائية التي أنفقها المدين نفسه لا امتياز لها : استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ – ٢ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦ – ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٢ .

(٧) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٥٠ .

(١) أن تكون قد أنفقت في إجراءات قضائية لازمة لحفظ أموال المدين وبيعها وتوزيع ثمنها . والمقصود بحفظ الأموال المحافظة القانونية عليها ، تمهيداً لبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين ، لا حفظها من التلف المادي فمصروفات الحفظ من التلف يضمنها امتياز مصروفات الحفظ والترميم [١] .

مثل ذلك نفقات الحجوز التحفظية ، والحجوز التنفيذية ،وإجراءات نزع الملكية ، ودعوى الحراسة ، والتوزيع ، ونفقات الدعوى غير المباشرة [٢] ، والدعوى البولصية ، وشهر إفلاس التاجر [٣] . ويمتد الامتياز إلى نفقات عمليات غير قضائية تقتضيها الإجراءات القضائية [٤] ، كنفقات وضع الأختام ، وتحرير محاضر حصر التركة ، وإجراءات القسمة ، وإدارة المال الموضوع تحت الحراسة ، وتصفية التركة [٥] . ولا يشترط أن تكون الإجراءات قد اتخذت بناء على طلب أحد الدائنين ، فيجوز أن تكون قد اتخذت بناء على طلب أحد شركاء المدين مادام أنها قد عادت بالفائدة على الدائنين [٦] .

(٢) أن تكون الإجراءات قد اتخذت وفقاً للقانون — فتكون ممتازة مصروفات من يكون اشتراكهم في الإجراءات لازماً كالمأمورين القضائيين والخبراء ، ولا تكون ممتازة مصروفات من يقوم بعمل تصفية ودية لأموال المدين من غير أن يحصل على توكيل من كل أصحاب الشأن [٧] .

(٣) أن تكون المصروفات قد أنفقت لمصلحة الدائنين المشتركة . فما صرف منها لمصلحة أحد الدائنين ، كمصروفات إجراءات تحقيق الدين لأحد الدائنين [٨] ، ولا يدخل في الامتياز [٩] . وقد قضي بأن مصروفات الإجراءات التي قام بها أحد الدائنين ، والتي أدت إلى حفظ الضمان العام الذي للدائنين ، كدين المدين على آخر ، هي ديون ممتازة [١٠] .

---

(١) بيدان وڤواران فقرة ٤١١ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ٤١١ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ — ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

(٥) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ — الإسكندرية المختلطة ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٤ .

(٦) استئناف مختلط ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ .

(٧) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٢٠ .

(٨) وكذلك مصروفات الدعوى البولصية في التقنين المدني السابق .

(٩) بودري ودي لوان فقرة ٣١٤ — أوبري ورو فقرة ٢٦٠ هامش ٥ - پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٢١ — استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ .

(١٠) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٠ .

ويقدر القاضي ما إذا كان المصروفات القضائية قد أنفقت في حفظ أموال المدين وبيعها ، وفي مصلحة مشتركة للدائنين [1] .

٦٧٣ – محل الامتياز : والامتياز يقع على الثمن الذي رسا به المزاد ، عند بيع أموال المدين التي حفظت على النحو المتقدم [2] . فإذن يكون محل الامتياز ثمناً ، وهو منقول خاص ، ومن هنا كان الامتياز امتيازاً خاصاً على منقول ، ولو كان الذي بيع من أموال المدين كله عقاراً .

وتقع المصروفات القضائية على أعيان معينة ، عقارات كانت أو منقولات [3] . فمتى بيعت ، تحولت كلها إلى أثمان وهي منقولات ، فيقع الامتياز على هذه المنقولات .

وقل أن تقع المصروفات القضائية على جميع أموال المدين ، فإن وقعت كان الامتياز عاماً ، لأن ثمن جميع أموال المدين هو كل ما يملك المدين [4] .

٦٧٤ – مرتبة الامتياز : ومرتبة الامتياز هي الأولى بين جميع حقوق الامتياز ، فلا يتقدم امتياز آخر هذا الامتياز ، ولا يعادله .

ويستوي في ذلك أن يكون الدائن هو خزانة المحكمة نفسها ، أو أحد المأمورين القضائيين ، أو أحد الدائنين ، أو غير ذلك [5] .

وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، حتى لو كان هذا الحق الآخر هو حق أحد الدائنين الذين أنفقت المصروفات القضائية في مصلحتهم (م ٢/١١٣٨ مدني) .

وإذا تزاحمت المصروفات القضائية فيما بينها ، تقدمت المصروفات التي أنفقت في حفظ أموال المدين أو في بيعها، ثم تأتي بعد ذلك مصروفات إجراءات التوزيع (م ٢/١١٣٨ مدني) .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه ليس من اختصاص القضاء المستعجل الفصل فيما يعتبر مصروفات قضائية لازمة وممتازة وما لا يعتبر كذلك (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٣١٦ وفقرة ٦٤٠ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٢٣ .

(٤) محمد كامل مرسي فقرة ٣٩٣ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨ .

ويتساوى الدائنون بمصروفات الحفظ والبيع فيما بينهم ، ثم يتساوى ، الدائنون بنفقات التوزيع [1] .

§ ٢ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة

٦٧٥ – نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٣٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – 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 " .

" ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي ، عدا المصروفات القضائية " [2] .

---

(١) بيدان وقواران فقرة ٤١١ .
وأنظر في المصروفات القضائية : استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٣ – ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٠ – ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٥٣ – ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٤٣ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ – ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ – ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٧٩ – ١٤ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦٨ – ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤١ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨١ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية طفيفة ، تحت رقم ١٢٤٣ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠١ – ص ٣٠٣) .
التقنين المدني السابق : م ٦٠٢ بند ٢ أهلي : المبالغ المستحقة للميري عن أموال أو رسوم أياً كان نوعها ، وتكون هذه المبالغ ممتازة بحسب الشرائط المقررة في الأوامر واللوائح المختصة بها ، ويجرى مقتضى امتيازها على كافة أموال المدين .
التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين السوري : م ١١١٨ : ١ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كانت ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن ، عدا المصروفات القضائية .
التقنين الليبي : م ١١٤٣ : ١ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كانت ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن اتفاقي ، عدا المصروفات القضائية .
التقنين العراقي م ١٣٧٠ : ١ – المبالغ المستحقة للخزينة من ضرائب ورسوم ونحوها يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة بهذا الشأن . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة =

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : هو الضرائب والرسوم وكل المبالغ المستحقة للخزانة العامة (أنظر الأمر العالي الصادر في ١٠ سبتمبر سنة ١٨٧٢ والأمر العالي الصادر في ١٣ مارس سنة ١٨٨٤) . "حاليا قانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ " .

محل الامتياز : هو ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز طبقاً للقوانين الخاصة . وتكون هذه الأموال عادة منقولا (كمحصولات وأمتعة) . وقد يمتد الامتياز إلى عقار إذا لم يكف المنقول ، فيصبح الامتياز عقارياً بطريقة عرضية .

مرتبة الامتياز : هي المرتبة الثانية ، بعد امتياز المصروفات القضائية — ولا يشهر الامتياز إذا وقع على عقار كما تقدم " [1] .

٦٧٦ — الحق الممتاز : لا بد في ذلك من الرجوع إلى القوانين الخاصة المتعلقة بالأموال والعوايد والضرائب والرسوم . وأهم هذه القوانين هي : القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل المعدل بالقانون رقم ١٨٧ لسنة ١٩٩٣ ، والقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون ضريبة الدمغة ، والقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ بضريبة الأطيان ، والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية .

وقد نص القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ في المادة ١٦ منه على أن " للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأراضي المستحقة عليها الضريبة ، وكذلك على ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشي التابعة لهذه الأراضي " . ونص القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها للخزانة بحكم القانون . ونص القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ على أن تحصيل الرسوم . . . . . بالطريقة الإدارية . ونص قانون ضرائب الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها أو الملتزمين بتوريدها للخزانة بحكم القانون .

= يحق الامتياز هذا في أي يد كانت ، وذلك بعد المصروفات القضائية وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو موثقا برهن .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠١ — ص ٣٠٣ .

فتعتبر من الديون الممتازة ضريبة الأطيان الزراعية والضريبة على العقارات المبنية وضرائب الدخل الخاصة وضريبة إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وضريبة الأرباح الصناعية والتجارية وضريبة المهن الحرة وضريبة كسب العمل وضريبة الدمغة ، وغير ذلك من الضرائب والرسوم التي نصت عليها القوانين المختلفة [1] .

---

(1) أ – النص في المادة ١/٦٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ – الصادر بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتعديلات التي أدخلت عليه – قبل إلغائه بقانون ضرائب الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ – على أنه " تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة بمقتضى هذا القانون ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين بها أو الملزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون " مما مؤداه تقرير حق امتياز عام لمصلحة الضرائب وفاء للضرائب والمبالغ المستحقة لها قبل مدينها وذلك على أموال المدينين بها أو الملتزمين والنص في المادة ٢/١١٣٤ من القانون المدني على أن حقوق الامتياز العام ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، وأنها تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده .
(جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦ الطعن رقم ١٤٢١ لسنة ٥١ ق) .

ب – يدل النص في المادة ١١٣٩ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ، ومنها الضرائب تعتبر ديوناً ممتازة ، وتثبت لها هذه المرتبة وفقاً للشروط والأوضاع والأحكام المقررة بموجب القوانين واللوائح المنظمة لكل منها والصادرة في شأنها .
(جلسة ١٩٨٥/٣/٢٦ الطعن رقم ١٤٢١ لسنة ٥١ ق) .

ج – النص في الفقرة الأولى من المادة ١١٣٩ من القانون المدني 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 يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها – على سبيل المثال – الضرائب والرسوم لا تكون ممتازة ، ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر الخاصة لكل منها ، وبالشروط والقيود التي تقررها هذه القوانين والأوامر ، بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما ولم يوجد قانون أو أمر يقضي بامتيازه ، فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز ، وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال .
(جلسة ١٩٧٣/٦/٢٧ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٤ ص ٩٧٦) .
(جلسة ١٩٧٢/٥/١٧ الطعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٤ ق س ٢٣ ص ٩٤١) .

د – حق الامتياز المنصوص عليه في المادة ٩٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ (قبل إلغائه بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١) لا يرد إلا على أموال المدين ، وهو ما صرحت به المادة المذكورة ، فلا يصح توقيع الحجز إلا على ما هو مملوك للمدين وتطبيق ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الحجز رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ منوط بأن يكون المال الذي وقع عليه الحجز من أموال المدين .
(جلسة ٧٣/١/١/٣ الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٥ ق س ٢٤ ص ٩) .

هـ – الضرائب المستحقة بمقتضى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، تعتبر وفقا للمادتين ١١٣٩ من القانون =

٦٧٧ — محل الامتياز : ومحل الامتياز منصوص عليه في هذه القوانين المختلفة .

مثل ذلك المادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٥٤ في شأن الضريبة على العقارات المبنية المعدلة بالقانون رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٥٥ تنص على أنه " للحكومة والمجالس المحلية التي لها حق ربط وتحصيل الضريبة حق الامتياز على الإيجار والإيراد والمنقولات الخاصة بالعقارات المبنية والأراضي الفضاء المستغلة المستحقة عليها الضريبة وعلى المباني والأراضي المقامة عليها أو الملحقة بها سواء كانت هذه الأراضي ملكا لأصحاب المباني أو لغيرهم " . والمادة ١٦ من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ (ضريبة الأطيان) تنص على أن للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأراضي المستحقة عليها الضريبة وكذلك ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشي التابعة لهذه الأراضي [1] . والمادة ١٦٤ من قانون ضرائب الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ تقضي بأن تكون الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة للحكومة ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين ، والمادة ٢/١٧ من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون ضريبة الدمغة تقضي بأن يكون لمصلحة الضرائب حق امتياز على جميع أموال المدينين بالمبالغ المذكورة والملزمين بتوريدها للخزانة طبقاً لأحكام هذا القانون .

٦٧٨ — مرتبة الامتياز : وامتياز الحكومة بما لها من ضرائب ورسوم يأتي في المرتبة الثانية بعد المصروفات القضائية التي يحتل امتيازها المرتبة الأولى كما قدمنا .

= المدني و ٩٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ سالف البيان ديناً ممتازاً على جميع أموال المدينين أو الملزمين بتوريدها إلى الخزانة بحكم القانون أي أن هنالك حقاً عينياً تبعياً على المنشأة يثبت قبل من يشتريها . (جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٩٣٣) .

و — يدل نص المادة ١/١١٣٩ من القانون المدني ، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض — على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة بجميع أنواعها ومنها — على سبيل المثال — الضرائب والرسوم لا تكون ممتازة ولا يثبت لها هذا الامتياز إلا إذا قضت بامتيازها القوانين والأوامر بكل منها ، وبالشروط والقيود التي تقررها هذه القوانين والأوامر بحيث إذا استحق للخزانة العامة مبلغ ما و لم يوجد قانون أو أمر يقضي بامتيازه فإنه لا يتمتع بهذا الامتياز ، وإذا وجد تعين الرجوع إليه للتعرف على شروط الامتياز ونطاقه ووعائه وما عساه أن يرد عليه من أموال .

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٧ الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ٩٨٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مصلحة الضرائب قد تمسكت بأن دين الضريبة مضمون بحق امتياز يرد على كافة أموال المدين من منقول وعقار ، وبأن حق الامتياز يخولها حق تتبع أموال المدين في أي يد كانت ، ولما كان الحكم قد خلا من الإشارة إلى هذا الدفاع الجوهري والرد عليه ، فإنه يكون معيباً بالقصور ، مما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٦٤) .

وإذا دفع هذه الضرائب والرسوم شخص غير مدين بها ، فإنه يحل محل الخزانة العامة في امتيازها [1] .

٦٧٩ — حق التتبع : وامتياز الحكومة في الضرائب والرسوم يخول الحكومة حق التتبع (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ مدني) . ولكن إذا وقع الامتياز على منقول ، فإنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية ، وإذا وقع على عقار ، فإنه لا يجب الشهر ويثبت حق التتبع دون شهر [1] .

§ ٣ — مصروفات الحفظ والترميم

٦٨٠ — نص قانوني : وقد نصت المادة ١١٤٠ مدني على ما يأتي :

" ١ — المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله " .

" ٢ — وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها " [٢] .

---

(١) استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٩ ص ٧٩٤ .

(1) بالرجوع إلى القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم يبين أنه كلما أراد الشارع أن يخول الخزانة العامة حق تتبع أموال مدينها استيفاء لحق من حقوقها الممتازة وبصرف النظر عن عدم شهره ، نص على هذا الامتياز الخاص ورسم معالمه ونطاقه ولم يبسط يد الخزانة العامة في تتبعها تحت أي يد كانت، بل تخفف وبالقدر اللازم لكفالة حقوقها ، وهو ما نصت عليه القوانين الخاصة بضرائب الأطيان والمباني والرسوم الجمركية . والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات وخلا منه القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على الأرباح التجارية والصناعية ، ولا يغير من هذا الوضع ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ من القانون المدني في قولها " وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت " ، إذ هي مقيدة بما تقرره القوانين والأوامر الخاصة بمختلف أنواع الضرائب والرسوم محكومة بها بحيث إذا قررت هذه القوانين والأوامر امتيازاً خاصاً على بعض أموال مدينها ولبعض أنواع الضرائب والرسوم فتستوفى مبالغها من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت وإن لم تكن مشهرة وفقا لما نصت عليه في الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ من القانون المدني .
جلسة ١٩٧٣/٦/٢٧ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٣٦ ق س ٢٤ ص ٩٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٢ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديله تعديلا لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٢٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٣ — ص ٣٠٦) .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : هو المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وترميمه ، كأجرة الساعاتي ومصلح السيارة وأمين التفليسة والحارس ، ولا يدخل مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجرة النقل من مكان إلى مكان .

محل الامتياز : هو كل المنقول الذي حفظ أو رمم ، لا ما زاد فيه بسبب الحفظ والترميم فحسب ، ولذلك ينص المشروع (م ١٥٨٢ فقرة أولى) على أن الامتياز يقع على كل هذا المنقول .

مرتبة الامتياز : هي الثالثة ، بعد المصروفات القضائية ومبالغ الخزانة العامة . أما فيما بينها ، فيقدم ما صرف آخراً " [1] .

٦٨١ – الحق الممتاز : أي المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما له من ترميم . فلابد أن يكون المحفوظ أو المرمم منقولا لا عقاراً ، كسيارة أو آلة أو ساعة أو أثاث أو غير ذلك من المنقولات . أما العقار فلا يدخل ، وكان يدخل في التقنين المدني السابق ، واستعيض عنه في التقنين الجديد بامتياز المهندسين والمقاولين إذا رمموا مبنى أو صانوه [2] .

= التقنين المدني السابق : م ٧٢٩/٦٠٣ : المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء تكون مقدمة على جميع ما عداها من الديون ، ويكون الترتيب بين تلك المصاريف في المنقولات بعكس ترتيب تواريخ الصرف عليها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١١٩ : ١ – المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة قيمة كل منها .

التقنين الليبي : م ١١٤٤ : ١ – المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها ، فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها .

التقنين العراقي م ١٣٧١ : ١ – المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح يكون لها حق امتياز عليه كله . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة . أما فيما بينها ، فيقدم بعضها على بعض حسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠٥ .

(٢) أنظر في ذلك محمد كامل مرسي فقرة ٤٠٤ ص ٥٣٤ هامش ٣ – سليمان مرقس فقرة ٣٤١ ص ٥٤٣ .

فجميع المصروفات التي أنفقت في حفظ المنقول ووقايته من أن يهلك أو يتلف كله أو بعضه ، وجميع المصروفات التي لولاها لأصبح المنقول غير صالح للاستعمال الذي كان معداً له [١] ، وجميع المصروفات التي أنفقت لمنع المنقول من الضياع [٢] ، كل هذه تعتبر ديوناً ممتازة .

وأمثلة ذلك أجرة الميكانيكي الذي يصلح سيارة أو آلة ، وأجرة الساعاتي الذي يصلح ساعة ، وأجرة النجار الذي يصلح أثاث منزل ، والمصروفات التي ينفقها شخص لإنقاذ منقول لغيره من الحريق أو من الغرق ، والمصروفات التي ينفقها الوكيل لتحصيل دين من الديون أو لحفظه [٣] ، وأتعاب أمين التفليسة ومصفي التركة ، ومصروفات الحارس مقابل إدارته الأموال المسلمة إليه [٤] .

ويثبت هذا الامتياز لمن أنفق المصروفات بنفسه ، أو لمن قدمها لينفقها غيره سواء كان مالك المنقول أو شخصاً آخر ، ولقاضي الموضوع التقدير فيما إذا كانت هذه المصروفات قد أدت بالفعل إلى حفظ الشيء ، أو إلى ترميمه [٥] .

ولا يشترط أن تكون المصروفات قد أنفقت بقصد حفظ المنقول أو ترميمه ، بل يكفي أن تكون قد أدت فعلا إلى الحفظ والترميم [٦] .

ولا يدخل مبلغ التأمين ، ولا الرسوم الجمركية ، ولا أجر النقل من مكان إلى آخر ، ولا مصروفات الجراج ، ولا ثمن الزيت والبنزين [٧] .

ولا تدخل كذلك المصروفات النافعة ، كمصروفات صباغة الصوف ومصروفات تغيير السيارة ، وكذلك لا امتياز لقرض النقود [٨] .

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٤٦١ .

(٢) فمصروفات علاج الشخص المستحق في وقت تعتبر من مصروفات الحفظ والصيانة الممتازة فيما يتعلق بالاستحقاق في الوقف (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠٤) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٥ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٥ .

(٥) بيدان وفواران فقرة ٥٠٠ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨١ .

(٦) بيدان وفواران فقرة ٥٠٠ — عبد الفتاح عبد الباقي ص ٦٩٨ — محمد علي إمام ص ٥٩٠ — سليمان مرقس فقرة ٣٤١ — ص ٥٤٤ — ص ٥٤٥ — محمد كامل مرسي فقرة ٤٠٥ ص ٥٣٧ .

(٧) محمد كامل مرسي فقرة ٤٠٥ ص ٥٣٧ وهامش ١ .

(٨) محمد كامل مرسي فقر ٤٠٦ وفقرة ٤٠٨ — سليمان مرقس فقرة ٣٤١ ص ٥٤٥ .

٦٨٢ — محل الامتياز : يقع الامتياز على كل المنقول المحفوظ أو المرمم ، لا على ما زاد فيه بسبب الترميم والحفظ فحسب ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١١٤٠ مدني ، فيما رأينا .

