

جامعة 8ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم العلوم القانونية و الإدارية

محاضرات في مقياس العقود الخاصة (02)

التأمينات الخاصة (العينية و الشخصية)

لطلبة السنة الثالثة قانون خاص

السداسي السادس

السنة الجامعية 2020/2019

الأستاذ: فرنان فاروق

محاضرات في مقياس العقود الخاصة 02

موجهة لطلبة السنة الثالثة قانون خاص

السداسي الثاني من السنة الجامعية 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، أما بعد:

طلبتي الأعضاء فخر الجزائر و قادة مستقبلها الزاهر بإذن الله تعالى، بعد واجب التحية، أضع بين أيديكم هذه الدعامة البيداغوجية والمتمثلة في مجموعة من المحاضرات المتعلقة بمقياس العقود الخاصة (02) والتي كنا قد ألقينا جزءا منها منذ بداية السداسي الثاني للسنة الجامعية 2020/2019 إلى أن تقرر تقديم العطلة الربيعية بصفة استثنائية منذ 2020/03/12 بسبب الظروف الإستثنائية التي تعيشها الجزائر و العالم أجمع نتيجة تفشي وباء كورونا- نسأل الله العفو و العافية من شره-، وإيماننا منا جميعا بضرورة استمرار عجلة التنمية و الإزدهار لوطننا الحبيب، ولما كان طلب العلم أحد محركاتها فمن الواجب أن نستمر جميعا في طلب العلم و التعلم، فإن حالت الظروف الإستثنائية بيننا وبين مدرجاتنا، فالشبكة العنكبوتية تمكننا من الإستمرار في التواصل و القيام بالتزاماتنا تجاه أنفسنا و وطننا المفدى.

• كنا قد تطرقنا في المحاضرة الأولى إلى أهم المتطلبات السابقة التي ينبغي عليها هذا المقياس والتي ينبغي على الطالب الإمام بها لضرورتها وأهميتها ليس فقط بالنسبة لهذا المقياس بل بالنسبة لكل المقاييس المقررة في هذا السداسي أو تلك التي ستدرس على مستويات أعلى، ولا بأس أن نذكر بها مرة أخرى في النقاط التالية:

- نظرية القانون
- نظرية الحق: أهمية التفرقة بين الحقوق المالية و غير المالية من جهة باعتبار مجال دراستنا ينحصر في الحقوق المالية، و التفرقة بين الحقوق الشخصية و الحقوق العينية باعتبارهما حقوقا مالية من جهة أخرى.
- نظرية الإلتزام بشقيها مصادر الإلتزام وأحكام الإلتزام.
- نظرية العقد: أحكام إبرام العقود (الأركان، شروط الصحة لا سيما شرط الأهلية القانونية) وأثار العقود وأحكامها.

• أما المحاضرة الثانية ركزنا فيها على فكرة الضمان العام في ما يخص الوفاء بالإلتزامات، وأهم المبادئ التي تقوم عليها الفكرة لا سيما مبدأ المساواة بين جميع الدائنين تجاه هذا الضمان والوسائل التي أقرها المشرع الجزائري لحماية هذا الضمان، لا سيما الدعوى غير المباشرة، دعوى عدم نفاذ التصرف، ودعوى الصورية، كما استذكرنا فكرة التضامن بين الدائنين و التضامن بين المدينين لأهميتها، فالمبدأ أن التضامن في الأعمال المدنية

غير مفترض لابد من الإتفاق عليه، عكس الأعمال التجارية التي تفترض التضامن مالم يوجد اتفاق مخالف.

كل ذلك كان عبارة عن تمهيد وتوطئة لدراسة التأمينات الخاصة أو الضمانات الخاصة، وقد بينا أنها تنقسم إلى قسمين رئيسيين التأمينات الشخصية من جهة و التأمينات العينية من جهة أخرى.

وبالنظر لضيق الوقت بالنسبة لطول البرنامج، ومراعاة للبرنامج المقرر و المعتمد وزاريا سنتصب دراستنا أساسا على محورين أساسيين

- المحور الأول التأمينات الشخصية: عقد الكفالة -نموذجا-
- المحور الثاني التأمينات العينية: عقد الرهن الرسمي -نموذجا-، مع الإشارة بإيجاز إلى التأمينات العينية الأخرى كالرهن الحيازي، حق التخصيص، وحقوق الإمتياز ، باعتبارها تشترك مع الرهن الرسمي في أغلب الأحكام لا سيما الآثار المترتبة عنها و المتمثلة أساسا في حق الأفضلية و حق التتبع.

المحور الأول: التأمينات الشخصية عقد الكفالة -نموذجا- .

المحاضرة رقم:03 " تعريف الكفالة وخصائصها"

أولا: تعريف الكفالة.

الكفالة تأمين شخصي وردت أحكامها في القانون المدني الجزائري في الباب 11 من الكتاب الثاني، المواد من 644 إلى 673 ق م ج

وقد عرفتها المادة 644 بأنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"

فالكفالة طبقا لهذا النص تتمثل في قيام التزام بين شخصين هما الدائن بهذا الالتزام وشخص ثالث هو الكفيل والذي يلتزم بالوفاء بالالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي.

فطرفا الكفالة إذا هما الدائن والكفيل والقصد منها الوفاء بالالتزام الذي ترتب في ذمة المدين، هذا الأخير لا يعتبر طرفا في عقد الكفالة فلا تشترط موافقته أو رضاه بالعقد بل تتم بدون علمه ورغم معارضته وهذا ما نصت عليه المادة 647 ق م ج.

ويسمى الدائن "المكفول له"، والمدين " المكفول عنه: والالتزام "المكفول به."

كما يتبين من نص المادة 644 ق م ج أن الكفالة ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يفي به المدين.

كما لا يجب الخلط بين المعاني العديدة لمصطلح الكفالة فلا يجب الخلط بين المعنى المتقدم وبين حالات أخرى كالحالة التي يقوم فيها بعض الأشخاص بإيداع مبالغ مالية أو قيم منقولة كضمان لدين ما، وكذلك ما يقوم المتهم في المسائل الجزائية بإيداعه مبالغ مالية في خزانة المحكمة لإطلاق سراحه، في مثل هذه الحالات وغيرها لسنا بصدد عقد كفالة بالمعنى القانوني الذي تكلمنا عنه أي كتأمين أو ضمان شخصي.

ثانيا: خصائص عقد الكفالة.

من خصائص عقد الكفالة أنه عقد رضائي وملزم لجانب واحد، وهي عقد تبرعي وتبعي؛

1- الكفالة عقد رضائي: حيث تتعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن ولا يشترط لانعقادها شكل خاص، لكن لا يتم إثباتها إلا بالكتابة و هذا عملا بالمادة 645 ولا تشترط الكتابة إلا لإثبات رضا الكفيل أما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرف الإثبات، ولا يشترط أن يكون المحرر المثبت للكفالة عقدا رسميا بل يكفي أن يكون عرفيا، كما يجوز إثباتها بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين إذ وجد مانع أو فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي.

2- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد: فهي لا تنشئ التزاما إلا على عاتق الكفيل الذي يلتزم بالوفاء بالدين للدائن إذ لم يفي به المدين وتبقى الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد حتى ولو تقاضى الكفيل أجرا من المدين لأن هذا الأخير ليس طرف في العقد ولا يغير من طبيعة الكفالة لكونها ملزمة لجانب واحد، أما إذا تقاضى الكفيل الأجر من الدائن أصبحت الكفالة عقدا ملزما لجانبين.

غير أنه في حالة وفاء الكفيل بالالتزام المكفول للدائن، فإن هذا الأخير يصبح بناء على هذا الوفاء ملزما بتسليم السندات اللازمة لإستعمال حقه في الرجوع على المدين (659 ق م ج)، ويكون حقه قبل المدين مضمونا بذات التأمينات التي كانت تضمن حق الدائن، لذلك يلتزم الدائن بأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل التأمينات ويتحمل الكفيل مصاريف النقل ويكون له أن يرجع بها على المدين، فإذا كان الدين الأصلي مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل (أنظر المادة 659/ف02، 03 ق م ج).

3- الكفالة هي عقد تبرعي بالنسبة للكفيل: حيث يلتزم الكفيل عادة دون مقابل في مواجهة المدين رغم أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، غير أنه لا يوجد ما يمنع الكفيل من أن يتقاضى أجرا من المدين نظير كفالته له ويعتبر العقد حينئذ من عقود المعاوضة.

ويترتب على اعتبار الكفالة عقدا تبرعيا كقاعدة عامة أنها تعد عملا مدنيا حتى ولو كان الكفيل تاجرا أو كان الدين تجاريا، لأن التجارة تقوم على أساس المضاربة لا التبرع (المادة 651 ف/ 01) كما يترتب على كون الكفالة عقد تبرعي أن الوكالة فيها لا تتم إلا بتوكيل خاص.

وعليه يشترط في الكفيل أهلية التبرع، كما يجوز الطعن في الكفالة دون أن يشترط تواطئ الكفيل لا مع الدائن ولا مع المدين.

4- الكفالة عقد تبعي: وذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي، أما إذا التزم المسؤول عن دين الغير إلتزاما أصليا لا التزاما تابعا فإنه لا يكون كفيل بل يكون مدينا أصليا إلتزامه مستقل عن إلتزام المدين؛ ويترتب على خاصية التبعية النتائج التالية:

* أن لا يكون الدين المكفول أكثر من الدين الأصلي أو اشد عبئا أو يبقى قائما بعده (652 ق م ج)، كما لا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بخطئه، ولكن يجوز أن يكون الزام الكفيل أقل عبئا ككفالة جزء من الدين فقط .

* تطابق شروط عقد الكفالة مع الإلتزام الأصلي، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، ولا منتجا لفوائد إذا كان إلتزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد .

* يتبع عقد الكفالة التزام المدين الأصلي في صحته و بطلانه وقابليته للفسخ و للكفيل أن يتمسك بدفع المدين الأصلي .

المحاضرة رقم:04 " انعقاد الكفالة وإثباتها "

أولاً: انعقاد الكفالة

يخضع عقد الكفالة ككل العقود للقواعد العامة المتعلقة بتكوين العقود، فيشترط توافر الأركان الثلاثة لتكوين العقد (التراضي، المحل و السبب) ، ويخضع أيضا لقواعد خاصة تتعلق بأطراف العقد و بمحله (الدين).

1/ أطراف العقد.

الكفالة عقد بين الدائن و الكفيل ينعقد بمجرد تطابق إرادتهما ، اما المدين فلا يشترط رضائه بالعقد باعتباره ليس طرفا فيه بل أن الكفالة تجوز بغير علمه ورغم معارضته (م647).

ويشترط لحصة العقد سلامة إرادة طرفيه من العيوب ، أما بالنسبة للأهلية فإنها تختلف بين الدائن و الكفيل على النحو التالي:

1- بالنسبة للدائن: يكفي أن تتوفر فيه أهلية الصبي المميز لأن الكفالة تعد بالنسبة إليه عملا من الأعمال النافعة نفعاً محضاً باعتبارها من أعمال التبرع كقاعدة عامة.

2- بالنسبة للكفيل: يجب أن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه فإذا كان ناقص الأهلية كانت الكفالة باطلة بطلانا مطلقاً، وعليه فلا يجوز للقاصر ولا المحجور عليه أن يكفل التزاماً ما، بل ولا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد الكفالة باسم القاصر أو المحجور عليه متى كانت الكفالة تبرعية، أما إذا كانت الكفالة بمقابل فيجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التصرف وتكون كفالة القاصر والمحجور عليه قابلة للإبطال ويكون حينئذ للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد الكفالة باسم هؤلاء.

ويشترط فضلا عن ذلك أن يكون الكفيل شخصا موسرا و مقيما بالجزائر (م 646 ق م ج)

2/ محل عقد الكفالة.

يجب أن يكون الإلتزام المكفول صحيحا حتى تكون الكفالة صحيحة (م 648 ق م ج)، وعلّة ذلك أن إلتزام الكفيل يتبع إلتزام المدين في صحته و بطلانه، فكفالة الإلتزام الباطل باطلة.

أما بالنسبة لكفالة الإلتزام القابل للإبطال فإذا كان الإلتزام الأصلي المكفول قابلا للإبطال فإن الكفالة تأخذ نفس الحكم، و يستطيع الكفيل أن يطالب بإبطال التزامه تنجية لقابلية الإلتزام الأصلي للإبطال لأن للكفيل أن يحتج بنفس الأوجه التي للمدين الأصلي نفسه ، غير أنه يجب التمييز بين سبب قابلية الإلتزام الأصلي للإبطال، فإذا كان عيبا من عيوب الإرادة فتطبق الأحكام السابقة، أما إذا كان سبب قابلية إلتزام المدين للإبطال هو نقص أهليته فإن المشرع أورد حكما خاصا في ذلك تضمنته المادة 649 ق م ج بقولها: " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام أورد حكما خاصا في ذلك تضمنته المادة 649 ق م ج بقولها: " من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول باستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 654 " .

وتنص المادة 654 /ف 02 ق م ج على مايلي: " غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

أما إذا قضي بإبطال الإلتزام الأصلي فسقط الكفالة تبعاً لذلك، أما إذ استقر الإلتزام الأصلي صحيحاً بالإجازة أو التقادم فإن الكفالة تستقر صحيحة هي الأخرى.

أما إذا كان التزام الكفيل قابلاً للإبطال ولم يجزه الكفيل بل تمسك بإبطاله فتبطل الكفالة رغم صحة الإلتزام الأصلي.

و أخيراً يجب أن يكون الإلتزام المكفول معيناً أو قابلاً للتعيين و موجوداً أو قابلاً للوجود، وفي هذا الصدد تنص المادة 650 ق م ج على أنه: " تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط، غير أنه إذا كان الكفيل يدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة كان له أن يرجع فيها في أي وقت، طالما أن الدين المكفول لم ينشأ"

ثانياً: إثبات عقد الكفالة.

تنص المادة 645 ق م ج على أنه: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالديانة"

طبقاً لهذا النص فإن الكتابة ضرورية لإثبات الكفالة فقط و ليست لإنعقادها، ولما كان التزام الكفيل يغلب عليه الطابع التبرعي فيجب أن يستند إلى رضا صريح و قاطع وقد يصعب أو يستحيل أحياناً التعرف على طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه و نوع كفالته حتى عن طريق شهادة الشهود، لهذه الأسباب قرر المشرع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة، غير أنه يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقامها كالإثبات باليمين و الإقرار إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقد الدائن السند لسبب أجنبي لا يد له فيه، أما بالنسبة للدائن فيجوز إثبات رضاه بكافة طرف الإثبات.

أما فيما يخص العلاقة بين الكفيل و المدين كأن يرجع الأول على الثاني بعد الوفاء بالإلتزام فإنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات، فيجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات بإعتبار المدين من الغير بالنسبة لعقد الكفالة، و هذا الأخير يعتبر واقعة بالنسبة له.

المحاضرة رقم 05 " آثار عقد الكفالة"

يرتب عقد الكفالة آثاراً فيما بين أطرافه الكفيل و الدائن، وبالنظر لطبيعته الخاصة باعتباره تابعاً للإلتزام أصلي فيترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين المدين و الكفيل في حالة إذا ما وفى الكفيل بالدين المكفول، وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونون متضامنين أو غير متضامنين، أيضاً قد يتعدد الكفلاء لدين واحد وقد يكونون كذلك متضامنين أو غير متضامنين، لذلك فإن الإحاطة بكل الآثار التي يترتبها عقد الكفالة تقتضي منا دراسة كل هذه العلاقات.

أولاً: العلاقة بين الكفيل و الدائن تختلف أحكام الكفالة بحسب ما إذا كنا بصدد كفالة بسيطة أو كفالة تضامنية.

1/ الكفالة البسيطة:

يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة بأن يضمن تنفيذ التزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، ويترتب على ذلك أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول وله أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه ، ولكن بالنظر إلى الصفة التبعية للكفالة فإنه يجب على الدائن أن يطالب المدين أولاً قبل أن يطالب الكفيل، كما يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي قبل أن ينفذ على أموال الكفيل وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد ، وهناك شرط آخر تفرضه القواعد العامة وهو أنه لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل التزامه، حتى لو حل أجل الدين المكفول قبل ذلك لأن القاعدة تجيز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين الأصلي لكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الإلتزام الأصلي.

أ / الدفع بالتجريد: إن الدفع بالتجريد من الدفع المتعلقة بالتنفيذ على أموال المدين و لأن الكفالة عقدا تابعا فلا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن ينفذ على أموال المدين وهذا ما نصت عليه المادة 660/ف01 ق م ج بقولها: " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق " .

إن الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام بل هو دفع مقرر لمصلحة الكفيل الشخصية لذلك يجب على الكفيل إذا أراد الإستفادة من هذا الدفع أن يتمسك به فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ،ويشترط لقبول هذا الدفع أن لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه فيه، ويجب أن يكون التنازل صريحا سواء كان في عقد الكفالة نفسه أو في اتفاق لاحق.

وإذا أراد الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين التي تفي بالدين كله (أنظر المادة 661/ف01 ق م ج)، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الجزائر أو كانت متنازعا فيها (المادة 661/ف02 ق م ج).

ومن جهة أخرى إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو إتفاقا لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين (المادة 663 ق م ج)؛ وحكمة هذا النص واضحة إذ أن المشرع قد راعى أن تدخل الكفيل لضمان الدين في الوقت الذي يوجد فيه تأمين عيني مخصص لضمان ذات الدين و قد أخذ في اعتباره ذلك واعتمد على هذا التأمين في الوفاء بالدين المضمون، لذلك يجب على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على المال المحمل به على أن يكون له الحق في التنفيذ على أموال الكفيل إذا لم يكفي هذا المال المحمل بالتأمين للوفاء بكامل حقه.

ووجه الخصوصية في هذه الصورة هو أنه لا يشترط فيها أن يكون هذا التأمين كافيا للوفاء بدين الدائن كما هو الحال في الصورة العامة للدفع بالتجريد، كما أن الدفع لا ينصرف فع بالتجريد، كما أن الدفع لا ينصرف إلى كل أموال المدين، إنما إلى المال أو الأموال المحملة بتأمين عيني.

ب/ الدفع بالتقسيم: في هذه الحالة يفترض أن هناك أكثر من كفيل لدين واحد و في عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، وعلى ذلك فإن الدين يقسم عليهم ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط (أنظر المادة 664 ق م ج) ، ويشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط هي:

1- أن يتعدد الكفلاء وعلى ذلك إذا كان للمدين كفيل واحد فلا ينقسم الدين بينه وبين المدين.

2-أن يتعدد الكفلاء لدين واحد.

3- أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس المدين،

4- أن يكون تعدد الكفلاء بعقد واحد،

5- أن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنون فيما بينهم.

آثار الدفع بالتقسيم:

بتوفر الشروط السابق ذكرها فإنه لا يحق للدائن أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر حصته في الدين، ويقسم الدين بالتساوي مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك، ويقع التقسيم بين الكفلاء المتعددین وغير المتضامین بقوة القانون، ويجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون حاجة لأن يتمسك به الكفيل، ويترتب على ذلك أنه إذا أعسر أحد الكفلاء فإن الدائن هو الذي يتحمل حصة المعسر منهم.

2/ الكفالة التضامنية : (تضامن الكفيل مع المدين الأصلي)

إن الكفيل في علاقته بالدائن هو في هذا النوع من الكفالة كمدين متضامن، ويترتب على ذلك أن الكفيل المتضامن مع المدين لا يستطيع الدفع بالتجريد (المادة 665 ق م ج)، ولا الدفع بالتقسيم (المادة 644 ق م ج)، وعليه يكون الدائن في أحسن وضع مادام الأخير يمكنه أن يتابع الكفيل الذي يكون في نفس المرتبة مع المدين.

ويجب الإشارة في هذا الصدد إلى ما نصت عليه المادة 667 ق م ج التي تقضي بأن: " يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائماً متضامنين " حيث لا يمكنهم أن يطالبوا بالتجريد ولا بالتقسيم؛ وعلى العكس من ذلك تؤكد المادة 666 ق م ج بأنه: " يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالمدين ".

المحاضرة رقم 06 " آثار عقد الكفالة" (تابع).

ثانياً: العلاقة بين الكفيل و المدين

إن التزام الكفيل بمقتضى عقد الكفالة هو ضمان الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه، والتزام الكفيل غالباً يكون دون مقابل، لذلك إذا وفى الدين للدائن كان في حكم من وفى دين غيره، و يكون من حقه بناء على هذا الوفاء أن يرجع على المدين الأصلي بما وفاه، و يكون هذا الرجوع بأحد الدعويين؛ إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

1/ الدعوى الشخصية: تنص المادة 672 ق م ج على أنه: " يكون للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة عقدت بعلمه أو بغير علمه، ويرجع بأصل الدين و المصروفات، غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".

نلاحظ أن هذه المادة تناولت الحالة التي تكون فيها الكفالة أبرمت بعلم المدين أو بغير علمه، أما إذا كانت الكفالة قد أبرمت رغم معارضة المدين فإن هذا الفرض لا يدخل في نطاق المادة 672، ولذلك فما على الكفيل في هذه الحالة إلا الرجوع على المدين طبقاً للقواعد العامة أي بمقتضى الإثراء بلا سبب وليس له أن يرجع على المدين حينئذ إلا بمقدار ما دفع.

كما تجدر الإشارة إلى أن الكفيل الذي يلتزم بالوفاء دون رضا المدين الأصلي لا يستطيع الرجوع بالدعوى الشخصية ضد هذا المدين وهذا ما قضت به المادة 670 ق م ج بتأكيد أنها: " يجب على الكفيل أن يخبر 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 "

شروط الدعوى الشخصية:

إذا كان الكفيل الذي تمت كفالته دون معارضة المدين ولمصلحة هذا الأخير حق ال رجوع على المدين بالدعوى الشخصية أو بدعوى الكفالة فلا بد من توفر شروط لذلك تتمثل فيما يلي:

1/ يجب أن يحل أجل الدين: فإذا قام الكفيل بالوفاء بالدين قبل حلول الأجل فإنه لا يستطيع الرجوع على المدين بهذه الدعوى إلا عند حلول الأجل، والأجل الذي يعتد به في هذا المقام هو الأجل الأصلي للدين المكفول.

وعلى ذلك إذا حل أجل الاستحقاق ولكن الدائن قد منح المدين أجلا جديدا فإن هذا الأجل الأخير لا يحتج به في مواجهة الكفيل، ويستطيع أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلي ويستطيع حينئذ أن يرجع على المدين بما وفاه حتى قبل انقضاء الأجل الجديد.

وعلى العكس من ذلك فإذا كان المدين قد نزل عن الأجل الأصلي فإن الكفيل يستطيع أن يفيد من هذا النزول، ويقوم بالوفاء بالدين فوراً وأن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بما وفاه للدائن.

2/ يجب أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن: وفاء فعلياً حتى يمكنه الرجوع بالدعوى الشخصية.

3/ يجب على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء.

2/ دعوى الحلول:

تنص على هذه الدعوى المادة 671 ق م ج بقولها: " إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين". وتسري في حقه في هذه الحالة القواعد العامة في الوفاء وما يتبعه من تأمينات وما يلحقه من دفع (أنظر المادة 264 ق م ج)، ويمكنه الرجوع بدعوى الحلول حتى ولو أبرمت الكفالة رغم معارضة المدين خلافاً للدعوى الشخصية.