ولا يشترط أن يكون المنقول في حيازة الدائن ، لأن الامتياز ليس مبنياً على فكرة الرهن الضمني ، بل على حفظ المنقول وترميمه [١] .

ويشترط في بقاء الامتياز أن يظل المنقول محتفظاً بذاتيته ، فإذا تغير المنقول تغيراً مادياً أضاع معالمه الأصلية ، أو اندمج في عقار فصار عقاراً بطبيعته ، فأن الامتياز يزول . ولكن لا يزول الامتياز ، إذا تغيرت حالة المنقول ولكنه لم يفقد ذاتيته ، أو أصبح عقاراً بالتخصيص [٢] .

٦٨٣ — مرتبة الامتياز : مرتبة هذا الامتياز هي المرتبة الثالثة ، فيأتي بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة .

فيباع المنقول ، ومن ثمنه تستوفى مصاريف حفظه وترميمه .

وإذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم ، قدم منها ما كان متأخراً على المتقدم، فإذا أنفقت مصروفات الحفظ والترميم في يناير ، وأخرى في فبراير من نفس السنة ، وثالثة في مارس من نفس السنة ، استوفيت أولا مصروفات مارس ثم مصروفات فبراير ثم مصروفات يناير ، لأن المفروض أن مصروفات مارس هي التي كانت السبب في حفظ مصروفات فبراير ومصروفات فبراير هي التي كانت السبب في حفظ مصروفات يناير .

٦٨٤ — حق الحبس وحق التتبع : وإذا كان المنقول في حيازة من حفظه ورممه ، كان له أن يحبسه حتى يستوفى حقه (م ٢٤٦ مدني) . فإذا خرج من حيازته برضاه، فقد حق الحبس .

ويكون لمن حفظ المنقول ورممه حق تتبع المنقول ، لأن حق التتبع من مستلزمات هذا الحق ، ما لم يقع الشيء في حيازة حائز حسن النية فيكون حق الحائز حسن النية مقدماً على حق حافظ المنقول ومرممه [٣] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن وضع المنقول تحت الحراسة لا يخل بامتياز مصروفات الحفظ والترميم (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٠) .

(٢) بيدان وقواران فقرة ٥٠١ — محمد علي إمام ص ٥٩٢ — سليمان مرقس فقرة ٣٤٢ — وإذا كان العقار الذي ألحق المنقول لخدمته فصار عقاراً بالتخصيص مرهوناً ، شمل الرهن المنقول وقدم الرهن على الامتياز إذا كان الدائن المرتهن حسن النية (سليمان مرقس فقرة ٣٤٢ ص ٥٤٧) .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٣٤٤ .

§ ٤ – حقوق الامتياز

٦٨٥ – نص قانوني : نصت المادة ١١٤١ مدني على ما يأتي :

" ١ – يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ومن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة .

(جـ) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

" ٢ – وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أو فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها " [(١)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٣ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية طفيفة حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٢٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٦ – ص ٣٠٩) .

التقنين المدني السابق : م ٦٠١ البند الثاني / ٧٢٧ البند الثاني : المبالغ المستحقة للمستخدمين في أجر السنة السابقة على البيع أو الحجز أو الإفلاس ، والمبالغ المستحقة للكتبة والعملة في مقابل أجرهم مدة ستة أشهر ، وتدفع هذه المبالغ بنوعيها عند الاقتضاء بعد المصاريف القضائية ، ويجرى مقتضى هذا الامتياز على أموال المدين منقولة كانت أو ثابتة بدون فرق .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٢٠ : ١ – يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة . (ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأفراد أسرته وأقاربه . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها .

التقنين الليبي : م ١١٤٥ : ١ – يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: (أ) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة . (ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة . (ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة الأشهر الأخيرة . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها . =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" الحقوق الممتازة " هي :

(١) المبالغ المستحقة للخدمة والكتبة والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم ومرتباتهم من أي نوع كان في الستة الشهور الأخيرة ، فيشترط أن يكون الدائن أجيراً ، فيدخل الخادم والطاهي والبواب وسائق السيارة وخادم المزرعة والسكرتير الخاص والموظف ومربي الأطفال والوكيل المأجور والكاتب والعامل ، ويلاحظ أن عبارة المشروع أوسع من عبارة التقنين الحالي (السابق) . وقد قصرت الأجرة للجميع على ستة أشهر ، بدلا من سنة للبعض وستة أشهر للبعض الآخر كما هو الأمر في التقنين الحالي (السابق) . وقد زال بذلك التناقض الموجود بين م ٦٠١ فقرة ٧٢٧/٣ فقرة ٢ و م ٢٧٣/٢٠٩ في التقنين الحالي (السابق) .

(٢) المبالغ المستحقة عما ورد للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الشهور الأخيرة . فإذا استورد المدين مأكولات وملابس من التجار ، فما يبقى من ثمنها ديناً في ذمته عن مدة لا تزيد عن الستة الشهور الأخيرة يكون ممتازاً . وقد تقدم أن هذا الدين يسقط بمضي سنة ، فالمستحق من أكثر من سنة يسقط منه ما زاد عن السنة ، وما كان في حدود السنة نصفه غير ممتاز ونصفه ممتاز .

(٣) وكذلك الأمر بالنسبة للمبالغ المستحقة للأقارب ، أي النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة الشهور الأخيرة ، ويدخل في ذلك نفقة الزوجة ، ودين النفقة ممتاز وغير قابل للحجز عليه .

محل الامتياز : جميع أموال المدين من عقار ومنقول ، ولا يشهر الامتياز في العقار ولا تتبع فيه .

مرتبة الامتياز : هي الرابعة ، بعد المصروفات القضائية ومبالغ الخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها [1] .

= التقنين العراقي م ١٣٧٢ : ١٠ - يكون للحقوق الآتية ، بقدر ما هو مستحق منها في الستة الشهور الأخيرة، حق امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار : (أ) المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس ودواء . (ج) النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه . ٢ - وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة ومصروفات الحفظ والإصلاح . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٨ .

وأنظر : استئناف ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٤١ - ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٣ - ٧ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٢ .

٦٨٦ – الحق الممتاز : الحق الممتاز هنا ديون متفرقة ، وهي أنواع ثلاثة :

(١) أجر الخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، عن الشهور الستة الأخيرة .

(٢) المبالغ المستحقة لموردي المأكل والملبس ، عن الشهور الستة الأخيرة .

(٣) نفقة الزوجة والأقارب ، عن الشهور الستة الأخيرة [١] .

٦٨٧ – أجر الخدم والكتبة والعمل وكل أجير آخر : المبالغ المستحقة أجوراً لجميع الخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، عن الستة الأشهر الأخيرة ، هي حقوق ممتازة .

ويدخل في هؤلاء الأجراء :

كل من يؤجر عمله لخدمة شخص المخدوم وأسرته ، فيدخل الخادم ، والطاهي ، وسائق السيارة ، والبواب ، ومربي الأطفال ، والفراش ، والمرضع ، والبستاني ، وكل أجير آخر يصل في خدمة شخص المخدوم وأسرته .

كل من يؤجر عماله كعامل أو كاتب ، فيدخل العامل ، والراعي ، وخادم المزرعة ، والكاتب، وجميع المستخدمين الذين يشتغلون في عمل مدني أو صناعي أو تجاري أو زراعي. فيدخل عمال الزراعة ، والخولي ، والسكرتير ، والوكلاء المأجورين ،وغير هؤلاء ممن يؤجرون عملهم بالساعة أو باليوم أو بالأسبوع أو بالشهر أو بغير ذلك .

ولا يدخل الممثلون ، ولا العازفون على آلات الموسيقى ، ولا المقاولون ، ولا الموظفون العامون .

ويدخل في حساب الأجر الذي يضمنه الامتياز كل ما يتقاضاه الأجير في مقابل عمله من راتب أو أجر ، ومكافآت ، وعلاوات غلاء ، ونسب مئوية من ثمن المبيعات ، وبدل انتقال وبدل سفر وبدل اغتراب .

ولا تدخل التعويضات التي تستحق للأجير بسبب فصله في وقت غير لائق [٢] ، ولا المكافأة التي تستحق له عند انتهاء مدة خدمته [٣] ، ولا المصروفات القضائية التي أنفقها

---

(١) وقد قرر المشرع المصري ، ضمن حقوق الامتياز الخاصة المقررة بقوانين خاصة ، حق امتياز نفقات تجهيز الميت في المادة ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالمواريث ، وحق امتياز التعويض المستحق عن إصابات العمل في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الخاص بإصابات العمل .

(٢) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٤ – وقد صدر في فرنسا قانون ١٩ يوليه سنة ١٩٢٨ يقرر امتيازاً للتعويضات التي تستحق للعامل بسبب تعسف رب العمل في استعمال حقه في فسخ عقد العمل غير محدد المدة أو بسبب فسخه هذا العقد دون مراعاة مواعيد التنبيه (أنظر بيدان وفواران فقرة ٤٢٣) .

(٣) الإسكندرية الكلية ٤ نوفمبر سنة ١٩٥٦ المحاماة ٢٨ رقم ٥٧٢ ص ١٢٨٩ .

الأجير للحصول على حكم بأجرته [1] ، ولا ما أنفقه الأجير في مصلحة رب العمل ولا ما قدمه له على سبيل القرض [2] .

ولا يضمن الامتياز من الأجر إلا ما يقابل الستة الأشهر الأخيرة ، أي الستة الأشهر السابقة مباشرة لتاريخ الحادث الذي أدى إلى تصفية أموال المدين كالوفاة والإعسار وشهر الإفلاس [3] . فإذا لم يقع حادث من هذا النوع ، وأريد استعمال حق الامتياز على مال معين من أموال المدين ، كانت الأجرة المضمونة بالامتياز هي أجرة الستة الأشهر السابقة على الحجز أو السابقة على البيع [4] . أما ما يستحق للأجير بعد ذلك ، فلا يكون له امتياز [5] .

٦٨٨ – المبالغ المستحقة لموردي المأكل والملبس : اختار القانون من الحاجات الضرورية المأكل والملبس وحدهما .

فلا يشمل ذلك الحاجات الضرورية الأخرى ، كالتدفئة وكالتهوية وكالأدوية وكأي نوع من الخدمات التي يحتاج إليها الإنسان .

ولا يشمن الامتياز المأكل والملبس ، إلا إذا كان التوريد ممن يتجرون في ذلك . أما إذا ورد المأكل والملبس صديق أو جار لا يتجر ، فلا يكون الثمن ممتازاً بالامتياز [6] .

ومتى ورد المأكل والملبس تاجراً كان الثمن ممتازاً ، ولو كان هذا التاجر غير مقيد في السجل التجاري ولا يؤدي ضريبة الدخل على الأرباح التجارية [7]

---

(١) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢ . ولكن المادة ٨ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الصادر بشأن إصابات العمل ألحق جميع المبالغ المستحقة للعامل المصاب (أو لمن يستحقون التعويض) بالمبالغ المستحقة للأجراء وجعلها ممتازة في نفس مرتبتها . والمادة ٥ من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ألحقت المبالغ المستحقة للعامل بالمبالغ المستحقة للأجراء .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٣٨ – أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ .

(٤) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ .

(٥) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٣ – ٧ يونيه سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٢٢ – أول مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٢ – والأجرة تسقط بمضي سنة (م ١/٣٧٨ مدني) ، فإذا كانت هنا أجر عن سنة ونصف ، كانت أجرة الستة الأشهر الأخيرة ممتازة ، وأجرة السنة الأشهر التي قبلها غير ممتازة ولكنها قائمة ، وأجرة السنة الأشهر التي قبل ذلك تكون قد سقطت إذا حلف رب العمل أنه أداها (م ٢/٣٧٨ مدني) .

(٦) بيدان وفوران فقرة ٤٢٦ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٢٣ ص ٥٥٤ – سليمان مرقس فقرة ٣٤٧ ص ٥٥٧ .

(٧) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٨ – سليمان مرقس فقرة ٣٤٧ ص ٥٥٧ .

ويشترط أن يكون توريد المأكل والملبس لاستهلاكهما ، أما إذا كان توريدهما للاتجار فيهما فلا يكون ثمنهما ممتازاً .

وكذلك يشترط أن يكون التوريد لاستعمال المدين شخصياً أو استعمال من يعولهم المدين ، كزوج المدين وأولاده ولو كانوا بالغين وأقاربه الذين يعولهم وخدمه [1] . أما أولاده البالغون الذين يعولون أنفسهم وزوجته وأقاربه الذين يستحقون نفقة منه [2] ، فدين النفقة هو الممتاز كما سنرى .

والمأكل والملبس اللذان تم توريدهما في الستة الأشهر الأخيرة ، يكون ثمنهما هو الممتاز . والستة الأشهر السابقة مباشرة على الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس [3] ، أو السابقة مباشرة على الحجز أو البيع ، أما بعد ذلك فلا تكون الأثمان ممتازة [4] .

٦٨٩ – نفقة الزوجة والأقارب : ويجب أن تكون النفقة مستحقة في ذمة المدين ، وهي لا تكون مستحقة إلا إذا كانت مقضياً بها أو كانت متفقاً عليها .

ونفقة الأقارب مذكورة في النص صراحة ، ولكن الامتياز يشمل أيضاً ومن باب أولى نفقة الزوجة ، فيؤخذ لفظ " الأقارب " بمعناه العام ، بحيث تدخل الزوجة ضمن الأقارب . وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي [5] : " النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الستة الشهور الأخيرة ، ويدخل في ذلك نفقة الزوجة . . . . . " .

ويجب ، حتى تكون النفقة ممتازة ، أن تكون مستحقة عن الستة الشهور الأخيرة ، أي السابقة مباشرة على الوفاة أو الإعسار أو الإفلاس أو الحجز أو البيع .

٦٩٠ – محل الامتياز : يرد الامتياز ، بجميع أنواعه الثلاثة (الأجراء والمأكل والملبس ، والنفقة) ، على جميع أموال المدين من عقار منقول ، ولذلك كان الامتياز عاماً .

ويجوز استعمال الامتياز على مجموعة أموال المدين كلها إذا حدث ما يستدعي تصفيتها ، أو على مال معين من أموال المدين منقولا كان أو عقاراً عند بيعه منفرداً .

وللدائن أن يباشر هذا الامتياز حتى على أموال المدين المعنوية ، كحقوق التأليف والاختراع [6] .

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٤٢٦ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٤٢٦ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٤٢٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٥٠ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٦٨٥ .

(٦) استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ .

٦٩١ – مرتبة الامتياز : هي الرابعة ، وتأتي بعد المصروفات القضائية والبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم .

وإذا تزاحمت الديون المضمونة بامتياز عام (المستحق للإجراء مع المستحق للمأكل والملبس مع المستحق للنفقة ، أو المستحق لأجير مع المستحق لأجير آخر ، أو المستحق للمأكل من المستحق للملبس ، أو المستحق لنفقة الزوجة مع المستحق لنفقة أحد الأقارب ، الخ الخ) ، تساوت في المرتبة ، ووجب وفاؤها بنسبة كل منها (م ١١٤١/٢) .

٦٩٢ – عدم الشهر عدم التتبع : وحقوق الامتياز العام ليس فيها شهر ولا تتبع . وقد نصت المادة ١٣٤ /٢ على ما يأتي: " ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة، ولو كان محلها عقاراً ، لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع. . . . . " .

فما ورد من هذه الحقوق على عقار لا يستدعي شهر الحق عن طريق قيد العقار ، بل يستعمل حق الامتياز العام على العقار دون حاجة إلى القيد .

كذلك لا يكون لحقوق الامتياز العام حق تتبع ، بل يقتصر الأمر فيها على حق التقدم .

المبحث الثاني

حقوق الامتياز الخاصة على منقول المتأخرة عن حقوق الامتياز العامة

٦٩٣ – حقوق امتياز خمسة : وتوجد حقوق امتياز خمسة على منقول ، متدرجة في الترتيب ، وكلها متأخرة عن حقوق الامتياز العامة ، وهذه هي : نبحثها على التعاقب .

(١) امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة .

(٢) امتياز المؤجر .

(٣) امتياز صاحب الفندق .

(٤) امتياز بائع المنقول .

(٥) امتياز المتقاسم في المنقول .

§ ١ – امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة

٦٩٤ – نص قانوني : نصت المادة ١١٤٢ مدني على ما يأتي :

" ١ – المبالغ المنصرفة في البذور والسماد وغير ذلك من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه ، ويكون لها جميعاً مرتبة واحدة . .

" ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة ، بعد الحقوق المتقدمة الذكر ".

" ٣ – وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٤ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٤٦ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٣١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٠٩ – ص ٣١٢) .

التقنين المدني السابق : م ٦٠١ البندان الرابع والخامس / ٧٢٧ البندان الثاني والرابع : رابعاً – المبالغ المنصرفة في حصاد محصول السنة والمبالغ المستحقة في مقابلة البذورات التي نتج منها المحصول ، وتدفع هذه وهذه على حسب الترتيب المبين في هذه الوجه من الثمن المتحصل من بيع المحصول المذكور بعد أداء الديون المتقدمة . خامساً – المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة التي لم تزل في ملكية المدين ، وتدفع من أثمانها بعد المصاريف القضائية والأجر .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٢١ : ١ – المبالغ المصروفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المصروفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه ، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة ، بعد الحقوق المتقدمة الذكر . ٣ – وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات .

التقنين الليبي : م ١١٤٦ : ١ – المبالغ المصروفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه ، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة . ٢ – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر . ٣ – وكذلك تكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات .

=

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" الحقوق الممتازة ومحل الامتياز :

١ — المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب . وتد دخل السماد صراحة ، وهو محل خلاف في التقنين الحالي (السابق) ، والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ الأخرى المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، ومحل الامتياز هو المحصول الذي أنتجته أو حفظته هذه الأشياء .

٢ — المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة من ثمن ومصروفات إصلاح وتحسين ، ومحل الامتياز هو هذه الآلات .

مرتبة الامتياز : يأتي كل امتياز من هذين في المرتبة الخامسة بعد الامتيازات السابقة الذكر ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها " [١] .

٦٩٥ — الحق الممتاز : الحق الممتاز هنا حقان لا حق واحد :

(١) المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد .

(٢) المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة .

٦٩٦ — المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد : وهي المبالغ المنصرفة في البذر والسماد ومواد التخصيب الأخرى والمواد المقاومة للحشرات وجميع المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد [٢] .

والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد يدخل فيها مصروفات الري [٣] ، وتطهير الترع ، وإصلاح آلات الري [٤] ، وأجرة المواشي والحيوانات [٥] ، وأجرة الآلات التي

= التقنين العراقي م ١٣٧٣ : ١ — المبالغ المصروفة للبذور والسماد وغيره من مواد التخصيب المقاومة للحشرات ، والمبالغ المصروفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها حق امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه . ٢ — وتستوفى من ثمن المحصول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة ومصروفات الحفظ والإصلاح والمبالغ الموقعة بامتياز عام . أما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها . ٣ — وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١١ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٠ — ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٤٣ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤ — استئناف أسيوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٨ ص ٢٢ .

(٤) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٥ جازيت ٢٦ رقم ٨٧ ص ٧٦ .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ٤٦٦ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٣ .

استعملت ، والمبالغ المستحقة لدرس الغلال ، والمبالغ المستحقة للشغالة والعمال والفعلة الذين اشتركوا في حرث الأرض وبذرها وفي حصاد المحصول ودرسه وإدخاله [1] ، والثمن المستحق لبائع المبذورات [2] ، ومصروفات البذور [3]، والمبالغ المنصرفة في السماد [4] وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات .

ويوجد الامتياز ، سواء كان الذي يستغل الأرض لحسابه هو مالك الأرض نفسه ، أو كان مستأجراً أو صاحب حق ، انتفاع أو مغتصباً [5] .

ويلحق بالديون التي يضمنها الامتياز المبالغ التي يقرضها بنك التسليف الزراعي المصري لنفقات الزراعة والحصاد ، والمبالغ المستحقة له ثمناً لشراء سماد (م ٦ من المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣١) .

ويثبت امتياز مصروفات للدائن الذي أقرض المزارع النفقات اللازمة لإنتاج المحصول، بشرط أن يثبت أن النقود قد استخدمت فعلا في إنتاج المحصول [6] .

٦٩٧ – المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة : يضمن الامتياز ثمن آلات الزراعة ، ويضمن كذلك مصروفات إصلاحها ، ومصروفات تحسينها ، فالنص عام ويقول " المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة " .

وتشمل آلات الزراعة كل الآلات التي تستعمل في حرث الأرض وتحضيرها للزراعة وريها وجني المحصول ودرس الغلال وحفظ الثمار ونقلها في داخل المزرعة .