كما تؤكد المادة 673 ق م ج على أنه: " إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بما وفاه من الدين؛ "

كما أن المادة 670 ق م ج المذكورة أعلاه لا تقتصر على دعوى الكفالة وإنما تنطبق أيضاً على دعوى الحلول حسب بعض الفقه لكن الرأي الغالب أنها لا تنطبق، وعلى ذلك فإن شروط دعوى ممارسة الكفيل لدعوى الحلول تتمثل فيما يلي:

1/ يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين وفاء فعلياً؛

2/ يجب أن يكون الوفاء قد تم عند حلول أجل الاستحقاق؛

3/ في حالة الوفاء الجزئي من قبل الكفيل يجب أن يستوفي الدائن كامل حقه من المدين؛

4/ يجب أن على الكفيل أن يخبر المدين قبل القيام بالوفاء وأن لا يعارض المدين هذا الوفاء.

رجوع الكفيل على المدينين عند تعددهم:

أ-حالة تعدد المدينين بلا تضامن فيما بينهم:

***الكفيل كفّل كل المدينين:** إذا وفى الكفيل بالدين رجع على كل منهم بقدر نصيبه من الدين ويكون الرجوع إما بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) أو دعوى الحلول ويقسم الدين هنا بين المدينين.

***الكفيل كفّل بعض المدينين دون البعض الآخر:** يرجع الكفيل على الذين كفّلهم بإحدى الدعويين غير أنه لا يستطيع

الرجوع على المدينين الذين لم يكفلهم بالدعوى الشخصية لأنها لا ترفع إلا على المدين المكفول كما لا يستطيع الرجوع عليهم بدعوى الحلول لأن الكفيل ليس ملزماً بالدين معهم، وليس ملزماً بالوفاء به عنهم عملاً بنص المادة 261 مدني،

لكن إذا وفى الكفيل حصتهم من الدين رجع عليهم طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب عملاً بنص المادتين 141 و 259 مدني.

ب-حالة تعدد المدينين المتضامنين فيما بينهم:

***الكفيل كفّل كل المدينين:** يرجع الكفيل في حالة المدينين المتضامنين على أي منهم إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول فإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة إعساره بقية المدينين المتضامنين كل بقدر حصته.

***الكفيل كفّل بعض المدينين دون البعض الآخر:** يرجع الكفيل على الذين كفّلهم بإحدى الدعويين ويرجع على المدينين الذي لم يكفلهم إما بدعوى الحلول أو دعوى الإثراء بلا سبب.

ثالثاً: علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء:

أ-تعدد الكفلاء بعقد واحد دون تضامن: في حالة تعدد الكفلاء بعقد واحد لكنهم غير متضامنين فيما بينهم فيطالب الدائن كلا منهم بنسبة حصته في الدين فقط ولكل منهم أن يدفع مطالبة الدائن له بتقسيم الدين وعليه فلا يرجع على بعضهم على بعض، وإذا وفى أحدهم بكامل الدين رغم ذلك فيرجع على الآخرين بدعوى الإثراء بلا سبب.

ب-تعدد الكفلاء بعقود متوالية أو تعددهم مع تضامنهم:

يستطيع الدائن الرجوع على أي منهم بكامل الدين بحيث يتمتع عليهم الدفع بالتقسيم وإذا وفى أحدهم بكامل الدين

كان له الرجوع على الآخرين بحصة كل منهم وكذا بنصيب المعسر منهم، والرجوع يكون إما بدعوى الإثراء بلا سبب

أو بدعوى الحلول وهذا منصت عليه المادة 668 ق م ج.

المحاضرة رقم 07: إنقضاء الكفالة

كما سبق بيانه فإن عقد الكفالة عقد تابع للإلتزام الأصلي إذ يقوم على ضمان الوفاء به، وعليه فالكفالة تتبع الإلتزام الأصلي في الصحة و البطلان و الوجود والانقضاء، ولذلك تنقضي بانقضاء

الإلتزام الأصلي كما أن هناك أسبابا أخرى تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ودون أن يترتب على ذلك انقضاء الإلتزام الأصلي.

إذن تنقضي الكفالة بطريقتين، سواء بالتبعية أو بصفة أصلية.

أولا : إنقضاء الكفالة بالتبعية

تطبق هنا القواعد العامة، فينقضي الإلتزام المكفول بسبب من اسباب الانقضاء العامة، وحيث أنه إذا انقضى الإلتزام الأصلي المكفول الذي يركز عليه التزام الكفيل ويجب أن ينقضي هذا الأخير بالتبعية. وهذا نتيجة حتمية لطبيعة التزام الكفيل.

إن أسباب انقضاء الكفالة تتمثل إما في الوفاء أو ما يقوم مقام الوفاء، وإما في طرق أخرى غير الوفاء كالإبراء واتحاد الذمة والتقدم وأخيرا فسخ الإلتزام أو إبطاله.

أ/ انقضاء الإلتزام الأصلي بالوفاء و ما يقوم مقام الوفاء

1) انقضاء الدين المكفول بالوفاء: إذا قام المدين الأصلي بالوفاء بالدين انقضى التزامه الأصلي وانقضى بالتبعية التزام الكفيل، أما إذا كان الوفاء جزئيا فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود أي بمقدار ما وفاه المدين. ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين و على الكفيل.

أما إذا وفى بالدين شخص غير المدين وحل الموفي محل الدائن فإن ذمة الكفيل لا تبرأ لأن ذمة لم تبرأ أيضا، ويسري نفس الحكم إذا أحال الدائن حقه إلى دائن آخر فإن الدين يظل قائما بكل ضماناته بما في ذلك الكفالة ويظل الكفيل مسؤولا في مواجهة المحال له كما كان مسؤولا في مواجهة الدائن الأصلي المحيل.

أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر فإن الدين يظل قائما إلا أنه مع تغير شخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد.

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل بالوفاء الصادر من المدين أن يكون هذا الوفاء صحيحا أي أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به وأهلا للتصرف فيه وإذا كان الوفاء باطلا ولحق الموفي ضررا من هذا الوفاء كان الوفاء غير صحيح ولا ينقضي الدين ويبقى مضمونا بكل تأميناته بما فيها الكفالة.

2) انقضاء الدين المكفول بالوفاء بمقابل: إن الوفاء بمقابل يؤدي إلى انقضاء الدين المكفول (م 655 ق م: إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين برئت بذلك ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء).

3) انقضاء الدين المكفول بالتجديد: يقصد بذلك أن المدين الأصلي جدد دينه بتغيير الدائن أو تغيير المدين أو تغيير الدين في محله أو مصدره (م 287 ق م). فينقضي الدين المكفول وتنقضي الكفالة بصورة تبعية ويحل محل الدين المكفول دين جديد لا تنتقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المضمون إلا إذا نص القانون على غير ذلك أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى ذلك (م 291 ق م).

تنص (م 293 ق م: لا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية ولا التضامن إلى الإلتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون). إن التجديد يؤدي إلى انقضاء الكفالة ويجب أن تتوفر بعض الشروط هي:

1. أن يكون الإلتزام القديم والإلتزام الجديد قد خليا من أسباب البطلان.

2. يجب أن تكون نية التجديد واضحة بأن يتفق عليها صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف حيث أن التجديد لا يفترض.
- 3- يجب أن يغير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة.

4) انقضاء الدين المكفول بالإنابة: (م 287-296 ق م) إن الإنابة المقصودة هنا هي الإنابة الكاملة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول ويتفق فيها على أن ينقضي التزام المدين (المنيب) ليحل محله التزام جديد (المناب) في مواجهة الدائن وهو المدين الجديد، ففي هذه تكون الإنابة بتجديد الالتزام بتغيير المدين و يترتب على ذلك انقضاء التأمينات الضامنة لهذا الالتزام ومن بينها الكفالة فتبرأ ذمة الكفيل في مواجهة الدائن ما لم يرتضي الكفالة المدين الجديد.

أما بالنسبة للإنابة الناقصة فلا يوجد هناك تجديد للالتزام وبالتالي لا ينقضي الالتزام القديم ولا التأمينات الضامنة له حيث يقوم التزام المنيب (المدين الأصلي) بجانب التزام المناب عنه ويكون للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد، ومن ثم يظل التزام الكفيل قائماً بجانب التزام المدين الأصلي ولا يجوز للكفيل أن يدفع في مواجهة الدائن بانقضاء التزامه.

5) انقضاء الالتزام المكفول بالمقاصة: إذا أصبح المدين المكفول دائناً للدائن وتوفرت شروط المقاصة المنصوص عليها في المادة 297 ق م، انقضى التزام المكفول بقدر الالتزام الذي تترتب في ذمة الدائن وانقضى التزام الكفيل بالتبعية بالنسبة لهذا القدر المنقضي ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة في ذلك (م 300 ق م) وصاحب المصلحة هنا هو المدين ولا يترتب الدفع بالمقاصة آثاره إلا من الوقت الذي يصح فيه الالتزامان قابلاً للمقاصة. وللكفيل أيضاً الحق في التمسك بانقضاء الدين الأصلي بالمقاصة لأنه صاحب المصلحة، إذ يترتب على انقضائه انقضاء التزامه بالتبعية ولو كان متضامناً حتى لو لم يتمسك بها المدين الأصلي وهذا ما نصت عليه المادة 654 ف 1 بقولها: يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين.

ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين الكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن لأن الدينين غير متقابلين.

والمقاصة ليست من النظام العام فيجوز النزول عنها، فإذا نزل عنها المدينان معا بعد أن توفرت شروطها وتلقى الدينان فعلى كل منهما أن يؤدي الدين الذي في ذمته وله أن يتقاضى حقه من مدينه، فالنتازل عن المقاصة يعيد الدينين إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات.

6) انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة: ينقضي الالتزام إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن و المدين بالنسبة لدين واحد وبالقدر الذي اتحدت فيه الذمة كأن يرث المدين الدائن أو يوصي الدائن لمدينه بالدين. ففي هذه الأحوال ينقضي الدين لاتحاد الذمة (م 304 ق م). ويترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل بالتبعية.

وإذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة يعود الدين إلى الوجود وتعود التأمينات التي تضمنه كأن يثبت أن المدين لم يكن له الحق في أن يرث الدائن أو أن الوصية كانت باطلة.

ب/ انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء به

ينقضي الالتزام دون الوفاء في حالات هي الإبراء، استحالة التنفيذ، التقادم والانقضاء بفسخ الدين.

1) الإبراء: ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكنه يصبح باطلاً إذا رفضه هذا المدين (م 305 ق م). وينقضي بالتبعية

لذلك التزام الكفيل ويشترط ليرتب الإبراء آثاره أن يكون صحيحا، فيجب أن يكون الدائن قد برأ المدين مختارا، كما أن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة من جانب الدائن وعلى ذلك فإنه لا ينتج آثاره إلا إذا وصل إلى علم المدين ويرتد برده. كما أنه لا يسري على الإبراء الشروط الموضوعية التي تسري على التبرعات (م306 ق م)، ولكن لا يشترط فيه شكل خاص حتى لو كان الالتزام موضوع الإبراء يشترط فيه شكل معين. وعلى ذلك فإذا أبطل الإبراء اعتبر كأن لم يكن وعاد الدين إلى الوجود وعاد التزام الكفيل إلى الوجود. ولا يعتبر من قبيل الإبراء الصلح الذي يعقده الدائن مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه وذلك لعدم توفر نية التبرع للمدين.

2) استحالة التنفذ: ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا، لسبب أجنبي لا يد له فيه (م307 ق م). وتنقضي بذلك الكفالة بالتبعية وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لبراءة ذمة المدين. وإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ من جانب المدين فإنه يترتب على ذلك مسؤولية المدين على عدم التنفيذ ويحكم عليه بالتعويض وبذلك لا تبرأ ذمة المدين وبالتبعية لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلا للتعويض.

3) التقة: إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية لذلك ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة به، وللكفيل أن يتمسك بالتقادم للالتزام الأصلي ولو لم يتمسك به المدين (م321 ق م).

ثانيا: انقضاء الكفالة بصفة أصلية

ينقضي التزام الكفيل بأسباب الانقضاء العامة مثله مثل أي التزام، وإلى جانب ذلك فإن الطبيعة الخاصة للالتزام الكفيل تمثل نوعا من الحماية قررها المشرع واختص هذا الالتزام.