وبالنسبة إلى ثمن الآلات الزراعية ، فهي تتمتع أيضاً بامتياز بائع المنقول ، ولكن هذا الامتياز الأخير يتأخر في المرتبة كما سيأتي ، فيكون الأفضل التمسك بامتياز الآلات الزراعية لا التمسك بامتياز بائع المنقول [7] .

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ٤٤٦ وفقرة ٤٦٩ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٣ – وأجرة العمال والشغالة ممتازة أيضاً امتيازاً عاماً على جميع أموال المدين .

(٢) والمبذورات تشمل أنواع الزروع والتقاوي .

(٣) دي هلتس فقرة ١٥١ .

(٤) اختلف في التقنين المدني السابق في السماد ، وكان الرأي الغالب أن النص لا يشملها – وقد حسم التقنين المدني هذه المسألة ، فأورد السماد صراحة في النص .

(٥) كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١١٠٨ – بودري ودي لوان فقرة ٤٦٥ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٨٣ .

(٦) استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠ – ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣١٩ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٣٥ – سليمان مرقس فقرة ٣٥٣ ص ٥٦٧ .

(٧) بيدان وقواران فقرة ٥٢٦ .

ولكن بالنسبة إلى نفقات إصلاح الآلات الزراعية ، فإنها مضمونة بامتياز نفقات الحفظ والترميم ، ويأتي في المرتبة الثالثة أي قبل امتياز آلات الزراعة .

أما مصروفات الآلات الزراعية ، فلا يضمنها إلا هذا الامتياز الذي نحن بصدده .

٦٩٨ – محل الامتياز : وهنا أيضاً يكون محل الامتياز :

(١) إما بالنسبة إلى المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد .

(٢) أو بالنسبة إلى المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة .

٦٩٩ – محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد : محل الامتياز هنا هو المحصول الذي ساهمت هذه الأعمال في إنتاجه .

ولا يقع الامتياز على ثمن الأرض إذا نزعت ملكيتها [١] ، ولا على ثمن آلات الزراعة، بل ولا على المحصول الذي يصبح عقاراً بتسجيل التنبيه [٢] .

ولا يقع الامتياز على المحصول إلا بعد جنيه ، لأن المحصول قبل الجني يعتبر عقاراً [٣].

وإذا كانت المبذورات تنتج محصولات متكررة في سنين متعاقبة ، كما في زراعة القصب ، فالامتياز يقع على كل المحصولات [٤] .

ولا يشترط في ورود الامتياز على المحصول بقاء المحصول في ملك المديـــن أو في حوزته [٥] .

٧٠٠ – محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة : محل الامتياز هنا هو آلات الزراعة نفسها ، وليس المحصول .

وإذا خصصت آلات الزراعة لخدمة الأرض فصارت عقاراً بالتخصيص فإن ذلك لا يزيل عنها الامتياز الواقع عليها . ولكن إذا ارتهنت الأرض ومعها آلات الزراعة ، فإن الدائن المرتهن إذا كان حسن النية يتقدم حق رهنه على امتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة [٦] .

---

(١) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٢٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٣٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥١ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٣٥ – سليمان مرقس فقرة ٣٥٣ ص ٥٦٨ .

(٤) محمد كامل مرسي فقرة ٤٣٥ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ٣٥٣ ص ٥٦٩ .

(٦) سليمان مرقس فقرة ٣٥٤ ص ٥٧١ .

٧٠١ – مرتبة الامتياز : والامتياز هنا ، سواء بالنسبة إلى أعمال الزراعة والحصاد أو بالنسبة إلى آلات الزراعة ، يأتي في المرتبة الخامسة ، بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم وحقوق الامتياز العامة .

وإذا تزاحمت مصروفات الزراعة فيما بينها ، بالنسبة إلى المحصول ، فإنها تستوفى بنسبة كل منها .

كذلك إذا تزاحمت مصروفات آلات الزراعة ، كالثمن ومصروفات الإصلاح ومصروفات التحسين ، فيما بينها ، بالنسبة إلى آلات الزراعة ، فإنها أيضاً تستوفى بنسبة كل منها .

ولا يمكن أن تتزاحم مصروفات الزراعة مع مصروفات الآلات الزراعية لأن محل الأولى هو المحصول ، ومحل الثانية هو الآلات الزراعية ، كما سبق القول

§ ٢ – امتياز المؤجر

٧٠٢ – نص قانوني : نصت المادة ١١٤٣ مدني على ما يأتي :

" ١ – أجرة المباني 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 " .

" ٢ – ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة " .

" ٣ – ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملكة للمستأجر من الباطن، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر " .

" ٤ – وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية " .

" ٥ – وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً لو أضر بحق الغير مدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً في الميعاد القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى " (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٥ من المشروع التمهيدي ، على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، تحت رقم ١٢٤٧ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٢ – ص ٣١٦) .

التقنين المدني السابق : م ٦٠١ البند السادس / ٧٢٧ البند الخامس : أجرة العقار وأجرة الأطيان وكل ما هو مستحق للمؤجر من هذا القبيل ، وتدفع بعد ما ذكر من ثمن جميع المفروشات ونحوها الموجودة بالبيوت المستأجرة ومن ثمن محصولات السنة التي لم تزل مملوكة للمستأجر ولو كانت موضوعة بخارج الأراضي المستأجرة .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٢٢ : ١ – أجرة المباني 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 . ٢ – ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة . ٣ – ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر الثانوي إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار الثانوي . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر الثانوي في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر . ٤ – وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية . ٥ – وإذا فقدت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها ، إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً في الميعاد القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى .

التقنين الليبي : م ١١٤٧ : ١ – أجرة المباني 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 =

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : كل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار من أجرة لا تزيد على سنتين وتعويض ، وغير ذلك .

محل الامتياز : المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، إذا اعتقد المؤجر بحسن نية أنها مملوكة للمستأجر . وتدخل أيضاً منقولات الزوجة ، ومنقولات المستأجر من الباطن ، هذا إذا اشترط المؤجر عدم الإيجار من الباطن ، فإن لم يشترط فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر . وهذا أيضاً عدا المنقولات المسروقة أو الضائعة ، فلأصحابها استردادها في ثلاث سنوات . وإذا نقلت هذه المنقولات من العين المؤجرة بغير رضاء المؤجر و لم يبق بالعين ما

= المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي . ٢ — ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير و لم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة. ٣ — ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر . ٤ — وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية . ٥ — وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه و لم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات ، من يوم نقلها ، إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقيا في الميعاد القانوني — ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشترى .

التقنين العراقي م ١٣٧٤ : ١ — أجرة المباني والأراضي الزراعية ، لثلاث سنوات ، أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، لها جميعاً حق امتياز على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة مملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي . ٢ — ويقع حق الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من المستأجر الأصلي إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم الإيجار — فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت حق الامتياز إلا على المبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر منه في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر بعدم دفع هذا المبالغ للمستأجر الأصلي . ٣ — وإذا نقلت الأموال المثقلة بحق الامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، و لم يبق في العين أموال كافية لضمان المبالغ الممتازة ، بقي حق الامتياز قائما على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي يكسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ٤ — وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز ، بعد الديون الواردة في المواد السابقة ، إلا ما كان من هذه الديون غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية .

يفي بالمستحق ، بقي الامتياز قائماً عليها إلى ثلاث سنوات من نقلها، فإذا كسب الغير عليها حقاً فإنه لا ينفذ في حق المؤجر إذا كان هذا قد أوقع حجزاً استحقاقياً في مدة ثلاثين يوماً من نقلها . لكن إذا بيعت في سوق عمومي أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن . والأصل أن نقل هذه المنقولات بدون رضاء المؤجر يعتبر سرقة للمرهون ، ولذلك تطبق قواعد الحيازة في المنقولات المسروقة .

مرتبة الامتياز : هي السادسة بعد حقوق الامتياز السابقة الذكر ، إلا ما كان منها لا ينفذ في حق المؤجر لحسن نيته ، كما إذا اشترى آلة زراعة و لم يدفع ثمنها وأدخلها في الأرض المؤجرة دون أن يعلم المؤجر أن ثمنها لم يدفع " [1] .

وسنشرح امتياز المؤجر ، وقد سبق أن بحثنا هذا الموضوع في عقد الإيجار (الجزء السادس من الوسيط) . لذلك سنجعل شرحنا هنا متمشياً مع ما سبق أن قدمناه في امتياز المؤجر ، لكننا سنتتبع هنا نفس الترتيب الذي سرنا عليه في سائر حقوق الامتياز ، فنتكلم في الحق الممتاز ، ثم في محل الامتياز ، ثم في مرتبة الامتياز .

أ – الحق الممتاز

٧٠٣ – حق المؤجر الناشئ من عقد إيجار صحيح : الحق الممتاز هو كل حق للمؤجر ، ينشأ من عقد إيجار صحيح .

فيجب أولا أن يوجد عقد إيجار صحيح . فإذا كان عقد الإيجار باطلا ، أو قابلا للإبطال وأبطل ، أو صورياً ، فإنه لا يكون إيجاراً صحيحاً ، ولا يترتب عليه أي أثر .

كذلك إذا لم يوجد عقد إيجار أصلا ، كما إذا كان شاغل العقار مغتصباً إياه ، فإنه لا يوجد حق ممتاز لأنه لا يوجد عقد إيجار .

ولا يشترط ، في احتجاج المؤجر بامتيازه على دائني المستأجر ، أن يكون الإيجار ثابت التاريخ [2] .

٧٠٤ – يجب أن يكون محل الإيجار عقاراً : فمؤجر الآلات وغيرها من المنقولات لا يكون له حق امتياز [3] . وإذا وضع مالك المبنى في مبناه آلات وأجر المبنى مع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٥ – ص ٣١٦ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٠٥ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٣٥٧ – دي هلتس فقرة ١٢٧ – جرانمولان فقرة ٦٥٥ .

الآلات ، فإنه لا يكون له امتياز إلا لضمان الجزء من الأجرة الخاص بالمبيدون الآلات [1]. وكذلك مؤجر الدور المفروشة لا يكون له امتياز إلا لضمان الجزء من الأجرة الذي يقابل إيجار الدور خالية غير مفروشة ، وما يقابل أجرة الفرش يكون ديناً عاديا [2] .

أما إيجار المباني والأراضي الزراعية فيعتبر إيجاراً لعقار ، والمباني والأراضي الزراعية مذكورة صراحة في النص (م ١١٤٣) .

بقيت الأرض الفضاء ، كإيجار أرض فضاء لإقامة معرض أو مخيم أو ملعب ، وقد ترجمت كلمة (loyers) بأجرة المباني، والصحيح أنها أجرة كل عقار غير الأراضي الزراعية، بما في ذلك أجرة الأرض الفضاء . فيحسن الرجوع إلى الأصل ، واعتبار الأرض الفضاء كالمباني ، ولمؤجر الأرض الفضاء امتياز مؤجر المباني ، وهذا هو الرأي الراجح [3] .

٧٠٥ – الأجرة لا تزيد على أجرة سنتين : وفيما يتعلق بالأجرة ، الممتاز هو أجرة سنتين لا أكثر [1] . فإذا كانت مدة عقد الإيجار أكثر من سنتين كان الممتاز هو أجرة السنتين . وإذا كانت مدة الإيجار أقل من سنتين ، كان الممتاز هو كل الأجرة ، كأن تكون المدة سنة واحدة فيكون الممتاز هو أجرة السنة .

وإذا كانت مدة الإيجار خمس سنوات مثلا ، كان الحق الممتاز هو أجرة سنتين كما قدمنا . ولكن القانون لم يذكر أية سنتين ، هل هما السنتان السابقتان مباشرة على توزيع ثمن المنقولات التي يرد عليها الامتياز ؟

والرأي الراجح أنهما هما السنتان الأخيرتان من الأجرة الباقية في ذمة المستأجر ، سواء كانتا هما السنتان السابقتان مباشرة على التوزيع ، أو كانت غيرهما [4] .

٧٠٦ – الحقوق الممتازة الناشئة عن عقد الإيجار: ولا يقتصر الأمر على الأجرة كحق ممتاز ، بل كل حق آخر للمؤجر نشأ من عقد الإيجار يكون حقاً ممتازاً .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٩٤ – سليمان مرقس فقرة ٣٥٧ – ص ٥٧٤ – ص ٥٧٥ .

(٣) أنظر محمد كامل مرسي فقرة ٤٤٤ – سليمان مرقس فقرة ٥٧٩ – ص ٥٧٥ .

(1) النص في المادة ١١٤٣ من القانون المدني على أن " أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز . . . . . " مفاده أن امتياز دين الأجرة على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة قاصرة على أجرة سنتين .

(جلسة ١٩٧٩/٥/١٠ الطعن رقم ١٣٦٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٠ ح ٢ ص ٣٢٢) .

(٤) أنظر سليمان مرقس فقرة ٣٥٨ ص ٥٧٩ – ص ٥٨٠ .

فيكون حقاً ممتازاً ، عدا الأجرة ، التعويضات المستحقة عن تلف العين المؤجرة [1] ، أو المستحقة لاستعمال العين المؤجرة في غير ما أعدت له ، أو المستحقة عن فسخ العقد [2] ، أو المستحقة عن عدم الوفاء بأي التزام آخر كالتزام المستأجر بتعمير حديقة المنزل أو تغيير أرضية المنزل [3] ، أو المستحقة بموجب شرط جزائي . كذلك يكون ممتازاً كل حق آخر أثبته عقد الإيجار للمؤجر ، كمصروفات المطالبة بالأجرة ، وكالتعويض عند الإيجار من الباطن ، وكالتعويض إذا أتلف المستأجر حاجات أودعها المؤجر بالعين المؤجرة .

أما الديون التي لم تنشأ عن عقد الإيجار ، كالتعويض الذي يستحقه المؤجر في مقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مدة أطول من مدة العقد ، أو في مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة عند فسخ عقد الإيجار ، أو القروض التي يعطيها المؤجر للمستأجر ، فهذه لا تكون حقوقاً ممتازة [4] .

ب — محل الامتياز

٧٠٧ — المنقولات التي تجهز بها العين المؤجرة : مثل هذه المنقولات أثاث المنزل ، والكتب والملابس والأواني ، والعربات والسيارات ، وأدوات الحرفة ، والصور والتماثيل ، والمحصولات الزراعية سواء كانت محصولات السنة أو غيرها وسواء كانت ناتجة من العين المؤجرة أو من غيرها . وذلك كله مادامت هذه المنقولات موجودة في العين المؤجرة ، وقابلة للحجز عليها .

ولكن امتياز المؤجر لا يشمل المنقولات المعنوية ، ولا يشمل كذلك المنقولات المادية التي لا تعتبر العين المؤجرة مجهزة بها كالعقود والمصوغات والمجوهرات [5] .

ويرد الامتياز على المنقولات التي توجد في العين المؤجرة ، سواء وضعت عند بدء الإيجار أو وضعت بعد ذلك [6] . ولكن يشترط ألا يكون وجودها عرضياً ، لأن الوجود العرضي ليس تجهيزاً [1] .

---

(١) استئناف مصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٢ ص ٢٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٦ .

(٣) بودري فقرة ٣٩٤ .

(٤) أنظر في الحق الممتاز الوسيط ٦ فقرة ٣٥٧ .

(٥) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٠٠ — محمد على إمام فقرة ٤٥٣ — شمس الدين الوكيل فقرة ٥٣٨ — سليمان مرقس فقرة ٣٦٠ ص ٥٨٣ .

(٦) بيدان وقوارن فقرة ٤٦٧ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٠٠ — محمد علي إمام فقرة ٤٥٣ .

وقد نصت المادة ٥٨٨ مدني على أنه " يجب على كل من استأجر منزلا أو مخزناً أو مكاناً مماثلا لذلك أو أرضاً زراعية أن يضع في العين المؤجرة أثاثاً أو بضائع أو محصولات أو مواشي أو أدوات تكون قيمتها كافية لضمان الأجرة عن سنتين ، أو عن كل مدة الإيجار إذا قلت عن سنتين ، هذا ما لم تكن الأجرة قد عجلت . ويعفى المستأجر من هذا الالتزام إذا تم الاتفاق على هذا الإعفاء ، أو إذا قدم المستأجر تأميناً آخر " . ويسوغ للمؤجر طلب تنفيذ هذا الالتزام عيناً ، أو فسخ الإيجار مع التعويض .

ويشترط في ثبوت امتياز المؤجر على هذه المنقولات :

(١) **بقاء المنقولات في العين المؤجرة** : لأن امتياز المؤجر قام على فكرة الرهن الضمني ، فإذا نقل المستأجر المنقولات برضاء المؤجر أو بعمله ودون اعتراض منه ، اعتبر المؤجر متنازلا عن حق امتيازه عليها . ويبقى الامتياز قائماً إذا باع المستأجر أمتعته دون أن ينقلها من العين المؤجرة ، ولو علم المؤجر بالبيع مادام لم يرض عنه [٢] .

(٢) **ملكية المنقولات للمستأجر** : ويجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر . فإذا كان منها منقول مملوك لغير المستأجر ، فإن ذلك لا يمنع المؤجر من استعمال حق امتيازه على هذا المنقول [٣] ، لأنه يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول إذا كان حسن النية . فإذا كان المنقول ضائعاً مسروقاً ، جاز لمالكه أن يسترده في خلال ثلاث سنوات تالية لوقت الضياع أو السرقة .

٧٠٨ – المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر : وتنص الفقرة الثانية من المادة ١١٤٣ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : " ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون أخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة " .

وظاهر أن المنقولات المملوكة لغير المستأجر ، غير المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر والمنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن وسيأتي بيان حكمها تباعاً ، يفرض أن المؤجر حسن النية بالنسبة إليها ، وأنه كان يعتقد وقت وضعها في العين المؤجرة أنها مملوكة

---

(١) بيدان وفواران فقرة ٤٦٧ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٥٦ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٤٦ – عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٠٠ – محمد علي إمام فقرة ٣٥٣ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٤٧١ .

(٣) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ – ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٤

للمستأجر . لذلك يستعمل المؤجر حق امتيازه عليها ، ماعدا المنقولات السروقة أو الضائعة التي يستردها مالكها في خلال ثلاث سنين كما قدمنا ، وذلك ما لم يثبت مالك هذه المنقولات أن المؤجر كان يعلم بملكه لها وقت وضعها في العين المؤجرة . وقد كتبنا في الصدد ما يأتي : " وإن كانت المنقولات مملوكة للغير ، فهنا يجب التمييز بين فرضين : إما أن يعتقد المؤجر بحسن نية وقت وضع المنقولات في العين المؤجرة أنها مملوكة للمستأجر ، وفي هذه الحالة يثبت له عليها حق الامتياز ، بشرط ألا تكون مسروقة أو ضائعة وإلا ثبت للمالك الحقيقي الحق في استردادها في مدى ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . وحسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ، ويكفي أن يتوافر حسن النية وقت دخول المنقولات في العين المؤجرة . وإما أن يثبت الغير أن المؤجر كان يعلم وقت وضع المنقولات في العين المؤجرة أنها غير مملوكة للمستأجر وفي هذه الحالة لا يكون للمؤجر حق امتياز عليها . . . . . " (١) .

أما عن المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر ، فقد سبق أن كتبنا من يأتي : " فإن كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر ، فهناك قرينة على أن الزوجة عندما رضيت بوضع منقولات مملوكة لها في عين استأجرها زوجها قد قبلت ضمناً أن تكون هذه المنقولات ضامنة للأجرة ، فيكون للمؤجر حق امتياز عليها . أما إذا لم ترد الزوجة ذلك ، فعليها أن تنفي هذه القرينة بإعلامها للمؤجر أن المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ملكها وإنما لا تريد بوضعها في العين أن تكون ضامنة للأجرة ، حتى لا يعول المؤجر عليها وحتى يطالب المستأجر (الزوج) بوضع منقولات أخرى ضماناً للأجرة . وهذا كله فرض الأخذ بقرينة أن الجهاز ملك المرأة المسلمة ، فإذا استطاعت أن تسترد أثاث المنزل بنفي هذه القرينة تجد نفسها أمام قرينة أخرى هي رضاؤها الضمني بأن يكون الأثاث ضامناً للأجرة ، فتبقى المنقولات مثقلة بحق امتياز المؤجر . أما عند غير المسلمين فليست هناك قرينة على أن الجهاز ملك الزوجة ، ولذلك يستعمل المؤجر حق امتيازه على المنقولات باعتبارها ملكاً للمستأجر نفسه " (٢) .

ويؤخذ من ذلك أنه عند غير المسلمين ، يفرض أن الجهاز ملك للزوج لا للزوجة ، وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل حق امتيازه على المفروشات حتى تثبت الزوجة أن الجهاز ملكها وأنها لم ترض بأن يكون ضامناً للأجرة وأن المؤجر كان يعلم كل ذلك وقت وضع الجهاز في العين المؤجرة ، وعندئذ لا يكون للمؤجر حق امتياز على الجهاز ، وقد

---

(١) الوسيط ٦ .

(٢) الوسيط ٦ .

قضي بأن المتعارف عادة لذي الطوائف المسيحية هو أن تكون منقولات المنزل ملكاً للزوج لا لزوجته ، وعلى من يدعى شيئاً خلاف ذلك أن يثبته [1] .

أما عند المسلمين ، فالمرأة المسلمة لها أن تتمسك بقرينة أن الجهاز ملكها ، وللمؤجر أن يتمسك بأن الزوجة قد رضيت رضاء ضمنياً بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة عندما رضيت دون تحفظ بوضعه في العين المؤجرة . والقاضي يقضي للمؤجر بصحة امتيازه أخذاً بالقرينة التي تجعل الزوجة راضية بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة ، ما لم تثبت الزوجة أنها لم ترض فعلا بذلك وأنها كانت تعتقد أن ذلك كاف وتجهل كل الجهل القرينة التي تجعلها راضية بأن يكون جهازها ضامناً للأجرة . . .

٧٠٩ – المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن : وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١١٤٣ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : " ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن ، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن . فإذا لم يشترط ذلك ، فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر " .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) المؤجر اشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن : وبالرغم من هذا الشرط ، حصل الإيجار من الباطن ، ولم يقره المؤجر ، فلا يجوز الاحتجاج على المؤجر بهذا الإيجار من الباطن الممنوع ، ويقع امتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن وقوعه على منقولات المستأجر الأصلي كما لو لم يكن هناك إيجار من الباطن [2] . ولكن إذا ثبت أن المؤجر كان يعرف وقت دخول المنقولات العين المؤجرة أنها ليست مملوكة للمستأجر الأصلي ، كان له من الحقوق عليها نفس الحقوق التي تكون على المنقولات من الغير والتي توضع في الأماكن المؤجرة [3] .

(الفرض الثاني) المؤجر لم يشترط صراحة عدم الإيجار من الباطن : فيكون للمؤجر امتياز على منقولات المستأجر من الباطن ومحصولاته بقدر ما يكون المستأجر من الباطن ملزماً به قبل المستأجر الأصلي في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر المستأجر من الباطن .

---

(١) مصر الوطنية استئناف ٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٧٣ .

(٢) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ – ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٣ – ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٣ – ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٣ – بيدان فقرة ٣٥٧ هامش ١ – بودري ودي لوان فقرة ٣٧٥ .

٧١٠ – نقل الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة : وتنص الفقرة الخامسة من المادة ١١٤٣ مدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : " وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال ، ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً في الميعاد القانوني . ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري " .

ويؤخذ من هذا النص أنه إذا أخرج المستأجر المنقولات المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة ، على غير علم من المؤجر أو بالرغم من معارضته ، بحيث لا يبقى في العين ما يكفي لضمان الحقوق الممتازة ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً على الأموال التي نقلت لضمان هذه الحقوق .

فإذا ثبت للغير حسن النية حق على هذه المنقولات ، كأن اشتراها مشتر حسن النية لا يعلم بحق الامتياز الذي يثقلها ، فلا تخلو الحال من أحد فرضين : إما أن يكون المؤجر قد أوقع على هذه المنقولات حجزاً استحقاقياً في خلال ثلاثين يوماً من يوم نقلها ، وفي هذا الفرض يبقى حق الامتياز قائماً لمدة ثلاث سنوات من يوم النقل ، وتنتقل ملكية المنقولات إلى المشتري مثقلة بهذا الحق ، ويعلل ذلك بأن المنقولات التي أخرجت من العين المؤجرة خلسة أو بالرغم من معارضة المؤجر تكون في حكم المنقولات المسروقة ، وهذا ما يسمى بسرقة الرهن (vol de gage) ، ومن المعروف أن قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " لا محل للتمسك بها في حالة المنقولات المسروقة . وذلك ما لم يكن المشتري قد اشترى المنقولات في سوق عام أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، فعندئذ يجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى المشتري . أو أن يكون المؤجر لم يوقع على المنقولات حجزاً استحقاقياً أو وقعه بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً ، وفي هذا الفرض تخلص للمشتري ملكية المنقولات خالية من الامتياز .

وقياساً على ما تقدم ، إذا أخرج المستأجر منقولاته من العين المؤجرة خلسة أو بالرغم من معارضة المؤجر ، ووضعها في عين أخرى استأجرها كذلك ، وأوقع المؤجر الأول الحجز الاستحقاقي على المنقولات في خلال ثلاثين يوماً من نقلها ، فإن حق امتيازه يتقدم على حق امتياز المؤجر الثاني ولو كان هذا الأخير حسن النية [1] .

---

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٦ فقرة ٣٥٩ .

٧١١ – حق حبس المنقولات : وتنص المادة ٥٨٩ مدني على ما يأتي :

" ١ – يكون للمؤجر ، ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر ، وللمؤجر الحق في أن يمانع في نقلها ، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه ، كان له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق " .

" ٢ – وليس للمؤجر أن يستعمل حقه في الحبس أو في الاسترداد إذا كان نقل هذه الأشياء أمراً اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف من شؤون الحيازة ، أو كانت المنقولات التي تركت في العين المؤجرة أو التي تم استردادها تفي بضمان الأجرة وفاء تاماً " .

ويتمشى حق المؤجر في الحبس مع حق الامتياز المقرر له ، من حيث الحق الممتاز ومن حيث محل الامتياز . ولما كان الحبس من موضوعات عقد الإيجار ، فتكتفي بالإحالة فيه إلى الجزء السادس من الوسيط [1] .

٧١٢ – توقيع الحجز التحفظي : ولم يكتف المشرع بإعطاء المؤجر حق امتياز على منقولات المستأجر وحقاً في حبس هذه المنقولات ، بل دعم هذين الحقين بحق ثالث هو حق توقيع الحجز التحفظي على هذه المنقولات .

وبفضل هذا الحجز التحفظي يستطيع المؤجر أن يجعل حقه في الحبس منتجاً ، إذ يمنع به المستأجر من إخراج منقولات من العين المؤجرة أو يستردها إذا أخرجت . وبفضله أيضاً يستطيع المؤجر أن يجعل حق الامتياز منتجاً ، إذ يمنع به المستأجر من إخراج منقولات من العين المؤجرة أو يستردها إذا أخرجت . وبفضله أيضاً يستطيع المؤجر أن يجعل حق الامتياز منتجاً ، إذ لولاه لاستطاع المستأجر أن يتصرف في المنقولات لحائز حسن النية فيتملكها ويضيع بذلك على المؤجر حق امتيازه ، أما بعد الحجز فلا يجوز للحائز حسن النية أن يحتج بحقه على المؤجر .

وهذا أيضاً من موضوعات عقد الإيجار ، فنكتفي بالإحالة على الجزء السادس من الوسيط .

---

(١) الوسيط ٦ فقرة ٣٦٢ – فقرة ٣٦٣ .

ج – مرتبة الامتياز

٧١٣ – المرتبة السادسة : ومرتبة امتياز المؤجر هي المرتبة السادسة ، بعد المصروفات القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ومصروفات الحفظ والترميم ، وحقوق الامتياز العامة ، ومصروفات الزراعة والآلات الزراعية .

٧١٤ – استثناء الحقوق غير النافذة في حق المؤجر : ويجب استبعاد الحقوق غير النافذة في حق المؤجر باعتباره جائزاً حسن النية من بين الحقوق الخمسة التي تقدم ذكرها ، وهي التي تتقدم امتياز المؤجر .

فامتياز الحفظ والترميم مثلا ، وإن كان يتقدم امتياز المؤجر ، إلا أن امتياز المؤجر يتقدمه إذا دخلت العين التي حفظت أو رممت المكان المؤجر دون أن يعلم المؤجر أن هذه العين يثقلها حق امتياز الحفظ والترميم .

§ ٣ امتياز صاحب الفندق

٧١٥ – التقنين المدني قانوني : نصت المادة ١١٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

" ١ – المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته " .

" ٢ – ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنـــزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا يكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة ، ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندق مادام لم يستوف حقه كاملا . فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية " .

" ٣ – ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر " [1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٦ من المشروع التمهيدي . وأقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية طفيفة حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، تحت رقم ١٢٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٧ – ص ٣١٩) .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن الإقامة والمؤونة وما يصرف لحسابه ، فيدخل النوم والطعام والشراب للنزيل ومن معه وكذلك ما أعطى له قرضاً ، وذلك عن آخر مرة نزل فيها لا عن المرات السابقة . وقد يكون النـــزيل من نفس البلد ، ولذلك تجنب المشرع كلمة سائح .

محل الامتياز : الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو في مكان ملحق ، ويدخل في الأمتعة المجوهرات . ويثقل الامتياز الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل ، مادام صاحب

- التقنين المدني السابق : م ٦٠١ البند الثامن / ٧٢٧ البند السابع : المبالغ المستحقة لأصحاب الخانات من السائحين النازلين فيها ، وتدفع من ثمن الأشياء المودعة لهم فيها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٢٣ : ١ — المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته . ٢ — ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون هذه الأمتعة مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه ، مادام لم يستوف حقه كاملا ، فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . ٣ — ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر .

التقنين الليبي : م ١١٤٨ : ١ — المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته . ٢ — ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون هذه الأمتعة مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه ، مادام لم يستوف حقه كاملا ، فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية . ٣ — ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر .

التقنين العراقي م ١٣٧٣ : ١ — المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها حق امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته . ٢ — ويقع حق الامتياز حتى على الأمتعة غير المملوكة للنزيل ، إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها ، بشرط ألا تكون هذه الأمتعة مستحصلة عن جريمة أو ضائعة . ٣ — وإذا نقلت الأموال المثقلة بحق الامتياز من الفندق على الرغم من معارضة صاحبه أو دون علمه ، بقي حق الامتياز قائماً على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي يكسبه الغير حسن النية على هذه الأموال . ٤ — وامتياز هذه الديون له نفس المرتبة التي لامتياز الديون المستحقة للمؤجر ، فإذا تزاحم الامتيازان قدم الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر بسبب الحيازة المقترنة بحسن النية .

الفندق لا يعلم أنها مملوكة لغيره ، هذا ما لم تكن مسروقة أو ضائعة فلصاحبها أن يستردها في ثلاث سنوات .

وإذا نقلت المنقولات بغير رضاء صاحب الفندق كان له أن يستردها ، إلا إذا كسب الغير حقاً يكون نافذاً قبله . وليس لصاحب الفندق توقيع حجز استحقاقي كالمؤجر .

مرتبة الامتياز : هي نفس مرتبة المؤجر ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخر . فإذا أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر ونزل بها في فندق صاحبه لا يعلم أن للمؤجر امتيازاً على هذه الأمتعة ، وحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً في الميعاد ، فأن امتياز المؤجر وهو الأسبق في التاريخ هو الذي يقدم . أما إذا لم يحجز المؤجر ، فإن امتيازه لا يكون نافذاً بالنسبة لصاحب الفندق فيقدم امتياز هذا الأخير . كذلك إذا أخرج النزيل أمتعة ووضعها في عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتيازه مقدماً ، لأن امتياز صاحب الفندق ، وهو الأسبق في التاريخ ، لا ينفذ في حقه " [1] .

٧١٦ – الحق الممتاز : وهذا الامتياز خاص بأصحاب الفنادق ، فلا ينطبق على أصحاب المقاهي ، ولا على أصحاب المطاعم ، ولا على أصحاب الحانات . والمهم أن يقدم صاحب الفندق مأوى للنوم ، سواء قدم طعاماً أو غير ذلك أو لم يقدم . والذين يقدمون الطعام ، أو الشراب ، دون المأوى ، غير المأوى ، غير ممتازين [2] . أما أصحاب المنازل المفروشة فقد اختلف في شأنهم ، فبعض يرى أن لهم امتيازاً وإن لم يقوموا بتقديم الطعام [3] ، وبعض يرى أنه لا يكون لهم الامتياز المؤجر [4] ولا يكون لهم امتياز صاحب الفندق إلا إذا قبلوا كل من يتقدم إليهم وقاموا أيضاً بتقديم الطعام لأن المنزل المفروش يعتبر عندئذ فندقاً [5] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١٨ – ص ٣١٩ .

(٢) جيوار فقرة ٤٢٤ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦١ هامش ٧٦ ثالثاً – بودري ودي لوان فقرة ٥٤٢ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٧ – جرانمولان فقرة ٧١١ .

(٣) هيك ١٣ فقرة ١٠٥ – لوران ٢٩ فقرة ٥٠٦ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦١ هامش ٧٦ ثالثاً – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١١١٣ – بودري ودي لوان فقرة ٥٤٣ .

(٤) دي هلتس فقرة ١٤٣ .

(٥) جيوار فقرة ٤٢٦ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٧ .

والحق الممتاز هو ما يستحق لصاحب الفندق أجرة للمأوى ، وثمن الطعام والشراب وسائر المؤن التي تقدم للنزيل وتوابعه الذين يحضرون معه والحيوانات التي يحضرها ، وما أعطى للنزيل قرضاً [١] .

والنزيل هو السائح والمسافر وكل من ينزل الفندق ولو كان من نفس البلد ، ولذلك تجنب القانون كلمة سائح [٢] .

ولا يضمن الامتياز إلا المبالغ المستحقة من النزيل في أثناء إقامته الحالية ، لا في المرات السابقة [٣] . ولا تهم المدة ، ولو كانت طويلة [٤] .

٧١٧ – محل الامتياز : ويقع الامتياز على الأمتعة والأشياء التي يحضرها النزيل معه ، وما يحضره توابع النزيل من زوجة وأولاد وخدم [٥] . وقد تكون هذا الأشياء مملوكة لآخرين، فيقع عليها الامتياز مع ذلك مادام صاحب الفندق يعتقد بحسن نية أنها مملوكة للنزيل ولأتباعه [٦] . أما إذا كان يعرف الحقيقة ، أو كانت الأشياء مسروقة أو ضائعة حيث يستردها ملكها في ثلاث سنوات فلا امتياز عليها [٧] .

وأمثلة الأمتعة التي يحضرها النزيل وتوابعه في الفندق أو ملحقاته الملابس (عدا ما يكون عليه) والبضائع والمجوهرات والعربات والسيارات والخيل والحيوانات الأخرى والنقود وما يأتي به النزيل في أثناء إقامته [٨] ، ولكن لا يقع الامتياز على السندات وسائر المنقولات غير المادية لأنها لا تعتبر أمتعة [٩] .

وليس لصاحب الفندق توقيع حجز استحقاقي كالمؤجر ، وإذا نقلت المنقولات بغير رضائه كان له أن يستردها إلا إذا كسب الغير حقاً يكون نافذاً قبله .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدي فقرة ٧١٥ .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدي فقرة ٧١٥ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦١ هامش ٧٩ – بودري ودي لوان فقرة ٥٤٨ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٨.

(٤) محمد كامل مرسي فقرة ٤٦٦ ص ٦١١ .

(٥) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٦ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١١١٥ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٩ .

(٦) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٧ .

(٧) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٨ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ .

(٨) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٨ .

(٩) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٦٩ .

ويفقد صاحب الفندق امتيازه على الأشياء التي ينقلها النزيل من الفندق ، ولو خفية، ولكن إذا سرقت الأمتعة من الفندق كان لصاحب الفندق أن يستردها ولو كان الذي انتقلت إليه حسن النية [1] . ولصاحب الفندق الحق في حبس أمتعة النزيل [2] .

٧١٨ – مرتبة الامتياز : هي نفس مرتبة امتياز المؤجر ، أي المرتبة السادسة . وإذا تزاحم الحقان ، قدم الأسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر .

فإذا أخرج المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة دون علم المؤجر نزل بها في فندق صاحبه حسن النية لا يعلم أن هذه الأمتعة مثقلة بامتياز المؤجر ، ولم يحجز المؤجر حجزاً استحقاقياً في الميعاد ، قدم امتياز صاحب الفندق .

كذلك إذا أخرج النزيل أمتعته من الفندق ووضعها في عين مؤجرة ، وكان المؤجر حسن النية ، كان امتياز المؤجر هو المقدم [3] .

٧١٩ – حق التتبع : وإذا خرجت الأمتعة من الفندق برضاء صاحبه أو بعلمه، انقضي الامتياز . أما إذا خرجت دون علم صاحب الفندق ، أو بالرغم من معارضته ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها ، ويجوز لصاحب الفندق تتبعها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية .

§ ٤ – امتياز بائع المنقول

٧٢٠ – نص قانوني : نصت المادة ١١٤٥ مدني على ما يأتي :

" ١ – ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية " .

" ٢ – ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقولة ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق " [1] .

---

(١) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٩ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٥٤٩ .

(٣) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ٧١٥ .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : ثمن المبيع وملحقاته من فوائد ومصروفات ، وذلك ما أقرض للمشترى وحل المقرض محل البائع باتفاق معه ، ولم ينص المشروع على هذه الحالة اكتفاء بالقواعد العامة . ولا يدخل في نطاق الامتياز التعويض ، أو أي دين آخر مستحق بعقد البيع غير ما تقدم (وهذا بخلاف ما ذكر بالنسبة لعقد الإيجار في امتياز المؤجر) .

محل الامتياز : المنقول المبيع مادام محتفظاً بذاتيته ، ولم يكسب عليه الغير حقاً ينفذ قبل البائع ، ومادام المشترى لم يفلس وإلا حرم البائع الامتياز والفسخ طبقاً لقواعد القانون التجاري .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٧ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٤٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٠ — ص ٣٢٢) .

التقنين المدني السابق : م ٦٠١ البند السابع / ٧٢٧ البند السادس : ثمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المدفوع من غير المشترى بعقد ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي المخصص لأداء الثمن المذكور تخصيصاً صريحاً ، ويكون امتياز هذا وهذا على الشيء المبيع مادام في ملك المشترى إذا كان منقولا ، مع عدم الإخلال بالأصول المتعلقة بالمواد التجارية . فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح . ولا يجرى مقتضى هذا الامتياز إلا على حسب الدرجة التي تترتب له بناء على تاريخ التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٢٤ : ١ — ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية . ٢ — ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كان يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

التقنين الليبي : م ١١٤٩ : ١ — ما يستحق لبائع من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية . ٢ — ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كان يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

التقنين العراقي م ١٣٧٦ : ١ — ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له حق امتياز على المبيع ، ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية ، ومع مراعاة الأحكام الخاصة بالة نمايا التجارية . ٢ — ويكون حق الامتياز هذا تالياً في المرتبة مباشرة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز ، إلا أنه يسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كان يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

مرتبة الامتياز : يأتي هذا الامتياز بعد الامتيازات السابقة ، ويسرى في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا كان هذان يعلمان به " [1] .

٧٢١ – الحق الممتاز : في جميع أحوال بيع المنقول التي لم يدفع فيها الثمن كله أو بعضه ، سواء كان المنقول المبيع مادياً أو معنوياً [2] . وينشأ بمجرد نقل المبيع إلى المشترى ، وبقاء جزء من الثمن في ذمة المشترى .

ويضمن الامتياز ثمن المبيع أو الباقي منه ، وملحقاته كنفقات المطالبة بالثمن والفوائد والمصروفات التي يكون البائع قد عجلها لحساب المشترى .

ولا يضمن غير الثمن والملحقات المستحقة بعقد البيع ، فلا يضمن التعويضات كما في امتياز المؤجر .

ولا يثبت الامتياز لبائع ملك الغير ، ولا لبائع الأشياء المثلية قبل نقل ملكيتها بفرزها، ولا لبائع المنقول المفرز الذي احتفظ البائع بملكيته إلى سداد جميع ثمنه .

وتعتبر حوالة الحق في حكم البيع ، وكذلك الوفاء بمقابل إذا وجب على الدائن أن يدفع للمدين فرقاً ، وكذلك المقايضة بالنسبة إلى فرق القيمة .

٧٢٢ – محل الامتياز : ويقع الامتياز على المنقول المبيع ، سواء كان مادياً أو معنويا .

ويبقى المنقول المبيع محلا للامتياز ، مادام محتفظاً بذاتيته [3] . فإذا أضاع المنقول معالمه الأصلية ، كأن يصنع الدقيق خبزاً أو تصنع الحنطة دقيقاً أو أدمج المنقول في عقار فصار عقاراً بطبيعته ، فإن الامتياز يزول [4] . أما إذا تغيرت حالة المنقول دون أن يفقد ذاتيته ، كما إذا صنع الخشب أثاثاً أو حيك القماش ثوباً أو صار المنقول عقاراً بالتخصيص ، فإن ذلك لا يمنع بقاء الامتياز عليه [5] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢١ – ص ٣٢٢ .