أ/ انقضاء التزام الكفيل بسبب من أسباب الانقضاء العامة: تنقضي الكفالة بالوفاء الحاصل من الكفيل ويترتب على ذلك انقضاء التزامه وانقضاء الدين المكفول، كما ينقضي التزام الكفيل بما يعادل الوفاء، لكن إذا لم يوف الكفيل إلا ببعض الدين فلا تبرأ ذمته ولا ذمة مدينه إلا بالقدر الذي وفاه.

كما ينقضي التزام الكفيل بتجديده بتغيير الكفيل بكفيل آخر أو يحل محل التزام الكفيل ضمان آخر كالرهن أو يستبدل التزام الكفيل بالتزام أصلي على أن يلتزم الكفيل على نفس درجة التزام المدين الأصلي.

وتنقضي الكفالة كذلك بالمقاصة إذا أصبح الكفيل دائنا للدائن، وتنقضي باتحاد الذمة بين الكفيل والدائن كما إذا ورث أحدها الآخر ويترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل فقط دون الالتزام المكفول.

وتنقضي الكفالة أيضا بالإبراء، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة برئت ذمة هذا الأخير دون أن يؤثر ذلك في بقاء الالتزام الأصلي والعكس غير صحيح، بمعنى إذا أبرأ الدائن المدين الأصلي فالكفالة تنقضي حتما بالتبعية.

وينقضي التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية أي دون أن ينقضي الدين المكفول.

ب/ الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

تنقضي الكفالة بصفة أصلية دون أن ينقضي الالتزام الأصلي في ثلاث حالات نص عليها القانون المدني:

- 1- براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات (م 656 ق م)
- 2- براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (م 657 ق م)
- 3- عدم تقدم الدائن في تقليصه المدين فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب إهمال الدائن وذلك مع بقاء الدين الأصلي قائما (م 658 ق م).

المحور الثاني التأمينات العينية: عقد الرهن الرسمي -نموذج-

المحاضرة رقم 08: مفهوم الرهن الرسمي (تعريفه وخصائصه).

يعد الرهن الرسمي من أهم وسائل الائتمان في العصر الحديث وذلك لمزاياه العديدة، فهو يوفق بين مصلحتي الراهن و المرتهن رغم أنهما متعارضتين، كما أنه يمنح الغير حماية في حالة تعامله مع الراهن في العقار المرهون كما يزود الخزينة العامة بإيرادات معتبرة.

ويتحقق هذا التوفيق بين الصالح المتعارضة في كون الراهن لا يفقد ملكية العقار المرهون و حيازته و تبقى له كافة سلطات المالك. وبقاء العقار في ملكيته وحيازته يمكنه من الاستفادة منه عن طريق إدارته و استغلاله بإعادة رهنه أو بيعه وغير ذلك من التصرفات. أما بالنسبة للمرتهن فهو يقرر له ضمانا قويا دون أن يحمله عبء إدارة العقار و استغلاله وذلك بمنحه سلطة مباشرة على العقار تمكنه من تتبع العقار و استيفاء حقه بالأفضلية.

أما حماية الغير فتتحقق نتيجة قيد الرهن (شهره)، والقيد هو وسيلة معرفة الدين المضمون بالعقار على وجه التحديد وكافة الحقوق التي تنقل العقار، فإذا قام الغير بمعاملة مع الراهن على العقار فهو يجريها وهو على بينة من الوضع القانوني للعقار.

كما يسمح الرهن الرسمي بتزويد الخزينة العمومية بإيرادات معينة تفرض على المعاملات العقارية.

وقد نظم المشرع الجزائري الرهن الرسمي في الباب الأول من الكتاب الرابع من القانون المدني في خلال المواد 882 إلى 936 .

تعريف الرهن الرسمي وخصائصه.

أولاً: تعريف الرهن الرسمي.

عرف المشرع الرهن الرسمي من خلال المادة (882 ق م ج) بأنه: " الرهن الرسمي عقد على د يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، و يكون له بمقتضاه أن يتقد على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

يلاحظ على نص المادة أن المشرع في تعريفه للرهن الرسمي غلب فكرة العقد على فكرة الحق الذي ينشأ عن العقد، وكان من المستحسن أن يعرف الرهن باعتباره حقا إذ الحق هو الغاية و ما العقد إلا وسيلة نشوئه، وهذه الملاحظة مستوحاة من عنوان الكتاب الرابع " الحقوق العينية التبعية".

وعلى ضوء ما تقدم يمكن تعريف الرهن الرسمي بأنه: " حق عيني ينشأ بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام، يخول الدائن المرتهن حق تتبع العقار في أي يد كان واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم على الدائنين العاديين و الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة".

ثانيا: خصائص الرهن الرسمي:

1- الرهن الرسمي حق عيني: فهو يمنح الدائن المرتهن المزايا و السلطة على الحق العيني وهو حق التقدم و حق التتبع، فبمقتضى حق التتبع يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار في أي يد يكون و بمقتضى حق التقدم يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون بالأفضلية على الدائنين الآخرين التاليين له في المرتبة.

وهذه السلطة التي يخولها الرهن للدائن المرتهن هي سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق ولكن لا يخول له حق استعماله أو استغلاله.

2- الرهن الرسمي حق تبعية: فلا ينشأ الرهن مستقلا بل يكون تابعا لحق أصلي يسعى إلى ضمان الوفاء به، ويترتب على هذه التبعية أن الرهن الرسمي يتبع الإلتزام الأصلي في نشأته و انقضائه.

وإن كان الأصل أن الرهن لا يوجد إلا بوجود الإلتزام فإنه يمكن استثناء أن يوجد الرهن الرسمي قبل الإلتزام الأصلي طبقا لما نصت عليه المادة (891 ق م ج).

3- الرهن الرسمي حق عقاري: الأصل أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات، و الحكمة من استبعاد المنقولات هي عدم امكانية اخضاعها لإجراءات الشهر، نظرا لسرعة تداولها.

واستثناء يسمح برهن بعض المنقولات رهنا رسميا، وهذا الإستثناء لا يكون إلا بنص قانوني (م 886/ف 01 ق م ج)، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 55 من القانون البحري الجزائي بشأن رهن السفن رهنا رسميا، و المادة 31 من قانون الطيران المدني بشأن رهن الطائرات.

4- الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة: كقاعدة عامة الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة، فكل 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 الإتفاق على خلاف ذلك (م 892 ق م ج).

المحاضرة رقم 09: إنشاء الرهن الرسمي.

ينشأ الرهن الرسمي بموجب عقد يجب أن تتوافر كل أركانه حسب القواعد العامة من تراضي، محل وسبب و الشكل الذي تطلبه المشرع .

الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن الرسمي:

لانعقاد الرهن لابد من توفر شروط موضوعية عامة و أخرى خاصة يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: الشروط الموضوعية العامة: إحالة نحيل في هذه المسألة إلى القواعد العامة في نظرية العقد لتجنب التكرار.

ونشير فقط في هذا المقام إلى أحكام الوكالة في إنشاء الرهن، فكما ينعقد الرهن أصالة بين المتعاقدين يمكن أن ينعقد عن طريق الوكالة وهي نيابة اتفاقية، ويجب أن يتوفر في الوكالة نفس الشكل الذي يتطلبه الرهن ذاته (م 572 ق م ج).

وتجوز الوكالة في الرهن كما تجوز في التصرفات القانونية عامة إلا أنها بالنسبة للرهن لابد أن تكون وكالة خاصة فالوكالة الواردة بالأفاظ عامة لا تعطي الحق للوكيل في إنشاء رهن رسمي وفي ذلك تنص المادة 574/ف01 ق م ج على أنه: " **لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما البيع و الرهن...**"، وتكون الوكالة الخاصة صحيحة ولو لم يعين العقار محل الرهن على وجه التخصيص وهذا ما قرره المادة 574/ف02 ق م ج بقولها: " **الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان هذا العمل من التبرعات.**"

ثانياً: الشروط الموضوعية الخاصة: يشترط المشرع لإنشاء الرهن الرسمي تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ومن حيث الدين المضمون هذا من جهة، ومن جهة أخرى يشترط أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه.

1/ تخصيص الرهن: قاعدة تخصيص الرهن قاعدة مزدوجة تنطبق على العقار المرهون وعلى الدين المضمون.

❖ **تخصيص العقار المرهون:** تنص المادة 886 ق م ج على أنه: " **لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه و بيعه بالمزاد العلني و أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته و موقعه، و أن يرد هذا التعيين في عقد الرهن أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلاً.**" من خلال هذا النص يمكن أن نفصل الشروط اللازمة لتخصيص العقار المرهون على النحو التالي:

1- تعيين العقار تعييناً دقيقاً: يقرر نص المادة السابقة مبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون، ويقصد بالتخصيص أن يتقرر الرهن على عقار بالذات وليس على كل أموال المدين الحاضرة و المستقبلية وأن يكون هذا العقار المرهون معيناً من حيث طبيعته و موقعه.

والهدف من تقرير التخصيص هو منع الرهن العام الذي يرد على كل أموال المدين، لكن لا يوجد ما يمنع المدين من رهن كل أمواله مع تخصيص كل منها في عقد رهن العقار الذي يرهنه بالذات.

ويجب أن يكون تعيين العقار دقيقاً من حيث طبيعته و موقعه ونوعه وأي صفة أخرى بما ينفي الجهالة به (أنظر المادة 93 و66 من المرسوم 63-76)، فإذا لم يراعى شرط التعيين بأن كان الرهن عاماً و لم يعين العقار تعييناً دقيقاً يمنع الجهالة فالرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وبصدد تقرير البطلان الوارد في المادة اعلاه يجب أن نفرق بين ما إذا كان الرهن خاصاً و لم يعين العقار تعييناً كافياً، ففي هذه الحالة يمكن تعيينه في عقد رسمي لاحق له يعتبر ملحقاً للعقد الأصلي، وبين ما إذا كان الرهن عاماً و لم يرد فيه أي تعيين ففي هذه الحالة يكون الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يمكن الإتيان بالتعيين في عقد رسمي لاحق.

2- يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني: الرهن تصرف يرد على عقار لذا اشترط المشرع أن يكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه، وبما أن الأثر الأساسي للرهن هو تمكين الدائن المرتهن عند عدم استيفاء حقه من التنفيذ على العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني، فإنه يجب أن يكون العقار المرهون مما يجوز بيعه بالمزاد العلني.

وعليه لا يجوز رهن كل الأموال التي لا يجوز التعامل فيها كأموال الموقوفة لمنع التعامل فيها بحكم القانون، وحقوق الارتفاق لعدم امكانية بيعه بالمزاد العلني إستقلالاً عن العقار.

3- يجب أن يكون العقار موجوداً: وهنا يطرح التساؤل حول إمكانية رهن الأموال التي لم تكن موجودة وقت الرهن وكان من الممكن وجودها في المستقبل كرهن منزل لم يشرع في بنائه بعد.

لم يرد نص خاص في هذه المسألة لذلك وجب الإستهداء بالقواعد العامة، وفي هذا الصدد نجد نص المادة 92 ق م ج يقرر أنه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً..." فالأصل هو صحة التصرفات في الأموال المستقبلية.

كما لم يقرر المشرع بطلان رهن الأموال المستقبلية بنص خاص لذلك وجب الرجوع إلى الأصل العام في صحة التصرفات في الأموال المستقبلية، لذلك يكون رهن عقار مستقبلي صحيحاً إذا كان سيوجد في المستقبل وكان مملوكاً للراهن ومعيّناً بذاته تعييناً دقيقاً، وخلاف ذلك يجعل الرهن الرسمي باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم إمكانية تخصيصه.

4- امتداد الرهن لملحقات العقار المرهون وثماره:

إذا كان الرهن يرد على عقار معين بذاته يمكن الدائن المرتهن من التنفيذ عليه عند عدم استيفاء حقه فإن هذا التنفيذ يتم على العقار بقيمته وقت الحجز وليس كما كان وقت إنعقاد الرهن، وعليه فإن كل زيادة تطرأ بعد الرهن على العقار يشملها الرهن و تصبح مرهونة باعتبارها من ملحقات العقار.