(٢) بيدان وڤواران فقرة ٥١٣ – پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ١٨٩ .

(٣) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥١ .

(٤) بيدان وڤواران فقرة ٥١٢ – الإسكندرية مستعجل ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٣ ص ١٢٢٩ .

(٥) بيدان وڤواران فقرة ٥١٢ – استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥١ .

٧٢٣ – مرتبة الامتياز : وللامتياز مرتبته السابقة ، بعد امتياز المؤجر وصاحب الفندق . فإذا كان المؤجر أو صاحب الفندق يعلم بامتياز بائع المنقول وقت وضع المنقول عنده ، فإن امتياز بائع المنقول يتقدم على امتياز المؤجر أو صاحب الفندق .

٧٢٤ – حق التتبع : ويتتبع البائع المنقول في أي يد يكون ، بعد احترام الحقوق التي كسبها الغير عليه بحسن نية .

وقد يكسب الغير حقوقاً على المنقول بصفة مستقلة ، كما إذا باع مشترى المنقول إلى مشتر ثان وتسلم المشترى الثاني المنقول وهو حسن النية [١] .

وقد يكسب الغير حقوقاً على المنقول بصفة تبعية ، كما إذا أصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ورهن مع العقار الأصلي فإن حق الدائن المرتهن ، إذا كان هذا حسن النية ، يتقدم على امتياز بائع المنقول [٢] .

§ ٥ – امتياز المتقاسم في المنقول

٧٢٥ – نص قانوني : نصت المادة ١١٤٦ مدني على ما يأتي :

" ١ – للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ،وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل " .

" ٢ – وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ " [٣] .

---

(١) بيدان وقواران فقرة ٥١١ .

(٢) أنظر في هذا الامتياز بصفة خاصة ،استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٥٦ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٨ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٣ – ص ٣٢٤) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل

التقنينات المدنية العربية الأخرى : =

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : الالتزامات التي تنشأ من عقد القسمة وهي ثلاثة : ضمان الاستحقاق والالتزام بدفع المعدل والالتزام بدفع ثمن التصفية ، وامتياز المتقاسم في المنقول استحدثه المشروع ، ولا يوجد في التقنين الحالي (السابق) .

محل الامتياز : هي مرتبة امتياز البائع ، فإذا تزاحما قدم الأسبق ، فإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع ، وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم " [1] .

٧٢٦ – الحق الممتاز : يسرى هذا الامتياز في كل قسمة ، ودية أو قضائية ، كلية أو جزئية ، وأياً كان مصدر الشيوع الإرث أو غيره .

ويضمن الامتياز :

(١) معدل القسمة (solute) ، فهو الفرق ما بين الحصص وجب بعقد القسمة .

(٢) ثمن التصفية (licitation) ، إذا بيع المنقول بالمزاد بين الشركاء . فالراسي عليه المزاد يصبح مديناً لكل شريك آخر بقدر نصيب هذا في المنقول ، ويضمن نصيبه امتياز المتقاسم . أما إذا بيع المنقول لأجنبي غير شريك ، فإن هذا يكون بيعاً ، فيه امتياز البائع .

(٣) التعويض الذي يثبت للمتقاسم الذي استحقت حصته للغير بسبب سابق على القسمة (م ٨٤٤/١ مدني) .

(٤) الفوائد التي يستحقها المتقاسم عن أي مبلغ من المبالغ المتقدمة .

= التقنين السوري : م ١١٢٥ : ١ – الشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وما تقرر لهم فيها من معدل . ٢ – وتكون لامتياز المتقاسم نفس الرتبة التي لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ .

التقنين الليبي : م ١١٥٠ : ١ – الشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل . ٢ – وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ .

التقنين العراقي م ١٣٧٧ : ١ – إذا اقتسم الشركاء منقولا شائعاً بينهم ، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له من معدل يكون مضموناً بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء . ٢ – ولحق الامتياز هذا نفس المرتبة التي لامتياز الديون المستحقة للبائع ، فإذا تزاحم الامتيازان قدم الأسبق في التاريخ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٣ .

٤٢٧ – محل الامتياز : الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب كل متقاسم .

٤٢٨ – مرتبة الامتياز : ويأتي هذا الامتياز في المرتبة السابقة ، مع امتياز البائع .

فإذا بيع منقول ثم اقتسم بين المشترين ، قدم امتياز بائع المنقول على امتياز المتقاسم ، لأن امتياز بائع المنقول أسبق .

وإذا اقتسم منقول ثم باع المتقاسمون حصصهم المفرزة ، قدم امتياز المتقاسم على امتياز بائع المنقول ، لأن امتياز المتقاسم أسبق .

الفصل الثاني

حقوق الامتياز الخاصة

الواقعة على عقار

٧٢٩ – حقوق الامتياز الخاصة العقارية : هذه ثلاثة :

(١) امتياز بائع العقار .

(٢) امتياز المهندسين والمقاولين .

(٣) امتياز المتقاسم في العقار .

وقد نصت المادة ١/١١٣٤ مدني على ما يأتي : " تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو " [1]

ونتابع دراسة حقوق الامتياز الخاصة العقارية متعاقبة .

§ ١ – امتياز بائع العقار

٧٣٠ – نص قانوني : تنص المادة ١١٤٧ مدني على ما يأتي :

" ١ – ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع" .

" ٢ – ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من وقت القيد " [2] .

---

(١) أنظر استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ – ١٥ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٢٨ . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الحكم إذ نفي وجود حق امتياز للطاعن لم يشهر حق امتيازه بالقيد اكتفاء بتسجيل حكم مرسي المزاد ، فإن هذا الذي قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أل ٢٥ عاماً ١ ص ٣٩٥ رقم ٢٤) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨٩ من المشروع التمهيدي (وأضافت لجنة المراجعة فقرة ثالثة لقيد حقوق الامتياز على العقار المبيع وقت العمل بالقانون ، ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم =

وقد ورد في المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : سبق بيانه في امتياز بائع المنقول .

محل الامتياز : العقار المبيع .

مرتبة الامتياز : يجب القيد ولو كان البيع مسجلا ، وقد تلافى المشروع بإيجاب القيد نقصاً معروفاً في التقنين الحالي (السابق) . ومرتبة الامتياز يحددها القيد " [1] .

٧٣١ – الحق الممتاز : يكون هذا الامتياز لبائع العقار . ويترتب على كل بيع حاصل بمحرر رسمي أو عرفي [2] . بالمزاد أو بصفة ودية [3] .

ويضمن الامتياز ثمن العقار المبيع أو الباقي منه ، وملحقاته من فوائد [4] ومن مصروفات [5] ، ولو حرر بها المشترى سندات تحت إذن البائع بشرط أن يذكر في عقد البيع

= ١١٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٦ ، ثم مجلس الشيوخ ، بعد حذف الفقرة الزائدة لورود حكمها في قانون الشهر العقاري تحت رقم ١١٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٥ – ص ٣٢٧) .

التقنين المدني السابق : م ٦٠١ البند السابع / ٧٢٧ البند السادس : ثمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المدفوع من غير المشترى بعقد ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي المخصص لأداء الثمن المذكور تخصيصاً صريحاً ، ويكون امتياز هذا وهذا على الشيء المبيع مادام في ملك المشترى إذا كان منقولا ، مع عدم الإخلال بالأصول المتعلقة بالمواد التجارية . فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح . ولا يجرى مقتضى هذا الامتياز إلا على حسب الدرجة التي تترتب له بناء على تاريخ التسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٢٦ : ١ – ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع . ٢ – ويجب أن يقيد الامتياز ، وتكون له مرتبته من وقت القيد .

التقنين الليبي : لا شيء .

التقنين العراقي م ١٣٧٨ : ١ – ما يستحق لبائع العقار أو مفرغه من الثمن وملحقاته له حق امتياز على العقار المبيع أو المفرغ . ٢ – ويجب ذكر حق الامتياز في سجل الطابو ، وتكون له مرتبته من وقت التسجيل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٦ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ٥٧٤ – أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٣ ص ٢٨١ .

(٣) بودري ودي لوان فقرة ٥٧٤ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٢٦ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ – استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٢ .

(٥) بيدان وفواران فقرة ٥٩٣ – شفيق شحاته ٣ فقرة ١٨٨ .

تحرير هذه السندات [1] . ولا يعتبر تحرير السندات تحديدا للدين [2] . ويضمن الامتياز الثمن ولو كان إيراداً مؤبداً ، أو لمدى الحياة . وينشأ الامتياز بقوة القانون [3] ، فإذا احتفظ البائع بالملكية إلى حين استيفائه فلا يكون له حق الامتياز .

وإذا أخذ الشفيع المبيع بالشفعة ، حل محل المشترى ، ويكون للبائع في هذه الحالة حق امتياز البائع [4] .

ومتى كان المبيع عقاراً ، فيستوي أن يكون مادياً أو معنوياً [5] .

ولا يكون ممتازاً إلا ثمن العقار الذي يجوز بيعه بالمزاد ، كالعقار نفسه أو حق الانتفاع به ، وليس حق الارتفاق لأنه لا يجوز بيعه بالمزاد استقلالا [6] .

وإذا استحق البائع قبل المشترى غير الثمن والفوائد والمصروفات ، فإن ما يستحقه من ذلك لا يكون ممتازاً ، كالتعويض عن فسخ البيع والتعويض الذي يحكم به للمقايض في مقابل العقار الذي تسلمه في المقايضة إذا استحق لشخص آخر [7] . ولكن الامتياز يضمن زيادة الثمن الذي يحكم بها للقاصر ، في حالة بيع عقاره بغبن فاحش [8] . ويضمن أيضاً الذي يقرض المشترى مبلغاً ليدفع به ثمن العقار ، إذا ذكر ذلك في عقد القرض وفي عقد البيع [9] .

ويعتبر في حكم البيع الوفاء بمقابل والمقايضة إذا كان الموفى له أو أحد المتقايضين ملزماً بدفع فرق ، فيعتبر هذا الفرق في حكم ثمن البيع ويكون مضموناً بالامتياز [10] ، وكذلك بيع العقار على الشيوع بالمزاد لعدم إمكان قسمته إذا رسا المزاد على أجنبي [11] .

---

(١) بيدان وڤواران فقرة ٥٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٠٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ١٧ — ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ .

(٤) شفيق شحاته ٣ ص ١٧٣ هامش ٣ .

(٥) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٦٣٢ .

(٦) جرانمولان فقرة ٧٤٣ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٣٢ — سليمان مرقس فقرة ٣٨٨ ص ٦٢٧ .

(٧) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١ — جرانمولان فقرة ٧٤٠ .

(٨) دي هلتس في البيع فقرة ٢٦٠ — محمد كامل مرسي فقرة ٤٩١ .

(٩) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٦٤٥ — دي هلتس فقرة ٨٢ — فقرة ٨٣ .

(١٠) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١ — بيدان وڤواران فقرة ٥٩٤ .

(١١) پلانيول وريپير وبيكيه فقرة ٦٢٦ . وقد قضي بألا امتياز للمتقايض إلا فيما يعتبر بيعاً ، لأن الامتياز حق استثنائي لا يقاس عليه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢) .

٧٣٢ – محل الامتياز : يقع الامتياز على العقار المبيع ، سواء كان ملكية أو حق انتفاع ، وسواء كان مالا مفرزاً أو حصة شائعة ، وسواء كان بناء أو أرضاً فضاء أو أرضاً زراعية [١] . ويشمل الامتياز الملحقات ، كالعقارات والمنشآت والتحسينات والثمار من وقت تسجيل نزع الملكية [٢] .

ويرد الامتياز على كل العقار ، ولو كان أكثر من الثمن .

وإذا باع المنتفع حق الانتفاع وباع المالك الرقبة ، فبائع حق الانتفاع لا يكون له امتياز إلا على هذا الحق ولو آلت الرقبة إلى مشترى حق الانتفاع . أما بائع الرقبة فيرد امتيازه على الملكية كاملة ، لو آل حق الانتفاع إلى الرقبة [٣] .

٧٣٣ – مرتبة الامتياز : ويجب قيد الامتياز ، ولو كان عقد البيع مسجلاً .

ويعين مرتبة الامتياز تاريخ قيده .

وإذا بيع العقار مرات متوالية وبقي لكل من البائعين جزء من الثمن ، فإن البائع الأول يتقدم عمن يتلو ، بشرط أن يكون قد شهر امتيازه قبلهم [٤] [أ] .

§ ٢ – امتياز المهندسين والمقاولين

٧٣٤ – نص قانوني : تنص المادة ١١٤٨ مدني على ما يأتي :

" ١ – المبالغ المستحق للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه "

---

(١) جرانمولان فقرة ٧٤٢ .

(٢) استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٣٩ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٣٦ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٤٤ .

(أ) تسجيل البائع صاحب حق الامتياز تنبيه نزع ملكية العقار المبيع قبل شهر عقد البيع الصادر من المشترى لآخرين ، عدم اعتبار الآخرين حائزين ممن يلزم إخبارهم بإيداع قائمة شروط البيع طبقاً للمادة ٧٥٤ مدني قديم .

(جلسة ١٩٧٥/٥/١٢ الطعن رقم ٨٩ لسنة ٤٠ ق س ٣٦ ص ٩٦٧) ..

" ٢ — ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد " [1] .

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها . فيزيد المشروع على التقنين الحالي (السابق) مصروفات البناء . ويتلافى بذلك نقصاً معروفاً في التقنين الحالي (السابق) .

محل الامتياز : ما زاد في قيمة العقار بسبب هذه الأعمال وبقي قائماً إلى وقت بيع العقار . بخلاف مصروفات الصيانة في المنقول ، فالامتياز يقع على كل المنقول لا على ما زاد فيه بسبب هذه المصروفات ، وقد تقدم ذكر ذلك .

مرتبة الامتياز : يجب قيد الامتياز ، وتتحدد المرتبة من وقت القيد " [2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٩٠ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً طفيفاً فصار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٢٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٩) .

التقنين المدني السابق : م ٧٢٩/٦٠٣ : المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء تكون مقدمة على جميع ما عداها من الديون ، ويكون الترتيب بين تلك المصاريف في المنقولات بعكس ترتيب الصرف عليها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : م ١١٢٧ : ١ — المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ٢ — ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون رتبته من وقت القيد .

التقنين الليبي : م ١١٥١ : ١ — المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو بترميمها أو بصيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت ، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت التصرف فيه . ٢ — ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

التقنين العراقي م ١٣٧٩ : ١ — المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها لها حق امتياز على هذه المنشآت ، بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ٢ — ويجب تحرير سند رسمي بالأعمال التي تمت والمبالغ المستحقة في مقابلها ، وتسجيل الامتياز في دائرة الطابو بناء على هذا السند . وتكون مرتبة هذا الامتياز من وقت التسجيل . ٣ — وفيما يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الأعمال إذا شملها الرهن ، سواء كان هذا الرهن تأمينياً أو حيازياً .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩ .

٧٣٥ – الحق الممتاز : يشمل الحق الممتاز مصروفات البناء وإعادة البناء ، كما يشمل مصروفات الترميم والصيانة ، في حين أن التقنين السابق كان يشمل مصروفات الترميم والصيانة دون مصروفات البناء وإعادة البناء .

والنص مقصور على المقاولين والمهندسين المعماريين .

فلا يستفيد منه مستأجر العقار أو حائزه أو الفضولي إذا قام أي منهم بالبناء أو بالترميم أو بالصيانة . كما لا يستفيد منه العامل الأجير إذا لم يكن مهندساً معمارياً أو مقاولا ، ولكن العامل له امتياز عام هو امتياز الأجراء . ولا يثبت الامتياز للمقاول أو المهندس المعماري الذي يقوم من تلقاء نفسه بأعمال البناء أو الترميم أو الصيانة ، بل يجب أن يعهد إليه صاحب العمل بذلك . وصاحب العمل يكون عادة هو المالك ، ولكن يصح أن يكون مستأجراً ، أو حق انتفاع ، أو دائناً مرتهناً رهن حيازة ، أو واضع اليد .

والامتياز مقصور على المبالغ المستحقة للبناء ، أو إعادة البناء ، أو الترميم ، أو الصيانة . ويرد ذلك على الأبنية ، والطرق ، والآبار ، والقناطر ، وغير ذلك من أعمال التشييد . ولا ينحصر في أصل المبلغ ، بل يمتد أيضاً إلى الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ [1] .

ولكن الامتياز لا يضمن إلا التشييد وما يلحق به كالترميم والصيانة ، فهو لا يضمن إصلاح الأراضي الزراعية والمراوي والمصارف وتجفيف البرك [2] .

٧٣٦ – محل الامتياز : ويرد الامتياز لا على المال كله كما في ترميم المنقول ، بل على ما زاد في قيمة العقار بسبب الأعمال ويبقي قائماً إلى وقت البيع [3] .

ويقدر القاضي مقدار الزيادة التي يباشر عليها الامتياز وقت البيع ، وله أن يستعين في ذلك بخبراء .

ويقتصر الامتياز على جزء من ثمن العقار يقابل ما هو باق وقت بيعه من قيمة الزيادة التي حصلت بسب الأعمال .

---

(١) شفيق شحاته ٣ فقرة ١٩٢ .

(٢) بيدان وقواران فقرة ٦٠٠ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٣٠ – شفيق شحاته ٣ فقرة ١٩٢ – محمد علي إمام فقرة ١٨١ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٦٤ – محمد كامل مرسي فقرة ٤٩٩ – سليمان مرقس فقرة ٣٩٥ ص ٦٣٥.

ومتى عين قدر الزيادة على هذا الوجه ، فهذه الزيادة تضمن كل جزء من استحقاق المهندس أو المقاول ، وكذلك كل استحقاق المهندس أو المقاول مضمون بكل جزء من هذه الزيادة .

٧٣٧ – شهر الامتياز : ويقيد هذا الامتياز ويكون القيد بموجب قائمة كقائمة الرهن أو الاختصاص [1] ، يبين فيها مقدار الدين الممتاز ، ويرفق بها ما يؤيده من مستندات كعقد محاسبة أو إقرار من المدين أو حكم قضائي .

ويجب أن تكون هذه المستندات مصدقاً فيها على توقيع المدين .

٧٣٨ – مرتبة الامتياز : وإذا أجري القيد ، كانت مرتبة الامتياز من وقت إجرائه .

وإذا تزاحم الامتياز مع أي حق عيني آخر على العقار ، قدم الأسبق منهما في تاريخ شهره .

وإذا نشأ الامتياز بسبب أعمال أجريت في عقار مرهون ، فإن المادة ١٠٣٦ مدني تقضي بأن امتداد الرهن إلى ما يلحق العقار المرهون من تحسينات وإنشاءات تعود بمنفعة على المالك مقيد بعدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمهندسين والمقاولين .

وعلى ذلك تكون الأولوية للامتياز ، ولو أن الرهن أسبق في تاريخ القيد [1] .

§ ٣ – امتياز المتقاسم في العقار

٧٣٩ – نص قانوني : تنص المادة ١١٤٩ مدني على ما يأتي :

" للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه ، تأميناً لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين ، بما في ذلك المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يشهر هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد " [2] .

---

(1) الامتياز المقرر في المادة ١١٤٨ من القانون المدني للمقاولين على المنشآت التي عهد إليهم في تشييدها نظير المبالغ المستحقة لهم لا يسري على الغير إلا إذا أشهر بالقيد .
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق س ٢٠ ص ١٠٠٢) .

(١) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٤٢ – محمد علي إمام فقرة ٤٨٣ – سليمان مرقس فقرة ٣٩٦ ص ٦٣٨ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٩١ من المشروع التمهيدي . وعدلته لجنة المراجعة تعديلا لفظياً طفيفاً حتى صار مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ثم وافقت عليه تحت رقم ١٦٥٣ في –

وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، في خصوص هذا النص ، ما يأتي :

" **الحق الممتاز** : سبق بيانه في امتياز المتقاسم في المنقول .

محل الامتياز : الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب كل متقاسم كما في المنقول .

مرتبة الامتياز : يجب قيد الامتياز ، وتتحدد المرتبة من وقت القيد " [1] .

٧٤٠ – الحق الممتاز : يضمن الامتياز حقوق كل من المتقاسمين في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، ويستوي في ذلك أن تكون القسمة كلية أو جزئية ، ودية أو قضائية ، عيناً أو بطريق التصفية .

ويشمل ذلك :

(١) معدل القسمة [2] .

(٢) ثمن التصفية ، أي الثمن الذي يرسو به المزاد على أحد المتقاسمين لعدم إمكان القسمة عيناً [3] .

(٣) التعويض الذي يستحقه أحد المتقاسمين لدى المتقاسمين الآخرين بموجب ضمان الاستحقاق [1] .

= المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٢٣٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣٠ – ص ٣٣١) .

التقنين المدني السابق : م ٧٢٨/٦٠٣ : للشركاء الذين اقتسموا عقاراً شائعاً بينهم حق امتياز على ذلك العقار تأمينا لحقوقهم في رجوع بعضهم على بعض في القسمة ، ويثبت لهم هذا الامتياز بالتسجيل في قلم كتاب المحكمة بغير اقتضاء لشرط خاص ، ويجرى مقتضى الامتياز على حسب الدرجة التي ترتبت له بالتسجيل .

التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين السوري : لا شيء .

التقنين الليبي : لا شيء .

التقنين العراقي م ١٣٨٠ : ١ – إذا اقتسم الشركاء عقارا شائعاً بينهم ، نحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل يكون مضمونا بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة متى وقعت في نصيب باقي الشركاء . ٢ – ويجب تسجيل حق الامتياز هذا في دائرة الطابو ، وتكون مرتبته من وقت التسجيل .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣١ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٢ .

(٣) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ .

(٤) الفوائد عن أي مبلغ من المبالغ المتقدمة [٢] .

٧٤١ – محل الامتياز : فيما يتعلق بمعدل القسمة ، على العقار الذي دفع في نصيب المتقاسم الملزم بدفع المعدل [٣] .

وفيما يتعلق بثمن التصفية ، على العقار الذي بيع بالمزاد إلى أحد المتقاسمين [٤] .

وفيما يتعلق بضمان الاستحقاق ، على جميع العقارات التي حصلت قسمتها بمقدار حصة المتقاسم الأصلية في الشيوع .

٧٤٢ – شهر الامتياز : يجب قيد هذا الامتياز ، ولو كان عقد القسمة مسجلا .

ويكون القيد بموجب قائمة فيبين فيها مقدار معدل القسمة أو الثمن مقدار معدل القسمة أو ثمن التصفية ، ويرفق بها عقد القسمة أو محضر مرسي المزاد .

٧٤٣ – مرتبة الامتياز : ومتى قيد الامتياز ، كانت مرتبته بحسب تاريخ قيده.

تم بحمد الله تعالى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٤ .

(٢) بيدان وفواران فقرة ٥٩٧ . وأنظر ذلك في قسمة المنقول آنفاً فقرة ٧٢٦ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٦٥٧ – كولان وكاپيتان ٢ فقرة ١١٥٥ – جوسران ٢ فقرة ١٧٦٠ .

(٤) بيدان وفواران فقرة ٥٩٨ – بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٩٥٦ .

فهرس

صفحـــة

التأمينات الشخصية والتأمينات العينية ٣
كلمة تمهيدية ٣
الدائن العادي له ضمان عام على جميع أموال المدين ٣
الضمان العام للدائن لا يكفي ٤
التأمينات الخاصة — تأمينات شخصية وتأمينات عينية ٥
مقومات التأمينات الخاصة ٦
قسمان لهذا الجزء العاشر ٨

القسم الأول
التأمينات الشخصية

تمهيـــد ١١
ظهور التأمينات الشخصية قبل ظهور التأمينات العينية ١١
تفوق التأمينات العينية على التأمينات الشخصية ١١
رجوع التأمينات الشخصية إلى الظهور في القانون التجاري ١٢
أنواع التأمينات الشخصية ١٣
خطة البحث في الكفالة ١٤

مقدمـــة ١٥
التعريف بالكفالة — نص قانوني ١٥
التطور التاريخي للكفالة ١٩
خصائص عقد الكفالة ٢٠
الالتزام بتقديم كفيل — نص قانوني ٢٤
ما استحدثه التقنين الجديد في خصوص الكفالة ٣٠

الفصل الأول — أركان الكفالة

المبحث الأول — الالتزام الأصلي المكفول ٣١

صفحة

§ ١ – الالتزام الأصلي المكفول في ذاته ٣٢
مصدر الالتزام المكفول ومحله ٣٢
كفالة الالتزام الصحيح – نص قانوني ٣٣
كفالة الالتزام الباطل ٣٥
كفالة الالتزام القابل للإبطال – نص قانوني ٣٦
كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل – نص قانوني ٤٢
كفالة الالتزام الطبيعي ٤٧
§ ٢ – الالتزام الأصلي المكفول هو الذي يحدد مدى الالتزام الكفيل . ٤٩
تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول ٤٩
التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئاً من الالتزام المكفول
ولكن يجوز أن يكون أهون – نص قانوني ٤٩
شمول الكفالة لملحقات الالتزام المكفول – نص قانوني ٥٣
كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنياً فيما عدا استثناءات معينة –
نص قانوني ٥٦
المبحث الثاني – الاتفاق بين الكفيل والدائن (عقد الكفالة) ٦٠
طرفا الكفالة الكفيل والدائن دون المدين – نص قانوني ٦٠
التراضي بين الكفيل والدائن ٦٢
شكل الكفالة ٦٤
إثبات الكفالة – نص قانوني ٦٦
أهلية الكفالة ٦٧
عيوب الرضاء في الكفالة ٦٩
الكفالة المعلقة على شرط أو المقترنة بأجل ٧٠
لا يجوز للمدين أن يسوى مركز الكفيل بعد الكفالة ٧١
مدى التزام الكفيل وتفسير الكفالة ٧٢

الفصل الثاني – آثار الكفالة

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن والعلاقة فيما بين الكفيل والمدين
وبينه وبين الملتزمين بالدين ٧٥

صفحـــة

المبحث الأول – العلاقة فيما بين الكفيل والدائن ٧٥
الكفيل غير المتضامن والكفيل المتضامن ٧٥
المطلب الأول – الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين .. ٧٥
متى يطالب الدائن الكفيل ٧٥
بماذا يطالب الدائن الكفيل – التقسيم – نص قانوني ٧٧
تعدد الكفلاء بعقد واحد ٧٨
تعدد الكفلاء بعقود متوالية ٨٠
الدفوع التي يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه ٨١
الدفوع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا – نص قانوني ٨٢
تمسك الكفيل بالدفوع التي يحتج بها المدين – نص قانوني ٨٩
الدفوع الخاصة بالكفيل ٩٤
الدفع بالتجريد – نص قانوني ٩٥
شروط الدفع بالتجريد ٩٨
الآثار التي تترتب على الدفع بالتجريد – نص قانوني ١٠٦
صورة خاصة للدفع بالتجريد : دفع بتجريد التأمين العيني قبل التنفيذ على أموال الكفيل – نص قانوني ١٠٩
ما يلتزم به الدائن عند استيفائه الدين من الكفيل – نص قانوني ١١٣
كفيل الكفيل – نص قانوني ١١٥
المطلب الثاني: الكفيل متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين ١١٨
تضامن الكفيل مع المدين – نص قانوني ١١٨
تضامن الكفلاء فيما بينهم ١٢٢
تطبيق أحكام التضامن ١٢٣
الكفيل المتضامن والكفيل العادي – حرمان الكفيل المتضامن من حق التجريد – نص قانوني ١٢٥
الكفيل المتضامن والمدين المتضامن – أوجه الدفع التي يستطيع أن يحتج بها كل منها – نص قانوني ١٢٦
المبحث الثاني – العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بينه وبين الملتزمين بالدين ١٣١
المطلب الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والمدين ١٣١

صفحـــة

الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ١٣١

§ ١ – رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ١٣٢

نصوص قانونية ١٣٢

أي كفيل يرجع على المدين بالدعوى الشخصية ١٣٤

الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى الشخصية ١٣٦

الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بالدعـــوى الشخصية ١٤٠

ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل المدين كاملا ١٤٥

ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في الدعوى الشخصية إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين ١٥٠

§ ٢ – رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ١٥١

نص قانوني ١٥١

أي كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين ١٥٢

الشروط الواجب توافرها لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول. ١٥٣

ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفى الدين كاملا ١٥٥

ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلـــول إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين ١٥٩

موازنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية ١٦٠

§ ٣ – رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين ١٦١

نص قانوني ١٦١

مدينون متضامنون ضمنهم الكفيل جميعاً ١٦٢

مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم ١٦٣

المطلب الثاني : العلاقة فيما بين الكفيل والملتزمين بالدين ١٦٦

المقصود بالملتزمين بالدين ١٦٦

§ ١ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه ١٦٦

صفحـــة

نص قانوني ١٦٦
الحالة الأولى – تعدد الكفلاء وانقسام الدين بينهم ١٦٧
الحالة الثانية – تعدد الكفلاء مع التضامن أو التضامم فيما بينهم ... ١٦٨
رجوع الكفيل الذي وفى الدين على كل من الكفـــــلاء الآخرين –
أساس هذا الرجوع ١٦٩
شروط هذا الرجوع ١٧٠
مقدار ما يرجع الكفيل به ١٧١

§ ٢ – رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفيل العيـــــني وعلى الحائز على العقار ١٧٣
رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفيل العيني ١٧٣
رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الحائز للعقار ١٧٥

الفصل الثالث – انقضاء الكفالة

انقضاء الكفالة بطريق تبعي وانقضاؤها بطريق أصلي ١٧٦

المبحث الأول – انقضاء الكفالة بطريق تبعي ١٧٦
كيف ينقضي الدين المكفول ١٧٦
انقضاء الدين المكفول بالوفاء ١٧٦
انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل – نص قانوني ١٧٨
انقضاء الدين المكفول بالتجديد ١٨١
انقضاء الدين المكفول بالمقاصة ١٨٣
انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة ١٨٤
انقضاء الدين المكفول بالإبراء ١٨٦
انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ ١٨٨
انقضاء الدين المكفول بالتقادم ١٨٩
انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو بإبطاله ١٩١

المبحث الثاني – انقضاء الكفالة بطريق أصلي ١٩١
كيف تنقضي الكفالة بطريق أصلي ١٩١

صفحـــة

المطلب الأول – انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفـــول بسبب من
من أسباب انقضاء الالتزام ١٩٢
أسباب انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول ١٩٢
انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة ١٩٣
انقضاء التزام الكفيل بالإبراء ١٩٣
انقضاء التزام الكفيل بالتقادم ١٩٤
المطلب الثاني – أوجه خاصة بالكفالة دون غيرها ١٩٥
أوجه ثلاثة خاصة بالكفالة ١٩٥
(١) براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات . ١٩٦
نص قانوني ١٩٦
الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم ١٩٧
الأساس الذي تقوم عليه براءة ذمة الكفيل ١٩٩
الخطأ الذي يرتكبه الدائن ١٩٩
الضمانات التي يضيعها الدائن بخطأه ٢٠١
الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل ٢٠٢
(٢) براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين . ٢٠٤
نص قانوني ٢٠٤
لا تبرأ ذمة الكفيل لعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ٢٠٥
وجوب إنذار الكفيل للدائن ٢٠٦
ما الذي يترتب على إنذار الكفيل للدائن ٢٠٧
(٣) عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين ٢٠٨
نص قانوني ٢٠٨
إفلاس المدين أو إعساره قبل حلول الدين المكفول ٢٠٩

القسم الثاني
التأمينات العينية

تمهيـــد ٢١٥
كيف يتقدم الدائن ذو التأمين العيني على الدائن العادي ٢١٥

صفحـــة

الفروق ما بين الرهون وحقوق الامتياز ٢١٦
ظهور الرهون الرسمية على المنقولات ٢١٨
التأمينات العينية في التقنين المدني المصري ٢١٨

الباب الأول – الرهن الرسمي

تعريف الرهن الرسمي – نص قانوني ٢١٩
خصائص حق الرهن الرسمي ٢٢١
الرهن الرسمي حق عيني عقاري ٢٢١
الرهن الرسمي حق تبعي ٢٢٢
الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة ٢٢٣
خطة البحث ٢٢٤

الفصل الأول – إنشاء الرهن الرسمي

الشكل والموضوع ٢٢٥
المبحث الأول – إنشاء الرهن الرسمي من ناحية الشكل ٢٢٦
نص قانوني ٢٢٦
أهمية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمي ولإنشاء هذا العقد لحق رهن رسمي ٢٢٨
المقصود بالرسمية في هذا الصدد ٢٢٩
الجزاء على تخلف الرسمية ٢٣٠
إبرام عقد الرهن الرسمي خارج مصر ٢٣٠
نفقات عقد الرهن الرسمي ٢٣٢
التوكيل في الرهن الرسمي ٢٣٣
الوعد بالرهن الرسمي ٢٣٤
المبحث الثاني – إنشاء الرهن الرسمي من ناحية الموضوع ٢٣٦
تطبيق القواعد العامة ٢٣٦
خطة البحث ٢٣٨
المطلب الأول – الراهن وملكيته للعقار المرهون وأهليته للتصرف فيه .. ٢٣٨
نص قانوني ٢٣٨

صفحـــة

§ ١ – ملكية الراهن للعقار المرهون ٢٣٩
وجوب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ٢٣٩
رهن ملك الغير – نص قانوني ٢٤٠
رهن ملك الغير في التقنين المدني الفرنسي ٢٤٢
رهن ملك الغير في التقنين المدني المصري السابق ٢٤٣
بطلان بيع ملك الغير في التقنين المدني المصري الجديد ٢٤٤
رهن الملك المستقبل – نص قانوني ٢٤٨
رهن المالك الظاهر ٢٤٩
رهن المشترى للعقار قبل تسجيل عقد شرائه ٢٥٢
رهن الوارث قبل سداد ديون التركة ٢٥٢
رهن من تقرر بعد الرهن إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغـــاؤه أو زواله لأي سبب آخر – نص قانوني ٢٥٣
رهن العقار الشائع – نص قانوني ٢٥٩
رهن جميع الشركاء للعقار الشائع ٢٥٩
رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع ٢٦٣
رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع ٢٦٦
رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع ٢٦٧
§ ٢ – أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون وأهلية الدائن المرتهن ٢٦٩
وجوب توافر أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون ٢٦٩
أهلية المدين الراهن ٢٦٩
أهلية الدائن المرتهن ٢٧٢
الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن ٢٧٤
الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن ٢٧٥
الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني ٢٧٥
المطلب الثاني – تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ومن حيث الالتزام المضمون ٢٧٧
كيف نشأ مبدأ تخصيص الرهن ٢٧٧
§ ١ – تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ٢٧٨
نص قانوني ٢٧٨

صفحة

وقوع الرهن الرسمي على عقار يصح التكامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلني ٢٧٩
تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ٢٨٢
شمول الرهن لملحقات العقار المرهون — نص قانوني ٢٨٣
شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار — نص قانوني ٢٨٨
رهن المباني القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً — نص قانوني ٢٩٠
§ ٢ — تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون ٢٩٣
وجوب تحديد الدين المضمون تحديداً دقيقاً ٢٩٣
كيفية تحديد الدين المضمون — نص قانوني ٢٩٣
عدم قابلية الرهن للتجزئة — نص قانوني ٢٩٦
عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون — نص قانوني ٣٠٠

الفصل الثاني — آثار الرهن الرسمي

آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ٣٠٣
الفرع الأول — آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين ٣٠٣
آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن وفيما يتعلق بالدائن المرتهن ٣٠٣
المبحث الأول — آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن ٣٠٣
§ ١ — التزامات الراهن ٣٠٣
التزامان ٣٠٣
إنشاء الراهن لحق الرهن ٣٠٤
ضمان الراهن لسلامة حق الرهن — نص قانوني ٣٠٥
هلاك العقار المرهون أو تلفه — نص قانوني ٣٠٧
حلول الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه محل العقار المرهون حلولا عينياً — نص قانوني ٣١٠
§ ٢ سلطة الراهن عل العقار المرهون ٣١٣
عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار المرهون ولا من حيازته في الرهن الرسمي ٣١٣
حق الراهن في التصرف في العقار المرهون — نص قانوني ٣١٣

صفحة

التصرف في العقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المآل ٣١٥
التصرف في العقارات بالتخصيص ٣١٦
حق الراهن في استغلال العقار المرهون — نص قانوني ٣١٨
إيجار العقار المرهون ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن — نص قانوني . ٣١٩
قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ونفاذ ذلك في حق الدائن المرتهن — نص قانوني ٣٢٢
بيع الثمار قبل جنيها ٣٢٤
حق الراهن في استعمال العقار المرهون ٣٢٥
المبحث الثاني — آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالدائن المرتهن ٣٢٦
نصوص قانونية ٣٢٦
تنفيذ الدائن المرتهن بالحق الذي له ٣٢٨
التنفيذ على الكفيل العيني ٣٢٩
بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء ٣٣٢
بطلان شرط بيع العقار المرهون دون إجراءات ٣٣٤
الفرع الثاني — أثر الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير ٣٣٥
ما هو المقصود بالغير هنا ٣٣٥
يجب قيد الرهن الرسمي أولا حتى يستطيع الدائن المرتهن استعمال حق التقدم وحق التتبع بالنسبة إلى الغير — نص قانوني ٣٣٦
المبحث الأول — قيد الرهن الرسمي ٣٣٩
نص قانوني ٣٣٩
§ ١ — إجراء القيد ٣٤١
وجوب قيد الرهن حتى يكون حجة على الغير ٣٤١
اختلاف القيد عن التسجيل ٣٤٣
أين يجرى القيد ٣٤٤
طالب القيد ٣٤٤
ضد من يكون القيد ٣٤٥
تقديم طلب القيد والتأشير على المحرر بصلاحيته للشهر ٣٤٦
البيانات القانونية الواجب ذكرها في قائمة القيد ٣٤٧

صفحـــة

الدائن ٣٤٨
المدين ٣٤٩
سند المدين ٣٤٩
الدين المضمون ٣٤٩
العقار المرهون ٣٥٠
جزاء عدم الدقة في ذكر مقدار الدين المضمون ٣٥١
جزاء تخلف بعض البيانات الأخرى أو الخطأ فيها ٣٥٢
الحوادث التي تقف إجراء القيد أو تمنع نفاذه ٣٥٤
الإفلاس ٣٥٦
تسجيل تنبيه نزع الملكية ٣٥٨
الإعسار ٣٦٠
موت الراهن ٣٦٢
ما يضمنه القيد الأصلي من المصروفات ٣٦٣
ما يضمنه القيد الأصلي من الفوائد ٣٦٤
القيود المصححة ٣٦٧

§ ٢ – تجديد القيد ٣٦٧

وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات ٣٦٧
حساب الميعاد في تجديد القيد ٣٦٨
الحكمة في التجديد ٣٦٨
جزاء التجديد ٣٦٩
جزاء عدم التجديد ٣٦٩
إجراءات التجديد ٣٧١
تجديد القيد واجب حتى في أثناء الإجراءات التي تتخذ لنزع ملكيـــة العقار المرهون ٣٧٢
وجوب تجديد الحائز لقيد الرهن ٣٧٣
الفرق بين القيد الأصلي وتجديد القيد ٣٧٤
مصروفات التجديد ٣٧٤
التأشير على هامش القيد ٣٧٤

صفحـــة

§ ٣ – محو القيد وإلغاء المحو ٣٧٦
محو القيد ٣٧٦
طريقان للمحو ٣٧٧
المحو الاختياري ٣٧٧
المحو القضائي ٣٧٩
كيف يكون المحو ٣٨٠
ما يترتب على المحو ٣٨٠
مصروفات المحو ٣٨١
إلغاء المحو بعد حصوله ٣٨١
الدعوى القضائية بإلغاء المحو ٣٨٢
الدعوى دائماً ضرورية في إلغاء المحو – مصروفات الدعوى ٣٨٢
إجراء إلغاء المحو – التأشير الهامشي ٣٨٣
ما يترتب على الحكم بإلغاء المحو ٣٨٣
مرتبة الدائن الذي محي قيده ثم ألغى المحو ٣٨٤
المبحث الثاني : استعمال حق التقدم وحق التتبع ٣٨٥
متى يستعمل حقا التقدم والتتبع ٣٨٥
المطلب الأول : حق التقدم ٣٨٥
ترتيب الدائنين ٣٨٥
§ ١ – الدين المضمون ٣٨٧
الدين المضمون بالرهن يشمل أولا أصل الدين ٣٨٧
الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلة ٣٨٧
الإيراد المرتب مدى الحياة ٣٨٩
ملحقات الدين المضمون بالرهن – نص قانوني ٣٨٩
التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن آخر مرتهن رهناً رسمياً ... ٣٩١
التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن له حق امتياز عام ٣٩١
التزاحم بين دائن مرتهن رهناً رسمياً ودائن مزود بتأمين عقاري خاص. ٣٩١
§ ٢ – المال المرهون ٣٩٣
المال الذي حل محل العقار المرهون ٣٩٣
مبلغ التعويض ٣٩٣

صفحـــة

عوض التأمين ٣٩٤
مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ٣٩٤
ثمن العقار وملحقاته ٣٩٦
التزاحم بين حق الدائن المرتهن وحق امتياز بائع المنقول الملحق بالعقار المرهون باعتباره عقاراً بالتخصيص ٣٩٧
تنفيذ الدائن المرتهن رهناً رسمياً على العقار المملوك للكفيل العيني ٣٩٨
حق المرتهن يشمل عدة عقارات — مبدأ عدم تجزئة الرهن ٤٠٠
إساءة الدائن المرتهن رهناً رسمياً لاستعمال حقه في التقدم ٤٠٠
§ ٣ — نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه لدائن مرتهن آخر ٤٠٢
نص قانوني ٤٠٢
الفرق بين النزول عن الرهن والنزول عن مرتبته ٤٠٣
لماذا ينزل الدائن المرتهن عن مرتبه رهنه ٤٠٤
شروط النزول عن مرتبة الرهن ٤٠٤
النزول عن مرتبة يكون في حدود حق المتنازل ٤٠٥
جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التي كان يمكن التمســك بها ضد المتنازل ٤٠٥
عدم إضرار النــزول عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشــروع بالدائن المتوسط ٤٠٦
المطلب الثاني : حق التتبع ٤٠٧
نص قانوني ٤٠٧
شروط الحائز للعقار المرهون ٤٠٩
مباشرة التتبع في مواجهة الحائز للعقار المرهون ٤١١
ماذا يفعل الحائز — سريان الرهن في مواجهة الحائز ٤١٢
وجود الدين وسلامته ٤١٢
الوسائل القانونية المتاحة للحائز ٤١٢
§ ١ — قضاء الديون ٤١٣
نص قانوني ٤١٣
متى يكون قضاء الدين أفضل ٤١٤
ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين ٤١٥

صفحة

متى يجب الدفع — نص قانوني ٤١٥
حلول الحائز محل الدائن ٤١٦
رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق ٤١٧
متى يجبر الحائز على دفع الدين — نص قانوني ٤١٧
إجبار الحائز على دفع الديون إذا كان في ذمته مبلغ يكفى لوفاء
جميع الدائنين المقيدين ٤١٩
اتفاق الدائنين على إجبار الحائز على الدفع ٤٢٠

§ ٢ — تطهير العقار ٤٢٠
نص قانوني ٤٢٠
متى يختار الحائز التطهير ٤٢٣
مزايا التطهير وعيوبه ٤٢٣
أربع مسائل رئيسية في التطهير ٤٢٣
(أ) من يجوز له التطهير ٤٢٤
يجوز التطهير للحائز ٤٢٤
المالك تحت شرط ٤٢٤
الملتزم شخصياً بالدين ٤٢٥
حق الرقبة وحق الانتفاع ٤٢٦
تسجيل سند الحائز ٤٢٦
ميعاد التطهير ٤٢٧
(ب) عرض الحائز وقبوله ٤٢٨
إعلان الدائنين المقيدين وعرض قيمة العقار عليهم — نص قانوني. ٤٢٨
المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار المرهون ٤٣٠
العرض الحقيقي غير واجب — نص قانوني ٤٣٢
ما يترتب على ما يقع في الإعلان من نقص أو خطأ ٤٣٣
إلى من يوجه العرض ٤٣٤
في أي مكان يكون العرض ٤٣٥
في أي وقت يكون العرض ٤٣٥
قبول العرض ٤٣٦
التزام الحائز في حالة قبول العرض ٤٣٧

صفحـــة

توزيع قيمة العقار على الدائنين في حالة قبول العـــرض — نص قانوني ٤٣٧
(ج) عرض الحائز ورفضه — بيع العقار بالمزاد ٤٣٩
خيار الدائنين — نص قانوني ٤٣٩
رفض العرض ٤٤٠
كيف يكون رفض العرض — نص قانوني ٤٤٠
بيع العقار بالمزاد — نص قانوني ٤٤٢
رسو المزاد على الحائز ٤٤٣
رسو المزاد على غير الحائز ٤٤٤
(د) متى يمتنع التطهير — مصروفاته ٤٤٦
متى يمتنع التطهير ٤٤٦
مصروفات التطهير ٤٤٨
§ ٣ — تخلية العقار ٤٤٩
الغرض من التخلية ٤٤٩
من له الحق في التخلية ٤٥٠
ميعاد التخلية ٤٥٢
إجراءات التخلية — نص قانوني ٤٥٢
الرجوع عن التخلية بعد تقريرها ٤٥٤
ما يترتب على التخلية ٤٥٤
آثار التخلية ٤٥٥
بُعد التخلية ٤٥٥
§ ٤ — تحمل إجراءات نزع الملكية ٤٥٦
نص قانوني ٤٥٦
التنبيه على المدين بنزع ملكية العقار المرهون ٤٥٧
إنذار الحائزين بدفع الدين أو تخلية العقار ٤٥٧
اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز ٤٥٩
ما يترتب على إنذار الحائز ٤٥٩
معارضة الحائز والدفوع التي يجوز له التمسك بها — نص قانوني ٤٦٠
§ ٥ — موقف الحائز من بيع عقاره بالمزاد ٤٦٢

صفحـــة

وضع المسألة ٤٦٢
عطاء الحائز إذا دخل المزاد — نص قانوني ٤٦٣
(أ) **موقف الحائز إذا رسا عليه المزاد** ٤٦٤
رسو المزاد على الحائز بما لا يزيد على الثمن الذي دفعـــه في العقار ٤٦٤
رسو المزاد على الحائز بما يزيد في الثمن الذي دفعه في العقار ... ٤٦٥
تطهير العقار المرهون — نص قانوني ٤٦٥
(ب) موقف الحائز إذا رسا على غيره المزاد ٤٦٧
تلقى الراسي عليه المزاد حقه من الحائز — نص قانوني ٤٦٧
نزع ملكية الحائز ليس له أثر رجعي ٤٦٨
الزيادة في ثمن العقار — نص قانوني ٤٦٨
الرهون التي قررها الحائز ٤٦٩
حقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى — نص قانوني ٤٦٩
الحقوق العينية للحائز السابقة على حقوق الدائنين المرتهنين ٤٧١
رد الثمار — نص قانوني ٤٧٢
المصروفات ٤٧٤
التلف — نص قانوني ٤٧٤
حق رجوع الحائز — نص قانوني ٤٧٦
الحائز والكفيل ٤٧٨
الرجوع فيما بين الحائزين ٤٧٩

الفصل الثالث — انقضاء الرهن الرسمي

الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية ٤٨٠
المبحث الأول — انقضاء الرهن بصفة تبعية ٤٨٠
أسباب انقضاء الدين هي أسباب انقضاء الرهن بصفة تبعية ٤٨٠
متى يزول الدين ٤٨١
أسباب زوال الدين ٤٨١
انقضاء الدين ٤٨١
أسباب انقضاء الدين — نص قانوني ٤٨١

صفحـــة

§ ١ – الوفـــاء ٤٨٣
إتباع القواعد العامة في الوفاء والوقوف عند بعض المسائل ٤٨٣
الوفاء مع الحلول يجعل الموفى يحل محل الدائن في الرهن ٤٨٣
الموفى لم يوف إلا جزءاً من الدين ٤٨٤
تعذر الوفاء للدائن وإيداع الدين ٤٨٥

§ ٢ – الوفاء بمقابل ٤٨٦
القواعد العامة للوفاء بمقابل ٤٨٦
التكييف القانوني للوفاء بمقابل ٤٨٦
ضمان الاستحقاق في الوفاء بمقابل ٤٨٦
الوفاء بمقابل يقضي الدين الجديد ٤٨٧

§ ٣ – التجديد ٤٨٧
القواعد العامة للتجديد تسري ٤٨٧
تقييد الالتزام في حساب جار ٤٨٨
نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ٤٨٩

§ ٤ – المقاصـــة ٤٨٩
القواعد العامة للمقاصة تسرى ٤٨٩
حالة من حالات النـــزول الضمني عن المقاصة ٤٩٠

§ ٥ – اتحاد الذمة ٤٩١
القواعد العامة لاتحاد الذمة تسري ٤٩١
عودة الدين إلى الظهور ٤٩٢
زوال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة بأثر غير رجعي ٤٩٣

§ ٦ – الإبراء من الدين ٤٩٣
القواعد العامة للإبراء تسري ٤٩٣
الإبراء يقضي الدين ٤٩٤
وينقضي مع الدين تأميناته ويدخل فيها الرهن الرسمي ٤٩٤
إبراء الدائن للمدين من الدين ونزوله عن الرهن الرسمي ٤٩٤

§ ٧ – استحالة التنفيذ ٤٩٤
القواعد العامة لاستحالة التنفيذ تسرى ٤٩٤

صفحـــة

انقضاء الالتزام وتوابعه باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ٤٩٥

§ ٨ – التقادم المسقط ٤٩٥

القواعد العامة للتقادم المسقط تسرى ٤٩٥

التمسك بالتقادم من كل ذي مصلحة ٤٩٦

سقوط الدين وتوابعه بالتقادم ٤٩٦

التقادم يسقط الحق والدعوى معاً ٤٩٦

المبحث الثاني – انقضاء الرهن بصفة أصلية ٤٩٧

أسباب الانقضاء ٤٩٧

§ ١ – تمام إجراءات التطهير ٤٩٨

نص قانوني ٤٩٨

تمام التطهير ببيع العقار في المزاد العلني ورسو المزاد على غير الحائز .. ٤٩٨

تمام التطهير مع بقاء العقار المرهون في ملكية الحائز ٤٩٩

§ ٢ – بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني ٤٩٩

نص قانوني ٤٩٩

البيع في مواجهة مالك العقار ٥٠٠

البيع في مواجهة الحائز ٥٠٠

البيع في مواجهة الحارس ٥٠١

§ ٣ – عدم سماح مرتبة الدائن المرتهن بابتيفاء حقه من العقار المرهون. ٥٠١

كيف يتحقق ذلك ٥٠١

نص قانوني في هذا المعنى ٥٠١

النصوص التي حذفت في المشروع ٥٠٢

§ ٤ – نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي ٥٠٢

النص المحذوف ٥٠٢

النـــزول الصريح أو الضمني ٥٠٣

النـــزول عن الرهن ومحو القيد ٥٠٤

النـــزول عن قيد الرهن فقط ٥٠٤

النـــزول عن مرتبة الرهن ٥٠٤

النـــزول عن الرهن إرادة منفردة ٥٠٤

صفحة

الأهلية اللازمة للنـــزول عن الرهن ٥٠٥

§ ٥ – اتحاد الذمة في العقار المرهون ٥٠٦

النص المحذوف ٥٠٦

انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن ٥٠٦

انتقال حق الرهن الرسمي إلى العقار المرهون ٥٠٧

زوال السبب في اتحاد الذمة ٥٠٧

§ ٦ – هلاك العقار المرهون ٥٠٨

النص المحذوف ٥٠٨

هلاك العقار أو انقضاء الحق المرهون ٥٠٩

وجوب مراعاة أحكام المادتين ١٤٥٧ و ١٤٥٨ أي أحـــكام هلاك العقار المرهون ٥٠٩

انتقال الرهن إلى ما يحل محل الشيء المرهون ٥١٠

حق الانتفاع هو المثقل بالرهن ٥١١

§ ٧ – التقـــادم ٥١١

النص المحذوف ٥١١

أصل المسألة ٥١٢

الحالة في القانون المصري ٥١٣

رأي أكثر الفقهاء في مصر عدم انقضاء الرهن الرسمي بالتقـــــادم مستقلا عن الدين ٥١٣

لا يزال الباب مفتوحاً ٥١٤

الباب الثاني – حق الاختصاص

تمهيـــد ٥١٥

ما هو حق الاختصاص ٥١٥

حق الاختصاص من الإجراءات التحفظية ٥١٥

تاريخ حق الاختصاص ٥١٥

حق الاختصاص وحق الرهن القضائي ٥١٦

مزايا حق الاختصاص وعيوبه ٥١٦

صفحـــة

الاختصاص لا يكون إلا بحكم واجب التنفيذ ٥١٦
نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية ٥١٧
تقسيم الموضوع ٥٢٠

الفصل الأول – إنشاء حق الاختصاص

الأحكام الموضوعية والإجراءات ٥٢٠
الفرع الأول – الأحكام الموضوعية ٥٢٠
المحكوم له أو الدائن حسن النية هو الذي يتقرر له حق الاختصاص ٥٢٠
المبحث الأول – الأحكام التي يؤخذ بها حق الاختصاص ٥٢٢
نصوص قانونية ٥٢٢
§ ١ – حكم قضائي ٥٢٥
لا يؤخذ حق الاختصاص بسند ولو رسمي ٥٢٥
لا يؤخذ حق الاختصاص بناء على أمر ولائي من المحكمة ٥٢٥
يؤخذ حق الاختصاص بموجب حكم صادر من جهة قضائية ٥٢٦
§ ٢ حكم صادر من محكمة أجنبية ٥٢٦
يجوز أخذ حق الاختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية . ٥٢٦
لابد للحكم الأجنبي من الحصول على أمر بالتنفيذ ٥٢٧
§ ٣ – قرارات المحكمين ٥٢٧
يجوز أخذ حق اختصاص بناء على قرارا صادر من محكمين ٥٢٧
لابد في قرار المحكمين أن يصبح القرار واجب التنفيذ ٥٢٨
§ ٤ – حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم ٥٢٩
الحكم الذي يثبت الصلح أو الاتفاق يجوز بموجبه أخذ حـــــــق اختصاص ٥٢٩
حكم يثبت صلحاً تم بين الخصوم ٥٢٩
حكم يثبت اتفاقاً تم بين الخصوم ٥٣٠
§ ٥ – الحكم الصادر بصحة التوقيع لا يؤخذ به حق اختصاص ٥٣١

صفحة

النص القانوني والمذكرة الإيضاحية ٥٣١
الحالة في عهد التقنين المدني القديم ٥٣١
الحالة في عهد التقنين المدني الجديد ٥٣١
§ ٦ – لابد أن يكون الحكم واجب التنفيذ حتى يؤخذ به حق اختصاص ٥٣٢
تاريخ المسألة ٥٣٢
التقنين الحالي – يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ ٥٣٣
تضارب آراء الفقهاء في هذا التجديد ٥٣٣
§ ٧ – يجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى ٥٣٤
لا يؤخذ حق اختصاص بحكم صادر قبل الفصل في الموضوع ٥٣٤
لا يؤخذ الاختصاص إلا بناء على حكم قطعي صادر في موضوع الدعوى ٥٣٥
§ ٨ – يجب أن يكون الحكم ملزماً المدين بشيء معين ٥٣٥
أحكام قطعية لا يجوز أخذ اختصاص بموجبها ٥٣٥
الأحكام القطعية الملزمة للمدين بشيء معين يجوز أخذ اختصاص بموجبها ٥٣٥
الحكم بإلزام شخص بتقديم حساب ٥٣٦
§ ٩ – لا اختصاص بعد وفاة المدين ٥٣٦
النص على ذلك في التقنين المدني الجديد ٥٣٦
قانون الشهر العقاري ٥٣٧
التقنين المدني الجديد ٥٣٧
شهر الاختصاص المكسوب قبل وفاة المدين ٥٣٨
§ ١٠ – حالة شهر إعسار المدين ٥٣٨
الدائنون الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ٥٣٨
أخذ اختصاص على عقار المدين المعسر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ٥٣٩
المبحث الثاني – الأموال التي يؤخذ عليها حق الاختصاص ٥٤٠

صفحـــة

نص قانوني ٥٤٠

§ ١ – المال عقار معين تعييناً دقيقاً ٥٤١

يجب أن يكون المال عقاراً ٥٤١

اختلاف حق الاختصاص عن حق الرهن القضائي ٥٤١

العقار معين تعييناً دقيقاً ٥٤٢

§ ٢ – العقار مملوك للمدين وقت الحصول على حق الاختصـــاص ووقت القيد ٥٤٣

النص يصرح بوجوب ملكية المدين للعقار وقت القيد ٥٤٣

ويجب أن يكون العقار مملوكاً للمدين أيضاً وقت الحصـــول على الاختصاص ٥٤٣

على الدائن عبء إثبات ملكية المدين للعقار ٥٤٦

§ ٣ – العقار جائز بيعه بالمزاد العلني ٥٤٦

ما لا يجوز بيعه بالمزاد العلني ٥٤٦

جواز أخذ اختصاص على خمسة الأفدنة التي لا يجوز التنفيذ عليها .. ٥٤٧

الفرع الثاني – الإجراءات ٥٤٨

نصوص قانونية ٥٤٨

المبحث الأول – الحصول على أمر اختصاص ٥٥١

عريضة طلب الاختصاص ٥٥١

التدوين في ذيل العريضة بالأمر بالاختصاص ٥٥٢

الإجراءات التي تتبع في الأمر الصادر بالاختصاص ٥٥٣

رفض رئيس المحكمة طلب الدائن وعدم صدور أمر بالاختصاص ... ٥٥٣

المبحث الثاني – تظلم المدين من أمر الاختصاص ٥٥٤

جواز تظلم المدين من الأمر بالاختصاص ٥٥٤

التظلم إلى الآمر ٥٥٤

جواز استئناف قضاء الآمر ٥٥٥

التظلم إلى المحكمة الابتدائية ٥٥٥

جواز استئناف حكم المحكمة الابتدائية ٥٥٥

التأشير على هامش القيد بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص ٥٥٥

صفحة

الفصل الثاني – آثار حق الاختصاص

نص قانوني ٥٥٦
دائن له حق الاختصاص ٥٥٧
الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة وكذلك حق الاختصاص ٥٥٧
آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وآثار الاختصاص ٥٥٧
إنشاء الراهن لحق الرهن ٥٥٧
هلاك العقار أو تلفه ٥٥٨
عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار ولا من حيازته وكذلك المدين في حق الاختصاص ٥٥٨
حق الراهن في استغلال العقار وكذلك حق المدين في الاختصاص ٥٥٩
إيجار العقار ٥٥٩
قبض الأجرة مقدماً أو الحوالة بها ٥٥٩
بيع الثمار قبل جنيها ٥٦٠
بطلان شرطي تملك العقار عند عدم الوفاء وبيع العقار دون إجراءات ٥٦٠
آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير – وآثار حق الاختصاص بالنسبة إلى الغير ٥٦٠
شهر حق الاختصاص ٥٦٠
إجراءات شهر حق الاختصاص ٥٦٠
شهر أو إنقاص الاختصاص ٥٦١
أثر شهر حق الاختصاص ٥٦٢
القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو ٥٦٢
حق التقدم ٥٦٢
حق التتبع ٥٦٢
قضاء الدين ٥٦٣
تطهير العقار ٥٦٣
تخلية العقار ٥٦٥
تحمل إجراءات نزع الملكية ٥٦٥
نصوص حذفت ٥٦٦

صفحـــة

الفصل الثالث – إنقاص حق الاختصاص وانقضاؤه

الإنقاص والانقضاء ٥٦٨

المبحث الأول – إنقاص حق الاختصاص ٥٦٨

نص قانوني ٥٦٨

الأسباب التي تدعو إلى إنقاص حق الاختصاص ٥٧٠

الوسائل التي لدى المدين أو غيره للإنقاص ٥٧٠

المدعى في الدعوى الأصلية بالإنقاص ٥٧١

كيف يكون الإنقاص ٥٧١

مصروفات الإنقاص ٥٧٢

الاتفاق مع الدائن على الإنقاص ٥٧٣

نصوص حذفت ٥٧٣

المبحث الثاني – انقضاء حق الاختصاص ٥٧٤

انقضاء حق الاختصاص كانقضاء الرهن الرسمي ٥٧٤

الانقضاء يتم بالاتفاق ٥٧٤

الانقضاء يتم بطريق تبعي ٥٧٤

الانقضاء يتم بطريق أصلي ٥٧٤

الباب الثالث – الرهن الحيازي

تمهيـــد ٥٧٥

تعريف الرهن الحيازي ٥٧٥

خصائص عقد الرهن الحيازي ٥٧٧

الرهن الحيازي عقد رضائي ملزم للجانبين ٥٧٧

الرهن الحيازي عقد تابع ٥٧٨

الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة ٥٨٠

الرهن الحيازي والرهن الرسمي ٥٨١

الرهن الحيازي في مصر ٥٨٣

نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية ٥٨٣

خطة البحث ٥٨٥

صفحـــة

الفصل الأول – إنشاء الرهن الحيازي

عقد الرهن الحيازي عقد رضائي ٥٨٦

المبحث الأول – المتعاقدان ٥٨٦

الراهن قد يكون المدين أو كفيلا عينياً ٥٨٦

تطبيق القواعد العامة بالنسبة إلى الدائن المرتهن ٥٨٧

الراهن يجب أيضاً أن يكون كامل الأهلية ٥٨٧

الراهن يجب أن يكون مالكاً للشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه ٥٨٧