كما أنه في بعض الحالات زيادة على ثمن العقار المرهون يمتد الرهن إلى ثمار العقار المرهون ويستوفي الدائن منها حقه رغم أنها في الأصل من حق الدائن.

أ- شمول الرهن لملحقات العقار المرهون: يقصد بذلك أن الدائن عند اتخاذه إجراءات التنفيذ على العقار فإنه ينفذ كذلك على ملحقاته و يستوفي من ثمن العقار ومن ثمن الملحقات. ذلك أن مبدأ تخصيص الرهن يقتصر على اشتراط تعيين العقار المرهون ذاته تعييناً دقيقاً ولا يقتضي تعيين ملحقات العقار لأن الغرض من تخصيص العقار المرهون هو فصله عن بقية أموال المدين للتأكيد بأن الرهن خاص يرد على عقار بذاته وليس رهناً عاماً على كل عقارات الراهن.

وإذا حدد العقار المرهون، فالرهن الوارد عليه يمتد إلى ملحقاته بحكم القانون دون حاجة إلى اتفاق المتعاقدين، وهذا ما أكدته المادة 887 ق م ج بقولها: "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، و يشمل على بوجه خاص حقوق الارتفاق و العقارات بالتخصيص و كافة التحسينات و الإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، مالم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين و المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 997"، إن الملحقات الواردة بنص المادة واردة على سبيل المثال لا الحصر ، كما أن النص مكمل وليس أمر فيجوز للراهن و المرتهن استبعاد تطبيقه بالاتفاق على ما يخالفه.

ب- إحقاق الثمار بالعقار المرهون: تنص المادة 888 ق م ج على مايلي: "توقف وتوزع ثمار العقار المرهون كما يقف ويوزع ثمن العقار ابتداء من تسجيل نزع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري"، إن الثمار إما أن تكون طبيعية كنتاج الحيوانات أو مستحدثة بفعل الإنسان

كالمحاصيل الزراعية؛ فبحسب الأصل هذه الثمار لاتعتبر من ملحقات العقار المرهون لأنها ملك للراهن، إذ يبقى محتفظا بحيازة العقار وله الحق في إيراده وجني ثماره، إلا أنها تلحق استثناء بالعقار المرهون في وقت لاحق، لذلك رأى المشرع أنه ابتداء من تاريخ معين فإن حق الدائن المرتهن يتعلق بتلك الثمار ، وهذا التاريخ يبدأ من الوقت الذي يشرع فيه الدائن في التنفيذ على العقار لبيعه في المزاد العلني، وهذا الوقت هو التأشير بالتنبية بنزع الملكية إذا كانت الإجراءات في مواجهة الراهن أو في وقت التأشير بالإنداز إذا كانت الإجراءات تتخذ في مواجهة الحائز(انظر المادة 930ق م ج).

❖ **تخصيص الدين المضمون:** تحديد الدين المضمون من الشروط الموضوعية الخاصة لصحة الرهن وينطبق عليه مبدأ التخصيص كما ينطبق على العقار المرهون، وتخصيص الدين يتم بتحديد من حيث المقدار ومن حيث المصدر.
أ- تخصيص الدين من حيث المقدار: ويتم ذلك بذكر مقدار الدين المضمون في عقد الرهن وكذلك في قيده،

وقد يكون الدين المضمون معلقا على شرط أو مستقبلي أو احتمالي، ولا يمنع ذلك من ترتيب رهن ضمانا له طالما أن مقدار الدين معين وقت العقد، وإذا كان الدين يحتمل الزيادة في حالة فتح حساب جاري مثلا فيجب تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه، ويعتبر تحديدا كافيا للدين على أساس حده الأقصى لكي يكون معلوما مسبقا (أنظر المادة 891 ق م ج).

ب- تخصيص الدين المضمون من حيث المصدر: لتحديد مصدر الدين أهمية في معرفة ما إذا كان الدين نشأ صحيحا أم لا، كما يمكن أن يكون الدائن دائما بأكثر للمدين بديون مختلفة عن بعضها لذا يجب أن يبين في عقد الرهن ما هو الدين المضمون بالذات، ولتخصيص الدين من حيث مصدره أهمية من حيث الدفع التي يتمسك بها المدين أو الدائنين المرتهنين التاليين، كالدفع ببطلانه إذا كان باطلا أو الدفع بانقضائه...إلخ.

المحاضرة رقم 10: (تابع الشروط الموضوعية الخاصة)

2/ أهلية الراهن و ملكيته للعقار المرهون:

❖ **أهلية الراهن:** إذا كان الراهن هو المدين فالرهن يعتبر بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر لهذا يشترط أن يكون بالغاً سن التمييز على الأقل، وإلا كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا.

أما إذا كان الراهن غير المدين بأن كان كفيلا عينيا، فالتصرف يعبر بالنسبة له ضارا ضررا محضا، ويشترط لصحته أن يكون الراهن كامل الأهلية.

إلا أنه في الحقيقة لا يجب التمييز في اشتراط الأهلية بين المدين الراهن والكفيل العيني إذ يجب أن يكون كل منهما كامل الأهلية طبقا لنص المادة 884 ق م ج التي تقضي بأنه: «... وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه...»

❖ **ملكية الراهن للعقار المرهون:** يجب أن يكون الراهن، سواء كان مدينا أو كفيلا عينيا، مالكا للعقار المرهون، فإن لم يكن مالكا للعقار المرهون فلا يتصور أنه يستطيع إعطاء المرتهن أي حق عليه لأن فاقده الشيء لا يعطيه (المادة 884 / 02 ق م ج)

و لتوضيح شرط ملكية الراهن للعقار المرهون يتوجب علينا بحث حكم رهن ملك الغير (1) ، حكم الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته باثر رجعي للعقار المرهون (2)، حكم الرهن

الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير (3) وحكم رهن العقار المملوك على الشيوخ سواء صدر الرهن من كل الملاك أو من أحدهم (4).

1- رهن ملك الغير: ويقصد به الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون ويستوي في ذلك أن يرهنه باعتباره ملكا لغيره أو باعتباره ملكا له، ولم يبين المشرع حكم هذا الرهن، ولتحديد حكمه يجب علينا أن نشير أولا إلى أنه :

-حسب القانون المدني (المادة 883) الرهن الرسمي ينعقد بعقد رسمي و العقد الرسمي يقوم بتحريره ضابط عمومي مختص بعد التأكد من ملكية الراهن للعقار، وإذا تبين له غير ذلك فلا يقوم بتحرير العقد؛ ومنه فمن الصعب تصور أن يتوصل شخص إلى رهن عقار لا يملكه- إلا بالتزوير-.

-ان هذا الرهن سيتم قيده في المحافظة العقارية ومن واجب المحافظ العقاري التأكد من صحة العقد و ملكية المتصرف في العقار قبل القيام بإجراء القيد، وإذا تبين له بأن الراهن ليس مالكا للعقار فإنه يرفض القيام بالقيد.

- وبمفهوم المخالفة لنص الفقرة 02 من المادة 884 ق م نستخلص أنه إذا لم يكن الراهن مالكا للعقار المرهون كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا لكون ملكية الراهن شرط من شروط الرهن.

2-حكم الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي للعقار المرهون:

مقتضى زوال الملكية بأثر رجعي يعني أن المالك الذي تزول ملكيته بأثر رجعي يصبح كأن لم يكن مالكا ابدا وبالتالي فإن كل التصرفات التي صدرت عنه تصبح كأن لم تكن بما في ذلك الرهن الذي يصدر من هذا المالك فإنه يزول بزوال ملكية الراهن.

إلا أن المشرع في المادة(885 ق م ج) خرج على هذا المبدأ وقيد هذا الحكم (أي إطلاق الأثر الرجعي لزوال الملكية) إذ تنص هذه المادة على أنه: " ...يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن".

يتضح من هذا النص أنه إذا زالت ملكية الراهن بأثر رجعي فإن الرهن الصادر منه يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن. ولكن أعمال الحكم الذي وضعه المشرع في هذه المادة خروجاً على المبدأ العام يتوقف على توافر شروط معينة، أي لكي يزول الرهن بزوال الملكية بأثر رجعي ويبقى صحيحا لا بد من توافر الشروط التالية:

- يجب أن يكون هذا الرهن قد صدر من المالك فعلا أي كان هو المالك الحقيقي وقت إبرام الرهن.

- يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن وحسن نيته يعني أنه لم يكن يعلم وقت الرهن بسبب زوال ملكية الراهن.

- ان يقع زوال الملكية بعد إبرام الرهن بسبب من الأسباب التي تنتج أثرا رجعيا كأن يصبح غير مالك بسبب فسخ سند ملكيته أو إبطاله.

فإذا توافرت هذه الشروط فإن حق الدائن المرتهن يبقى واردا على العقار رغم أن ملكية هذا العقار زالت عن الراهن ورجعت الى غيره. وفي حالة عدم وفاء الراهن بالدين المضمون بالرهن يمكن للدائن المرتهن متى كان حسن النية تتبع العقار والتنفيذ عليه تحت يد من استرجع ملكيته.

3-حكم الرهن الصادر من مالك المباني المقامة على أرض الغير:

الأصل أن مالك الأرض يملك ما عليها من مباني حسب ما نصت عليه المادة 782/ف01 ق م ج بقولها: " كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض و أقامه على نفقته يكون مملوكا له".

فالمشرع أقام قرينة على أن مالك الأرض يملك ما عليها ومع ذلك فهذه القرينة البسيطة يجوز إثبات عكسها، وهو ما عبر عنه المشرع في الفقرة 02 من نفس المادة بقوله: "غير أنه يجوز أن

تقام البيئنة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته كما يجوز أن تقام البيئنة على أن صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها" ،

ومن هنا يمكن تصور ان يكون مالك الأرض غير مالك المباني المقامة عليها، ويعتبر صاحب هذه الأخيرة مالكا لها ملكية تامة، ولهذا فإنه يستطيع رهنها، ويبقى حق الدائن المرتهن مرتبط بمصير الملكية، فإذا بقيت في ذمة الراهن استطاع التنفيذ عليها، كما أنه إذا انتقلت ملكيتها بالبيع إلى حائز فالدائن المرتهن يتبعها وينفذ عليها كقاعدة عامة إلا في بعض الحالات حيث لا يمكنه أعمال حق التتبع، فحق المرتهن قد يتأثر بمصير ملكية المباني، لأن مصيرها في حالة عدم تملك صاحبها للأرض المقامة عليها يكون إما الإزالة و إما اكتساب مالك الأرض لها (المباني) بمقتضى أحكام الالتصاق.

وليس للمرتهن منع إزالة هذه المباني لأنه ليس للمرتهن حقوق أكثر مما للمالك، لذلك قرر المشرع في المادة 889 ق م ج (أنظر نص المادة) منح الدائن المرتهن - حماية له في هذه الحالة- الأولوية في استيفاء حقه من ثمن الأنقاض او من التعويض الذي يدفعه صاحب الأرض إذا استبقى المباني وتملكها. فحق الدائن المرتهن يباشر على ما يحل محل العقار المرهون من ثمن أو ثمن الأنقاض أو من تعويض.

المحاضرة رقم: 11 (تابع الشروط الموضوعية الخاصة + الشروط الشكلية)

4-حكم رهن العقار المملوك على الشيوع:

تهدف المادة 890 ق م ج (أنظر نص المادة) إلى حماية الشركاء على الشيوع من اضرار بعضهم ببعض أثناء حالة الشيوع وإلى حمايتهم بعد انتهاء حالة الشيوع بقسمة المال الشائع من التضرر من الرهون الصادرة قبل القسمة.

كما يهدف النص إلى حماية الغير الذي تلقى حقا من الشركاء على الشيوع أو من بعضهم بالقدر الذي يتعارض مع حماية الشركاء أنفسهم.

ويعتبر حق الشريك على الشيوع حق ملكية (م/714/ف01 ق م ج)، و الرهن الصادر على الشيوع له صور متعددة فقد يصدر عن كل الشركاء على الشيوع، وقد يصدر من أحدهم فقط، وقد يكون رهنا لحصة شائعة أو رهنا لحصة مفرزة أو رهنا لكل العقار.

أ/ الرهن الصادر من جميع الشركاء: رهن صحيح لأنه صادر من الملاك، ولا يتأثر هذا الرهن بقسمة العقار أيا كانت نتيجتها ويبقى نافذا في مواجهة الجميع، وبعد القسمة يتلقى كل شريك قسمته مثقلة بالرهن.

ب/ الرهن الصادر من أحد الشركاء: قد يرهن الشريك حصة مفرزة أو شائعة كما قد يرهن كل العقار.

*رهن الشريك على الشيوع لجزء مفرز من العقار: في هذه الحالة لا ينفذ هذا الرهن في مواجهة باقي الشركاء لأن حق كل منهم يتعلق بهذا الجزء. وعند القسمة إذا وقع الجزء المرهون من نصيب شريك آخر فإن الرهن لا ينفذ في مواجهة هذا الشريك غير الراهن، وإنما حق الدائن المرتهن ينتقل الى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك الراهن، وهذا ما نصت عليه المادة 890 ف/02 ق م ج : « ... وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبتة الى الاعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل ، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة.

ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين
«.

هذا وإذا لم يكن المرتهن يعلم بحالة الشيوخ وقت الرهن جاز له طلب الإبطال على أساس الغلط
وفقا للمادة 714/ف03 ق م ج التي تنص على : «... وللمتصرف اليه الحق في إبطال التصرف
إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة.»

*رهن الشريك على الشيوخ لحصة شائعة : كل شريك يملك حصته ملكا تاما ، فرهن الشريك
لحصته الشائعة صحيح، ولكن إذا وقع في نصيبه بعد القسمة جزء مفرز مساوي للحصة الشائعة
المرهونة، فإن حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء بمقتضى فكرة الحلول العيني أي حق
الدائن المرتهن يرد على الجزء المفرز الذي حل محل الحصة الشائعة .

وإذا وقع بعد القسمة كل العقار من نصيب الشريك الراهن، فهنا كذلك لا إشكال فحق الدائن
المرتهن يبقى مضمونا بكل العقار ؛ ولكن إذا وقعت بعد القسمة في نصيب الراهن أعيان أخرى
غير التي رهنها أو جزء مفرز من عقار غير العقار الذي رهنه، فإن المشرع قرر انتقال حق
الدائن المرتهن الى ما وقع في نصيب الراهن.

وإذا لم يقع نصيب الراهن أي جزء من العقار، وإنما كان نصيبه بعد القسمة مبلغ من النقود
فالمنطق وحماية الدائن المرتهن يقتضيان أن يستوفي حقه بالأفضلية من تلك النقود رغم انقضاء
حق التتبع.

*رهن أحد الشركاء لكل العقار : في هذه الحالة الراهن لا يملك العقار كله وعليه فتصرفه هذا
يعد تجاوز لحدود سلطته في التصرف، كما لا يعد مثل هذا الرهن رهنا لملك الغير لكل العقار
لأنه مالك لحصته في هذا العقار، ولكن مصير الرهن يتوقف على نتيجة القسمة، فإذا آل إليه كل
العقار كان الرهن نافذا؛ أما إذا آل إليه جزء مفرز فحق المرتهن يركز على هذا الجزء، أما إذا
آل إليه مبلغ من النقود فللدائن المرتهن استفاء حقه بالأفضلية من تلك المبالغ .

مع الملاحظة بأنه إذا لم يكن الدائن المرتهن يعلم وقت الرهن بأن الراهن لا يملك العقار وحده
جاز له طلب الإبطال استنادا للمادة 714/ ف 02 ق م ج السابق ذكرها .

الشروط الشكلية: الرسمية كشرط شكلي لانعقاد الرهن الرسمي :

تنص المادة 883 ق م ج على أنه : « لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو مقتضى
القانون... »

يفهم من هذا النص أن الشكلية المطلوبة لانعقاد الرهن الرسمي هي الكتابة الرسمية ويقصد بهذا
تحرير الرهن من طرف ضابط عمومي في حدود اختصاصاته وصلاحياته وفقا للإجراءات التي
يفرضها القانون في تحرير العقود الرسمية، فالرسمية في الرهن الرسمي ركن في العقد.

ولكي يكون الرهن الرسمي صحيحا يجب تحريره وفقا للأشكال التي فرضها القانون، فيجب أن
يتضمن البيانات اللازمة المتعلقة بالموثق والراهن والمرتهن وكل شخص متدخل في تحرير
الرهن، كما يجب أن يتضمن البيانات المتعلقة بالعقار محل الرهن من حيث الطبيعة والموقع
وغير ذلك من الحقوق التي تنقله، كما يجب أن يحدد الدين المضمون بالرهن تحديدا دقيقا من
حيث مقداره ومصدره .

ويمكن أن يبرم رهنا رسميا في الخارج بين جزائريين على عقار موجود في الجزائر ويتولى
تحريره إما القنصل الجزائري في ذلك البلد (المادة 34 من الامر 77/12 المؤرخ في 1977/03/02

المتعلق بتنظيم الوظيفة التفصلية) كما يمكن أن يحرر من موثق في ذلك البلد، وإذا لم يحرر الرهن في الشكل الرسمي كان باطلا بطلانا مطلقا .

المحاضرة رقم 12: آثار الرهن الرسمي .

عالج المشرع آثار الرهن الرسمي في المواد من 894 الى 932 من القانون المدني وذلك في قسمين ، تناول (أولا) آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين (المواد من 894 الى 903) ، ثم (ثانيا) آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير (المواد من 902 الى 932)

أولا : آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين .

نستعرض أولا آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن ثم بالنسبة للمرتهن.

1- آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمدين الراهن .

الرهن الرسمي لا يفقد الراهن ملكية العقار المرهون وما يتفرع عنها من سلطات التصرف، الاستغلال و الاستعمال كما لا يفقد حيازة العقار المرهون. غير أن حقوق الراهن على العقار المرهون غير مطلقة، فهي مقيدة بالقدر اللازم لعدم تعريض سلامة العقار للتلف او الهلاك مما يضر بحق الدائن المرتهن زيادة على التزامه بإعطاء حق الرهن .

(أ)- حقوق الراهن .

للاهن الحق في التصرف في العقار المرهون أولا والحق في استغلاله ثانيا ، والحق في استعماله ثالثا.

1 / حقه في التصرف في العقار المرهون :

يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون سواء كان التصرف قانونيا ام عملا ماديا بشرط ألا يضر بحقوق الدائن المرتهن، وهذا ما نصت عليه المادة 894 ق م ج بقولها : « يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر من منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ».

***التصرفات القانونية :**

يمكنه أن يباشر كافة التصرفات القانونية، فله أن يتصرف في العقار بالبيع أو الهبة أو المقايضة مثلا باعتباره مالكا .

كما يجوز للراهن أيضا أن يرتب على العقار المرهون كافة الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع والارتفاق او رهن العقار مرة ثانية، ويجب ألا تلحق هذه التصرفات ضرارا بحق الدائن أي يجب قيد الرهن قبل القيام بهذه التصرفات .

كما يمكن للراهن التصرف في الثمار و هي متصلة بالعقار أو محصول الأرض لأنه يعد من قبيل أعمال الإدارة، ويجوز له ذلك طالما لم تلحق الثمار بالعقار المرهون بتسجيل التنبيه بنزع الملكية .

وكل التصرفات القانونية لا تلحق ضرارا بحق الدائن المرتهن إذا كانت لاحقة لقيود الرهن إذ ينتقل العقار المرهون محملا بالرهن ويكون الرهن نافذا في مواجهة المتصرف اليه، أما إذا تمت هذه التصرفات قبل قيد الرهن فتعتبر مضرّة بحق الدائن المرتهن .

أما إذا كان التصرف يرد على أصل العقار باعتباره منقولا بحسب المال كأن يهدم الراهن العقار ويبيعه أنقاضا، فهذا التصرف يمثل خطر بالنسبة للمرتهن ، ففي مثل هذه الحالة يجوز للمرتهن أن يعترض على هدم العقار إذا لم يكن قد تم وينفذ عليه باعتباره عقارا، وفي حالة هدمه فللمرتهن أن يعترض على بيعه منقولا، أما إذا بيع باعتباره منقولا ففي هذه الحالة للمرتهن الحجز على الثمن تحت يد المشتري ليباشر عليه حقه في الأفضلية إذا لم يكن الراهن قد قبضه بعد.

كما أن تصرف الراهن في العقارات بالتخصيص يشكل ضرارا بالنسبة للدائن المرتهن لأنه ينقص من قيمة الضمان، وهذا التصرف لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إذا تم بعد قيد الرهن، فإذا قام الراهن بمثل هذا التصرف فللمرتهن أن يعترض على فصل العقار بالتخصيص إن لم يكن قد تم ذلك فعلا .

أما إذا كان فصله قد تم وانتقلت حيازته الى المشتري ففي هذه الحالة يجب أن نراعي المشتري ، فإذا كان سيئ النية فللمرتهن طلب إرجاع العقار بالتخصيص ليبقى متصلا بالعقار ولا يستطيع المشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

أما إذا كان المشتري حسن النية فإن حق الدائن المرتهن في التتبع ينقضي لأن المشتري يحتج عليه بحيازته للمنقول بحسن النية، وما يبقى للدائن إلا الحجز على الثمن والتنفيذ عليه بالأفضلية.

على أنه مهما كان الوضع فللدائن المرتهن أن يرجع على الراهن بضمان السلامة لأن مثل هذا التصرف يعد من قبيل التصرفات الضارة به، ومعيار التفرقة بين التصرف الجائز والتصرف غير الجائز هو الإنقاص من ضمان الدائن المرتهن.

*التصرفات المادية :

للاهن كذلك الحق في القيام بالتصرفات المادية، فإذا كان التصرف ماديا وجب ألا يكون من شأنه الإنقاص من قيمة الرهن لأن الراهن ملزم بضمان سلامة الرهن، وهذا يقتضي وجوب امتناعه عن كل فعل مادي يؤدي الى الإنقاص من قيمة العقار المرهون، فإذا كان التصرف يبقى العقار على حاله أو يزيد في قيمته فهذا ليس مضرًا بالمرتهن .

المحاضرة رقم 13: (تابع آثار الرهن الرسومي).

2/ سلطة الاستغلال :

للاهن سلطة استغلال العقار المرهون وجني ثماره وليس للدائن أي حق قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية إذا لا تلحق الثمار بالعقار المرهون إلا منذ هذا التاريخ، وأهم مظاهر سلطة استغلال العقار المرهون هو تأجيرها وقبض أجرته مقدما.

* تأجير العقار المرهون :

وهذا التصرف يعتبر من أعمال الإدارة التي يجوز للراهن القيام بها، ومع ذلك إذا زادت مدة الإيجار عن حد معين (أنظر المادة 17 من الامر 75.74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري) أو زادت المدة المقبوضة عنها الأجرة مقدما أو المحول عنها الأجرة عن حد معين، فالمشرع اعتبر هذا العمل من قبيل التصرفات التي تنقص من قيمة العقار عند البيع واعتبره في حكم أعمال التصرف التي لا يحتج بها على الدائن المرتهن إلا إذا تم شهرها قبل قيد الرهن .

وفي هذا الصدد تنص المادة 896 ق م ج على أن: « الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة »

وعليه فإن الإيجار الذي تم شهره قبل قيد الرهن يكون نافذا في حق الدائن المرتهن أيا كانت مدته حتى لو زادت عن 9 سنوات.

فإذا كان الإيجار قد تم بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية أو قبل ذلك ولم يكن ثابت التاريخ فلا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة، ويعتبر كذلك إذا كانت مدته قصيرة ومعقولة وكانت الأجرة مساوية لأجرة المثل ولم تكن قد دفعت مسبقا .