وجوب أن يكون الراهن حيازة مالكاً للمال المرهون ٥٨٨

رهن ملك الغير رهن حيازة ٥٨٩

رهن المال المستقبل رهن حيازة ٥٩١

رهن المالك الظاهر رهن حيازة ٥٩٢

أهلية الراهن حيازة للتصرف في المال المرهون ٥٩٣

المبحث الثاني – المال المرهون ٥٩٤

المال المرهون رهن حيازة قد يكون عقاراً أو منقولا أو ديناً ٥٩٤

محل رهن الحيازة يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني – نص قانوني ٥٩٥

قاعدة التخصيص في الرهن الحيازي ٥٩٧

رهن المال الشائع رهن حيازة ٥٩٨

زوال ملكية الراهن بأثر رجعي ٦٠٠

ملحقات الشيء المرهون وثماره ٦٠١

المبحث الثالث – الدين المضمون ٦٠٣

نص قانوني ٦٠٣

قاعدة التخصيص لا تنطبق أيضاً على الدين المضمون في رهن الحيازة ٦٠٤

تحديد الدين المضمون ٦٠٥

كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الديـــــن مضمون بكل المرهون رهن حيازة ٦٠٦

عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون ٦٠٨

الرهن التجاري ٦١٠

صفحـــة

الفصل الثاني – آثار الرهن

فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ٦١١

الفرع الأول – آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين ٦١١

الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين ٦١١

المبحث الأول – التزامات الراهن حيازة ٦١١

التزامات أربعة ٦١١

المطلب الأول – إيجاد حق رهن الحيازة ٦١٢

نص قانوني ٦١٢

رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ٦١٢

إيجار رهن الحيازة إذا كان الراهن مالكاً للشيء المرهون ٦١٢

المطلب الثاني – تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن .. ٦١٣

نص قانوني ٦١٣

نقل الحيازة في التقنين المدني السابق ٦١٤

نقل الحيازة في التقنين المدني الجديد ٦١٥

الغرض من انتقال الحيازة ٦١٦

لمن تنتقل الحيازة – الحيازة بوساطة أجنبي أو عدل ٦١٦

عودة الشيء المرهون إلى راهنه ٦١٨

إيجار العقار المرهون حيازة للراهن ٦١٨

رجوع المرهون إلى حيازة الراهن بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن –

نص قانوني ٦١٨

تخلي المرتهن عن الحيازة لغير الراهن ٦٢١

سريان أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع ٦٢١

زمان التسليم ٦٢١

مكان التسليم ٦٢٢

كيفية التسليم ٦٢٢

ما يترتب على عدم التسليم ٦٢٢

المطلب الثالث – ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه ٦٢٣

نص قانوني ٦٢٣

صفحـــة

ضمان الراهن لتعرضه الشخصي ٦٢٤
ضمان الراهن لتعرض الغير ٦٢٥
المطلب الرابع – ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ٦٢٥
نص قانوني ٦٢٥
هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الراهن ٦٢٧
هلاك الشيء أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن ٦٢٧
هلاك الشيء أو تلفه بسبب أجنبي ٦٢٨
تعرض الشيء للهلاك أو التلف ٦٢٨
انتقال الرهن إلى الحق الذي حل محل الشيء ٦٢٨
المبحث الثاني – التزامات الدائن المرتهن حيازة ٦٢٩
التزامات أربعة ٦٢٩
المطلب الأول – المحافظة على الشيء المرهون ٦٣٠
نص قانوني ٦٣٠
التزام المحافظة على الشيء التزام تعاقدي ٦٣١
ما يدخل في العناية المطلوبة – نص محذوف ٦٣٣
المصروفات اللازمة للمحافظة على الشيء ٦٣٤
جزاء الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون ٦٣٤
المطلب الثاني – استثمار الشيء المرهون ٦٣٤
نص قانوني ٦٣٤
وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل ٦٣٧
كيفية الاستثمار ٦٣٨
العناية الواجب بذلها في الاستثمار ٦٣٩
توزيع ما ينتج من الاستثمار ٦٣٩
جزاء إخلال الدائن بهذا الواجب من العناية ٦٤٠
الاتفاق على جعل الثمار في مقابل الفوائد – نص قانوني ٦٤١
عدم تعيين ميعاد لحلول الدين المضمون – نص قانوني ٦٤٢
المطلب الثالث – إدارة الشيء المرهون ٦٤٤
نص قانوني ٦٤٤

صفحـــة

كيفية إدارة الشيء المرهون وما يرد على ذلك من قيود ٦٤٥
العناية الواجب بذلها في إدارة الشيء المرهون ٦٤٥
المصروفات التي ينفقها الدائن المرتهن في الإدارة ٦٤٦
الجزاء على سوء الإدارة ٦٤٧
المطلب الرابع – رد الشيء المرهون ٦٤٧
نص قانوني ٦٤٧
متى يرد الدائن الشيء المرهون – حق الحبس في مواجهة الدائن ٦٤٩
الالتزام بالرد قبل وفاء الدين ٦٥٠
هلاك الشيء المرهون أو تلفه ٦٥٠
نفقات رد الشيء المرهون ٦٥١
تنفيذ الدائن المرتهن بحقه ٦٥٢
الراهن كفيل عيني ٦٥٢
المطلب الخامس – بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء وشـــرط البيع دون إجراءات ٦٥٣
نص قانوني ٦٥٣
بطلان شرط تملك المال المرهون عند عدم الوفاء ٦٥٥
متى يصبح هذا الاتفاق ٦٥٦
بطلان شرط بيع المال المرهون دون إجراءات ٦٥٦
متى يصبح هذا الاتفاق ٦٥٦
الفرع الثاني – آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الغير ٦٥٧
المقصود بالغير هنا ٦٥٧
قيد رهن الحيازة ٦٥٧
ما يضمنه الرهن الحيازي – نص قانوني ٦٥٨
نفاذ الرهن في حق الغير – وجوب تسليم المرهون للدائن – نص قانوني . ٦٥٩
المبحث الأول حق التقدم وحق التتبع ٦٦١
المطلب الأول – حق التقدم ٦٦١
نص محذوف ٦٦١
الحلول العيني ٦٦٣

صفحة

التزاحم ما بين الدائنين المرتهنين ٦٦٣
مرتبة الدائن المرتهن حيازة ٦٦٤
المطلب الثاني – حق التتبع ٦٦٤
متى يستعمل حق التتبع ٦٦٤
تتبع الدائن المرتهن حيازة مع أن الحيازة في يده ٦٦٤
المالك الجديد لا يطهر العقار ولا يخليه ٦٦٥
قد يتطهر العقار من الرهن الحيازي تبعاً لتطهيره من الرهن الرسمي .. ٦٦٦
المبحث الثاني – حق الحبس ٦٦٦
نص قانوني ٦٦٦
من له حق الحبس ٦٦٨
المال الذي يحبس ٦٦٩
الحبس والتنفيذ ٦٦٩
ضد من يكون حق الحبس – الراهن ٦٧٠
الغير ٦٧٠
التطهير لا يشمل الرهن الحيازي في القانوني المدني ٦٧١
التطهير يشمل الرهن الحيازي في قانون المرافعات الجديد ٦٧١
متى ينعدم التعارض بين القانون المدني وقانون المرافعات ٦٧٢
الحبس للدين المضمون بالرهن ٦٧٣
الرهن الضمني ٦٧٣
استرداد الشيء المرهون ٦٧٤
حق الحبس والحق في الحبس ٦٧٤

الفصل الثالث – انقضاء الرهن الحيازي

الانقضاء بصفة تبعية والانقضاء بصفة أصلية ٦٧٥
المبحث الأول – انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية ٦٧٥
انقضاء الدين وزواله ٦٧٥
أسباب زوال الدين ٦٧٥
أسباب انقضاء الدين ٦٧٦
تعدد لأسباب انقضاء الدين ٦٧٦

صفحـــة

عودة الرهن الحيازي بزوال السبب الذي انقضي به الدين — نص قانوني . ٦٧٨

المبحث الثاني — انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية ٦٧٩

أسباب الانقضاء ٦٧٩

أسباب ثلاثة — نص قانوني ٦٧٩

§ ١ — نزول الدائن المرتهن عن الرهن الحيازي ٦٨١

نص قانوني ٦٨١

الأهلية اللازمة لنزول الدائن المرتهن عن رهن الحيازة ٦٨٢

النزول الصريح والنزول الضمني ٦٨٢

استفادة النزول الضمني ٦٨٢

§ ٢ — اتحاد الذمة ٦٨٣

نص قانوني ٦٨٣

كيف ينقضي الرهن باتحاد الذمة ٦٨٤

حق أجنبي ارتهن حيازة ٦٨٥

استبقاء المالك لحق الرهن ٦٨٥

زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي ٦٨٦

§ ٣ — هلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون ٦٨٦

نص قانوني ٦٨٦

انقضاء الرهن الحيازي بهلاك الشيء ٦٨٦

انقضاء الرهن بانقضاء الحق المرهون — حق الامتناع ٦٨٧

§ ٤ — البيع الجبري ٦٨٧

تاريخ المسألة ٦٨٧

لا تعارض بين القانون المدني وقانون المرافعات في حالة معينة ٦٨٨

قانون المرافعات عدل القانون المدني في بقية الحالات ٦٨٨

§ ٥ — فسخ الرهن الحيازي ٦٨٩

ضمان الدائن لسلامة الرهن نفاذه ٦٨٩

إدارة الشيء المرهون ٦٨٩

الفصل الرابع — بعض أنواع الرهن الحيازي

أنواع ثلاثة ٦٩٠

صفحة

المبحث الأول — الرهن العقاري ٦٩٠
مواد ثلاثة خاصة بالرهن العقاري ٦٩٠
نفاذ الرهن العقاري في حق الغير — نص قانوني ٦٩٠
جواز إيجار الدائن المرتهن للعقار المرهون إلى الراهن — نص قانوني ٦٩٢
حفظ الدائن المرتهن للعقار المرهون ودفع ما على العقار من ضرائب وتكاليف — نص قانوني ٦٩٤
المبحث الثاني — رهن المنقول ٦٩٥
المواد الخاصة برهن المنقول ٦٩٥
نفاذ رهن المنقول في حق الغير — نص قانوني ٦٩٦
سريان الآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها على رهن المنقول — نص قانوني ٦٩٨
طلب المرتهن أو الراهن الترخيص له في بيع المنقول المهدد بالهلاك أو التلف وانتقال الرهن من المنقول إلى ثمنه — نص قانوني ٧٠٠
طلب الراهن الترخيص له في بيع المنقول كصفقة رابحة قبل حلول أجل الدين — نص قانوني ٧٠١
طلب الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين الترخيص له في بيع المنقول أو الأمر بتمليكه إياه بثمنه بحسب تقدير الخبراء — نص قانوني ٧٠٢
وجوب عدم التعارض مع الأحكام الخاصة بالرهن التجاري وبيوت التسليف وأحوال خاصة في رهن المنقول — نص قانوني ٧٠٤
المبحث الثالث — رهن الدين ٧٠٦
المواد الخاصة برهن الدين ٧٠٦
نفاذ رهن الدين في حق المدين وفي حق الغير — نص قانوني ٧٠٦
رهن السندات الاسمية والسندات الإذنية — نص قانوني ٧٠٧
عدم جواز رهن الدين غير القابل للحوالة أو للحجز — نص قانوني ٧٠٨
حقوق والتزامات الدائن المرتهن للدين — نص قانوني ٧١٠
دفوع المدين في الدين المرهون — نص قانوني ٧١١
حلول الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ٧١٣
حلول الدين المرهون وحلول الدين المضمون بالرهن ٧١٤

صفحة

الباب الرابع – حقوق الامتياز

تمهيد ٧١٦
تعريف حق الامتياز – نص قانوني ٧١٦
اختلاف حق الامتياز عن سائر الحقوق العينية التبعية ٧١٨
اقتراب حق الامتياز من سائر الحقوق العينية التبعية ٧١٩
أقسام حق الامتياز – نص قانوني ٧٢١
أحكام حق الامتياز – نص قانوني ٧٢٤
حق الامتياز وحيازة المنقول بحسن نية – نص قانوني ٧٢٦
مرتبة الامتياز – نص قانوني ٧٢٨
هلاك الشيء المثقل بالامتياز أو تلفه – نص قانوني ٧٢٩
انقضاء حق الامتياز – نص قانوني ٧٣٠
نظرة عامة من المذكرة الإيضاحية على حقوق الامتياز ٧٣١
خطة البحث ٧٣٣

الفصل الأول – حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

مبحثان ٧٣٤

المبحث الأول – حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة التي تتقدمها

..... ٧٣٤
تناول حقوق الامتياز وفقاً لترتيبها ٧٣٤
حقوق امتياز أربعة ٧٣٤
§ ١ – المصروفات القضائية ٧٣٤
نص قانوني ٧٣٤
الحق الممتاز ٧٣٦
محل الامتياز ٧٣٨
مرتبة الامتياز ٧٣٨
§ ٢ – المبالغ المستحقة للخزانة العامة ٧٣٩
نص قانوني ٧٣٩

صفحـــة

الحق الممتاز ٧٤٠
محل الامتياز ٧٤٢
مرتبة الامتياز ٧٤٢
حق التتبع ٧٤٣

§ ٣ – مصروفات الحفظ والترميم ٧٤٣
نص قانوني ٧٤٣
الحق الممتاز ٧٤٤
محل الامتياز ٧٤٦
مرتبة الامتياز ٧٤٦
حق الحبس وحق التتبع ٧٤٦

§ ٤ – حقوق الامتياز العامة ٧٤٧
نص قانوني ٧٤٧
الحق الممتاز ٧٤٩
أجر الخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ٧٤٩
المبالغ المستحقة لموردي المأكل والملبس ٧٥٠
نفقات الزوجة والأقارب ٧٥١
محل الامتياز ٧٥١
مرتبة الامتياز ٧٥٢
عدم الشهر وعدم التتبع ٧٥٢

المبحث الثاني – حقوق الامتياز الخاصة على منقول المتأخرة عن حقوق الامتياز العامة ٧٥٢
حقوق امتياز خمسة ٧٥٢

§ ١ – امتياز مصروفات الزراعة المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة ٧٥٣
نص قانوني ٧٥٣
الحق الممتاز ٧٥٤
المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ٧٥٤
المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة ٧٥٥

صفحـــة

محل الامتياز ٧٥٦
محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد .. ٧٥٦
محل الامتياز بالنسبة إلى المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة ٧٥٦
مرتبة الامتياز ٧٥٧

§ ٢ – امتياز المؤجر ٧٥٧
نص قانوني ٧٥٧
(أ) **الحق الممتاز** ٧٦٠
حق المؤجر الناشئ من عقد إيجار صحيح ٧٦٠
يجب أن يكون محل الإيجار عقاراً ٧٦٠
الأجرة لا تزيد على أجرة سنتين ٧٦١
الحقوق الممتازة الناشئة عن عقد الإيجار ٧٦١
(ب) **محل الامتياز** ٧٦٢
المنقولات التي تجهز بها العين المؤجرة ٧٦٢
المنقولات المملوكة لزوجة المستأجر ٧٦٣
المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن ٧٦٥
نقل الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة ٧٦٦
حق حبس المنقولات ٧٦٧
توقيع الحجز التحفظي ٧٦٧
(ج) **مرتبة الامتياز** ٧٦٨
المرتبة السادسة ٧٦٨
استثناء الحقوق غير النافذة في حق المؤجر ٧٦٨

§ ٣ – امتياز صاحب الفندق ٧٦٨
نص قانوني ٧٦٨
الحق الممتاز ٧٧٠
محل الامتياز ٧٧١
مرتبة الامتياز ٧٧٢
حق التتبع ٧٧٢

§ ٤ – امتياز بائع المنقول ٧٧٢
نص قانوني ٧٧٢
الحق الممتاز ٧٧٤

صفحـــة

محل الامتياز ٧٧٤
مرتبة الامتياز ٧٧٥
حق التتبع ٧٧٥
§ ٥ – امتياز المتقاسم في المنقول ٧٧٥
نص قانوني ٧٧٥
الحق الممتاز ٧٧٦
محل الامتياز ٧٧٧
مرتبة الامتياز ٧٧٧

الفصل الثاني – حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

حقوق الامتياز الخاصة العقارية ٧٧٨
§ ١ – امتياز بائع العقار ٧٧٨
نص قانوني ٧٧٨
الحق الممتاز ٧٧٩
محل الامتياز ٧٨١
مرتبة الامتياز ٧٨١
§ ٢ – امتياز المهندسين والمقاولين ٧٨١
نص قانوني ٧٨١
الحق الممتاز ٧٨٣
محل الامتياز ٧٨٣
شهر الامتياز ٧٨٤
مرتبة الامتياز ٧٨٤
§ ٣ – امتياز المتقاسم في العقار ٧٨٤
نص قانوني ٧٨٤
الحق الممتاز ٧٨٥
محل الامتياز ٧٨٦
شهر الامتياز ٧٨٦
مرتبة الامتياز ٧٨٦

أجزاء الوسيط
وقد ظهرت كلها

الجزء الأول –	في مصادر الالتزام	الطبعة الأولى	سنة ١٩٥٢
		الطبعة الثانية	سنة ١٩٦٤
الجزء الثاني –	في الإثبات وآثار الالتزام		سنة ١٩٥٦
الجزء الثالث –	في أوصاف الالتزام وحوالته وانقضائه		سنة ١٩٥٨
الجزء الرابع –	في البيع والمقايضة		سنة ١٩٦٠
الجزء الخامس –	في العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)		سنة ١٩٦٢
الجزء السادس –	في العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية) ...		سنة ١٩٦٣
الجزء السابع –	المجلد الأول في العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) – المجلد الثاني في عقود الغرر (عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة)		سنة ١٩٦٤
الجزء الثامن –	في حق الملكية (مع شرح مفصل للأشياء والأموال).		سنة ١٩٦٧
الجزء التاسع –	في أسباب كسب الملكية – الحقوق الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) .		سنة ١٩٦٨
الجزء العاشر –	في التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، والرهن الرسمي وحق الاختصاص ورهن الحيازة وحقوق الامتياز)		سنة ١٩٧٠

للمؤلف

(أولا) كتب

١ – القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل – المعيار المرن والقاعدة الجامدة (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥

٢ – الخلافة الإسلامية وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦

٣ – عقد الإيجار سنة ١٩٣٠

٤ – نظرية العقد سنة ١٩٣٤

٥ – الموجز في النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨

٦ – أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت) سنة ١٩٣٨

٧ – التصرف القانوني والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤

٨ – مصادر الحق في الفقه الإسلامي (مقارنا بالفقه الغربي) :

الجزء الأول – مقدمة صيغة العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٤

الجزء الثاني – مجلس العقد وصحة التراضي (الغلط والتدليس والإكراه والغبن في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٥

الجزء الثالث – محل العقد في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٦

الجزء الرابع – نظرية السبب ونظرية البطلان في الفقه الإسلامي سنة ١٩٥٧

الجزء الخامس – آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص في الفقه الإسلامي (الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البولصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٦٠

الجزء السادس – آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع في الفقه الإسلامي (تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقامة في الفقه الإسلامي) سنة ١٩٥٩

٩ – الوسيط في شرح القانون المدني (عشرة أجزاء)

١٠ – الوجيز في شرح القانون المدني (ظهر منه الجزء الأول) .

(ثانياً) بحوث ومقالات

١ – الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصري (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة لامبير) .

٢ – المعيار في القانون (بحث بالفرنسية أدرج في مجموعة جني) .

٣ – المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمي بهجت بدوي – مقال بالفرنسية نشرة بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٤ – المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية (بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧) .

٥ – الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاي (مقال بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ – الامتيازات الأجنبية (بحث نشر في سنة ١٩٣٠) .

٧ – تنقيح القانون المدني (بحث نشر في الكتاب الذهبي للمحاكم الوطنية ، وفي مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ – من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي (مقال نشر في مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ – عقد البيع في مشروع القانون المدني العراقي (نشر في بغداد سنة ١٩٣٦) .

١٠ – مقارنة المجاة بالقانون المدني (بحوث ألقيت في كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .

١١ – المفاوضات في المسألة المصرية (بحث نشر في سنة ١٩٤٧) .

١٢ – الانحراف في استعمال السلطة التشريعية (بحث نشر في مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .

٦٩٤٦
٢-٢