إما إذا تم شهر الإيجار بعد قيد الرهن فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وفي هذه الحالة لا ينفذ لمدة تزيد عن 9 سنوات تحسب ابتداء من تاريخ الإيجار.

وطبقا لنص المادة 17 من الامر 74.75 فإن الإيجارات التي تزيد مدتها عن 12 سنة لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مشهورة قبل قيد الرهن وإذا كانت كذلك (أي مشهورة قبل قيد الرهن) فتسري في مواجهة المرتهن بكل مدتها أيا كانت مدتها حتى لو زادت على 12 سنة .

*المخالصة بالأجرة :

تنص المادة 897 ق م ج على مايلي : « لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابت وسابق لتسجيل تنبيه نزع الملكية، وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة الى ثلاث سنوات مع مراعاة المقتضى الوارد في الفقرة السابقة ».

كما للراهن حق تأجير العقار المرهون له كذلك قبض الأجرة وتحويلها، ولكن هذا العمل قد يلحق ضررا بالدائن المرتهن إذا ما قبض الراهن الأجرة عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه بنزع الملكية لأن حق الدائن يتعلق بها من ذلك الحين، لذا تدخل المشرع ونظم حكم قبض الأجرة مقدما .

فطبقا لنص المادة 987 ق م ج إذا كانت المخالصة بالأجرة مقدما أو الحوالة بها أشهرت قبل قيد الرهن نفذت في حق الدائن المرتهن أيا كانت مدتها حتى ولو زادت على 3 سنوات، أما إذا كانت المخالصة بالأجرة مقدما أو الحوالة بها صادرة بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية فإنها لا تنفذ إطلاقا في حق الدائن المرتهن .

أما إذا أشهرت المخالصة أو الحوالة بها بعد قيد الرهن فإنها لا تنفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية ولا تنفذ في هذه الحالة إلا لمدة 3 سنوات .

والمخالصة غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية فهي كالمخالصة اللاحقة له لا تنفذ في حق المرتهن.

3/ سلطة الاستعمال : للراهن أن يستعمل العقار بنفسه لحاجاته الشخصية وحاجاته وعائلته ، ولا يستطيع الدائن المرتهن الاعتراض على ذلك طالما لا ينقص من ضمانه .

المحاضرة رقم 14: (تابع آثار الرهن الرسمي).

(ب)- التزامات الراهن

يجب على الراهن أن يمنح الدائن المرتهن حق الرهن الذي يضمن له حقه (أولاً)، إلا أن هذا غير كاف لضمان حق الدائن بل يجب على الراهن أن يضمن سلامة الرهن من كل إنقاص أو هلاك حتى يبقى العقار يمثل ضمان كافياً (ثانياً) .

1/ الالتزام بإعطاء المرتهن حق الرهن :

إن الالتزام الرئيسي الذي تتجه إرادة الطرفين إلى إنشائه من عقد الرهن الرسمي هو التزام الراهن بإعطاء حق الرهن على عقار معين بالذات .

وهذا الالتزام ينتج أثره في الحال وبحكم القانون تطبيقاً للمادة 165 ق م ج التي تنص على أن: «
الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري».

وتطبيقاً لهذا النص فإن حق الدائن المرتهن ينشأ بمجرد العقد ولا يتوقف على أي إجراء لاحق كإجراء القيد مثلاً، لأن القيد واجب لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته، ويدعم هذا الرأي بالمادة 902 ق م ج التي تنص: «
يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الأجل وفقاً للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية. وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأحكام التي يتبناها الحائز في تخلية».

وهذا النص ورد في القسم الخاص بأثر الرهن بين المتعاقدين ولم يشترط المشرع لمباشرة أي أثر من هذه الآثار إجراءات الشهر، فحق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون ينشأ بمجرد العقد دون حاجة إلى قيد، كل ما الأمر أن الدائن المرتهن لا يمكنه مباشرة الأفضلية في حالة تعدد الدائنين، ولا يمكنه تتبع العقار إذا دخل في ذمة شخص آخر إذا لم يكن الرهن قد قيد؛ فالرهن كحق عيني ينشأ عن عقد الرهن ذاته ولا تتأخر نشأته إلى وقت القيد.

2/ التزام الراهن بضمان سلامة الرهن :

نبين مضمون هذا الالتزام ثم رجوع المرتهن على الراهن في حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه، كما أنه قد يحدث أن يهلك العقار المرهون إلا أنه يحل محله شيء آخر.

أ-مضمون الالتزام بضمان سلامة الرهن : التزام الراهن بضمان سلامة الراهن أمر طبيعي، فمن قرر الرهن لا يقبل منه نقضه، ولهذا الالتزام صورتان، صورة سلبية وهي البارزة وتتمثل

في امتناع الراهن عن كل تصرف مادي أو قانوني من شأنه أن يمس بسلامة الرهن أو يضر بحقوق المرتهن، وصورة إيجابية تتمثل في تدخل الراهن من أجل دفع دعاوي الغير التي من شأنها أن تثبت التعارض مع حقوق المرتهن.

فالراهن يضمن كل تصرف يمس بسلامة الرهن سواء كان التعرض مادي أو قانوني صادر منه كما يضمن أي تعرض قانوني صادر من الغير .

وفي جميع الأحوال يستطيع الدائن المرتهن أن يعترض على الأعمال التي تمس سلامة الرهن ويطلب وقفها، وهذا ما نصت عليه المادة 898 ق م ج بقولها : « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، و للدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك » .

والمادة 899/03 ق م ج بقولها : « وفي جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو جعله غير كاف للضمان ، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ».

ولا يقصد بالهلاك المادي فقط وإنما هلاك العقار المرهون بالمفهوم الواسع أي كل ما يؤدي الى خروج العقار أو بعضه من ضمان الدائن، أي يجب فهم مصطلح الهلاك بمعنى كل ما يمس سلامة العقار المرهون. وإذا هلك العقار المرهون ظهرت فكرة الضمان، وقوامها أن الضمان واجب على الراهن وحق للمرتهن .

وكون الضمان واجب على الراهن يعني أنه ملزم بعدم المساس بالرهن، وأنه كذلك ملزم بمنع المساس بالرهن من طرف الغير، ويعني كذلك أنه في حالة وقوع مساس بالرهن ووقوع ضرر فعلا ولو كان راجعا لسبب أجنبي، فإنه يتحمل نتيجة ذلك.

أما كونه حق للمرتهن فمن شأنه أن يسمح له بالاعتراض على كل عمل من شأنه أن يؤدي الى المساس بسلامة الرهن، وهذا ما نصت عليه المادتان 898 و 899 فقرة 3 من القانون المدني .

وإذا وقعت هذه الأعمال وأحدث ضررا بالعقار ، وتحقق هلاك العقار المرهون أو تلفه، فإن المشرع حماية للدائن المرتهن قرر له الرجوع على الراهن، وكذلك انتقال حقه في الرهن الى ما حل محل العقار المرهون .

ب- رجوع المرتهن على الراهن : إذا هلك العقار المرهون أو تلف ولم يحل محله أي حق آخر أو الحق الذي حل محله لا يكفي للضمان، ففي كل هذه الأحوال يتحقق رجوع المرتهن على الراهن .

تختلف أحكام الرجوع باختلاف ما إذا كان الهلاك بفعل الراهن أو بسبب لا ينسب له، ولتوضيح ذلك نفرق بين الحالتين المنصوص عليها في المادة 899 ق م ج التي تنص على أنه : « إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً .

وإذا نشأ الهلاك عن سبب لا ينسب الى المدين ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل »

* الرجوع في حالة الهلاك الذي ينسب الى الراهن : إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن، فإن الخيار يكون للدائن بين أن يستوفي الدين فوراً أو يطلب تقديم تأميناً كافياً لضمان الدين .

*** الرجوع في حالة الهلاك الذي لا ينسب الى الراهن :** إذا كان الهلاك ناشئ عن سبب لا يرجع للراهن ، فالخيار يكون له بين أن يقدم تأميناً كافياً ليحل محل العقار المرهون ضماناً للدين، أو يقوم بالوفاء بالدين فوراً .

وإن كان المشرع في هذه الصورة أخذ بعين الاعتبار أن الراهن لم يتسبب في هلاك العقار، إلا أنه لم يعفيه من الضمان إطلاقاً، وإنما خفف عليه فقط بمنحه الخيار خلافاً للحالة الأولى.

ج- حق المرتهن في حالة حلول حق محل العقار المرهون : في حالة ما إذا هلك العقار المرهون وترتب على هذا الهلاك حق آخر عوضاً عنه انتقل حق الدائن المرتهن بمرتبته الى ما حل محل العقار المرهون .

وفي هذا الصدد تنص المادة 900 ق م ج على أنه : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة ».

ومن الأمثلة التي تنطبق على هذا المبدأ مثل الحالة التي يتسبب فيها شخصاً ما بهلاك العقار المرهون ويحكم عليه بتعويض الراهن فالدائن المرتهن يستوفي حقه من المبلغ الذي يدفعه المسؤول عن الهلاك أي ما حل العقار المرهون ، كذلك في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، المرتهن يستوفي حقه من التعويضات التي تدفعها الدولة مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

إن الحالات المذكورة في المادة 900 ق م ج ليست واردة على سبيل الحصر إذ يمكن تصور حالات أخرى يحل فيها حق ما محل العقار المرهون .

3/ التزام الراهن بنفقات الرهن : تنص المادة 833/ ف 02 ق م ج على ما يلي : « وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك »

يتضح من هذا النص أن الراهن هو الملتزم بنفقات الرهن ، فهو الذي يدفع مصاريف العقد ، والقيّد وغيرها ، إلا أن هذا النص ليس أمراً و لا متعلق بالنظام العام ، لذا يجوز الاتفاق على خلافه كأن يتفقا على تحمل المصاريف مناصفة مثلاً .

2- آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن.

الرهن ينشأ بموجب عقد رسمي وهذا العقد ملزم لجانب واحد وهو الراهن أما المرتهن فلا يلزم بأي التزام مقابل تلقيه حق الرهن لذا دراسة الآثار التي يترتبها الرهن بالنسبة للمرتهن تقتصر على بيان حقوقه قبل حلول أجل الدين ثم نبين حقوقه بعد حلول أجل الدين.

أ/ حقوق الدائن المرتهن قبل حلول أجل الدين : في هذه الفترة لا يكون للدائن المرتهن سوى الحق في مراقبة ما يترتب عليه المساس بحقه أو الإنقاص منه، فإذا حدث ذلك فله اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على العقار المرهون من التلف اعتماداً على المادتين 898 و 899/ف 03 ق م ج، فلا يمكنه التدخل في الراهن وفي طريقة تصرفه في العقار المرهون واستغلاله واستعماله ما لم تؤيد ذلك الى المساس بحقه أو تعريض العقار للهلاك أو التلف .

ب/ حقوق الدائن المرتهن بعد حلول أجل الدين : إذا حل الأجل ولم يف المدين بالدين، جاز للدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون متبعاً في ذلك إجراءات معينة فرضها القانون، وفي حالة عدم كفاية ثمن العقار للوفاء بالدين يجوز للدائن التنفيذ على سائر أموال المدين (الضمان العام) ليستوفي ما تبقى له في ذمة المدين ولكن في هذه الحالة ينفذ بصفته دائن عادي .

فالدائن المرتهن لا يستوفي حقه من العقار الرهون إلا طبقا لإجراءات معينة تنتهي الى بيع العقار جبرا بالمزاد العلني، وكل اتفاق مسبق على خلاف ذلك يعد باطلا لمخالفته للنظام العام وفي هذا الصدد تنص المادة 903 ق م ج على أنه : «يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن، غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الإتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه». يتضح من نص هذه المادة أنه يقع باطلا كل شرط مسبق يمكن الدائن المرتهن من تملك العقار المرهون عند عدم استفاء حقه عند حلول أجله سواء كان في مقابل الدين أو أي ثمن معلوم آخر، والغرض من بطلان هذا الشرط هو حماية الراهن من استغلال المرتهن، والبطلان في هذا النص يرد على الشرط فقط، اما الرهن فيبقى صحيحا .

ولكن إذا حل أجل الدين ولم يف المدين بالدين فيمكنه الاتفاق مع المرتهن على تمليكه العقار في مقابل الدين، ومثل هذا الاتفاق جائز لانتهاء شبهة الاستغلال فيه .

كذلك بمقتضى نفس المادة يقع باطلا كل شرط مسبق يقضي ببيع العقار المرهون دون اتباع الإجراءات القانونية عند حلول الاجل وعدم وفاء الراهن بالدين، وإذا تم مثل هذا الاتفاق فالشرط يبطل وحده والرهن يبقى قائم .

ولكن إذا حل أجل الدين ولم يف المدين بالدين فيمكنه الاتفاق مع المرتهن على بيع العقار دون اللجوء الى المزاد أي بيع العقار بالتراضي ويستوفي الدائن حقه من الثمن ومثل هذا الاتفاق جائز .

المحاضرة رقم 15: (تابع آثار الرهن الرسمي: - آثار الرهن بالنسبة للغير).

2/ نفاذ الرهن الرسمي :

ينشأ الرهن الرسمي بمجرد العقد أما القيد فهو لازم لنفاذه في مواجهته للغير، ولا يمكن للمرتهن الاحتجاج بحقه على الغير ما لم يكن رهنه مقيد ، فالرهن الغير مقيد لا يحتج به على الغير سواء تعلق الامر بتحديد المرتبة في حالة تعدد الدائنين ام تعلق الامر بتتبع العقار في حالة انتقال ملكيته الى الغير .

والغير في مفهوم الرهن الرسمي هو : « هو كل صاحب حق يضار من وجود الرهن الرسمي» . وبهذا المعنى يشمل الغير كل دائن مرتهن آخر سواء مرتهنا رسميا أو رهنا حيازيا، وكل صاحب حق تخصيص او حق امتياز عقاري ، وكذلك كل دائن عادي، ولو أن هذا الأخير ليس صاحب حق على العقار إلا أنه يضار من وجود حق الدائن المرتهن .

فإذا كان المشرع قد جعل التقدم والتتبع يترتبان عن القيد فلا بد من دراسة هذه الواقعة المنشأة لهما ثم نتعرض لمظاهر نفاذ الرهن الرسمي وهي حق الأفضلية و حق التتبع .

* **فالقيد :** إجراء يتم في المحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون، ويتم ذلك على البطاقة الخاصة بالعقار المرهون ، وتقتضي المادة 905 ق م ج بأنه يسري قانون الشهر العقاري على كل الإجراءات الخاصة بالقيد من تجديد وشطب، وتضيف المادة 906 ق م ج بأن مصاريف القيد تقع على عاتق الراهن مالم يتفق على خلاف ذلك.

وما يهمننا أكثر هو ليس إجراءات القيد، وإنما ما يترتب على إجراء القيد أو عدم إجرائه فالقيد هو الذي ينشأ حق التقدم وتحسب مرتبة الرهن الرسمي من وقت القيد، فالعبرة إذن بوقت القيد وليس بوقت نشأة الدين، ومرتبة الرهن تحسب من وقته حتى ولو كان الدين لم ينشأ بعد، كأن يكون احتماليا أو معلقا على شرط وهذا ما قرره المادة 908 ق م ج: « تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده حتى لو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان ديننا مستقبلا أو احتماليا ».

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن القيام بالقيد في بعض الحالات وإن تم فلا يمكن الاحتجاج به، وفي هذه الحالات يتعطل فيها أثر القيد و يكون غير نافذا في مواجهة الغير ، وتجعل الرهن غير كامل الأثر ومنها :

شهر إفلاس المدين : بحيث بعد شهر حكم الإفلاس لا يمكن إجراء قيد الرهن الصادر من المدين الراهن الذي أشهر إفلاسه، وإذا لم القيد فيمكن الحكم ببطلانه، فلا يصح التمسك به قبل جماعة الدائنين، بل لا يحتج على الدائنين بالقيد الصادر من يوم التوقف عند الدفع . (أنظر المادة 247 فقرة 5 من القانون التجاري) .

قيد أمر الحجز : فإذا قام أحد الدائنين بقيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية فلا يستطيع بعدها الدائن المرتهن الذي يكون قد نشأ حقه أن يقيد رهنه، وإذا تم قيده لا يحتج به على الغير ولا يكون نافذا في مواجهتهم إلا في حالات معينة.

أولاً: حق التقدم

تقتضي دراسة حق التقدم بيان المقصود بحق الدائن في التقدم، ثم نبين ماذا يستوفي الدائن المرتهن متقدما على غيره ومما يستوفي ذلك.

1/ المقصود بالتقدم وأساس تحديد المراتب :

المقصود بالتقدم : ويقصد به حق الدائن المرتهن في استيفاء حقه بالأولوية من ثمن العقار المرهون على الدائنين المرتهين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين ، وهذا ما نصت عليه المادة 882 ق م ج : « أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار ...»

كما تقرر المادة 907 ق م ج بأن الدائنين المرتهين يستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار أو المال الذي حل محله بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد .

مرتبة التقدم : أو المرتبة التي يحتلها الدائن المرتهن، وتجدر الملاحظة الى صاحب حق الامتياز العام يتقدم على أصحاب الحقوق المقيدة حتى لو وجدت قبل حقه، لأن حق الامتياز العام لا يخضع للقيد وكذلك المبالغ المستحقة للخزينة العامة.

أما الحقوق الواجبة الشهر فالمرتبة بينها تحدد على أساس الأسبقية في القيد وهذا ما قرره المادة 907 ق م ج التي تنص على : « ... تحسب مرتبة كل واحد منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد ».

هذا ويجب الإشارة أن الرهن المقيد يحتفظ بمرتبته لمدة 10 سنوات وإذا لم يجدد قبل انقضاء هذه المدة يفقد صاحبه الأفضلية وهذا ما نصت عليه المادة 96 من المرسوم رقم 63-76، أما المؤسسات المالية فقد أعفاها المشرع من تجديد القيد لمدة 30 سنة تبقى فيها الرهون المقررة لفائدتها نافذة في مواجهة الغير (أنظر المادة 96 فقرة 7 من قانون المالية لسنة 2003).

التنازل عن مرتبة الرهن : يجب أن نشير الى أنه إذا كان المشرع قد جعل التقدم يتحدد على أساس الأسبقية في القيد فإن هذا لا يمنع من التنازل عن المرتبة فيما بين الرهون النافذة فالمسألة تتعلق بمصلحة خاصة للدائن المرتهن لذا أجاز المشرع التنازل عن المرتبة .

وفي هذا الصدد تنص المادة 910ق م ج على أنه : « يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ويجوز التمسك تجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة ». إن إعمال هذا النص يفترض وجود أكثر من حق مقيد على نفس العقار وهذه الحقوق تلي بعضها البعض في المرتبة وأن صاحب حق متقدم يتنازل عن مرتبته لصاحب حق متأخر عنه .

والتنازل عن مرتبة الرهن يرد على القيد وليس على الرهن ذاته، لذلك اشترط النص أن يكون للمتنازل له رهن مقيد على نفس العقار. ويجب ألا يضر هذا التنازل بحقوق الدائنين الآخرين المقيدة حقوقهم على العقار، وعليه لا يتم التنازل إلا في حدود قدر دين المتنازل، وللاحتجاج بهذا التنازل يجب أن يؤشر به على هامش قيد رهن المتنازل عن مرتبته .

وعندما يتم التنازل يصبح الدائن الذي كان متأخرا في المرتبة (المتنازل له) يحتل مرتبة الدائن الذي كان يحتل المرتبة المتقدمة (المتنازل) وهذا الأخير يأخذ مرتبة المتنازل له أي يقع « تبادل » في المراتب .

ويمكن التمسك في مواجهة المتنازل له بكافة أوجه الدفع التي كان يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المتنازل، كبطلان الدين المضمون بالرهن أو بطلان الرهن أو بطلان القيد أو انقضاء الرهن قبل التنازل وهذا حماية للدائنين التاليين في المرتبة من تواطؤ المتنازل مع المتنازل له .

كما يمكن الاحتجاج على المتنازل له بأوجه الدافع الخاصة بدينه، فإذا كان دينه قد انقضى فلا فائدة من التنازل له.

2/ موضوع التقدم ومحلّه : ماذا يستوفي الدائن المرتهن متقدما على غيره، ومما يستوفيه؟

موضوع التقدم : وهو الحقوق التي يستوفيهها الدائن بطريقة الأفضلية وهي :

- أصل الدين وهو المبلغ الثابت في القيد .
- والفوائد وتخص الفوائد المستحقة من وقت القيد (أنظر المادة 456ق م ج).
- والمصروفات وتشمل نفقات الرهن وقيده وتجديده ...

وفي هذا الصدد تنص المادة 909 ق م ج على أنه : « يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنيا في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها، وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع العقار انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل».

محل التقدم : وهو ما يباشر عليه الدائن المرتهن حقه في التقدم، وهو بصفة أصلية ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني، إلا أن حق الدائن لا يرد على ثمن العقار فقط وإنما يرد على ثمن ملحقاته كذلك، وهي العقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق والتحسينات والمنشآت ، وكذلك يرد على ثمن العقار المرهون الملحقة به من تاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية .

وإذا كان الوضع الغالب هو أن يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن العقار، إلا أنه في بعض الأحيان يهلك فمحل الأفضلية يكون المبلغ الذي حل محل العقار المرهون .

المحاضرة رقم 16: (تابع آثار الرهن الرسمي: - آثار الرهن بالنسبة للغير)

ثانيا : حق التتبع .

تقتضي دراسة حق التتبع تحديد معناه وفي مواجهة من يمارسه صاحبه ثم تحديد الشروط الواجب توفرها لممارسته و الإجراءات المتبعة في ذلك، ثم نتطرق للآليات التي منحها المشرع للشخص الذي تتخذ في مواجهته إجراءات التتبع آليات ليواجه بها الدائن المتتبع، وأخيرا نتناول الفرضية التي لا يفلح فيها صاحب العقار في مواجهة الدائن فيبيع العقار بالمزاد العلني.

1/ مفهوم التتبع :

إذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى الغير بأي سبب من الأسباب، فللدائن المرتهن أن يستعمل الميزة التي يخولها له الرهن، وهي تتبع العقار في أي يد يكون لينفذ عليه، أو بعبارة أخرى يقصد بالتتبع حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار تحت يد من انتقلت اليه الملكية إذ نصت المادة 911/ف01 ق م ج على ما يلي : « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار...»

يلاحظ أن حق الدائن المرتهن في التتبع مرتبط بحق الراهن في التصرف إذ لا تتبع في حالة بقاء العقار في ملكية الراهن ففي هذه الحالة يكون التنفيذ في مواجهته، فنطاق التتبع هو تصرف الراهن في العقار المرهون بحيث تنتقل ملكيته على الغير .

من له الحق في ممارسة حق تتبع العقار ؟

التتبع حق لكل دائن مرتهن مهما كانت مرتبته حتى لو كان متأخرا، ولا يستفيد من بيع العقار وهذا مستخلص من المادة 911/ف01 المذكورة أعلاه، حيث جاءت مطلقة ولم يقيد هذا الحق بتقديم الدائن المرتهن في المرتبة (...يجوز للدائن المرتهن...)

في مواجهة من يمارس حق التتبع ؟

والتتبع يمارس في مواجهة حائز العقار المرهون ، وقد عرف المشرع الحائز من خلال المادة 911/ف02 ق م ج بقولها:«ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » ،فالحائز بهذا المفهوم يختلف عن المعنى العام والمعروف لهذا الإصلاح في أحكام الحيازة والتنازل .

ولا اعتبار من انتقلت اليه الملكية حائزا في مفهوم هذا النص يجب :

- أن لا يكون مسؤولا عن الدين مسؤولية شخصية، فالمدين لا يعتبر حائزا لأنه مسؤول عن الدين مسؤولية شخصية، وكذلك الكفيل الشخصي والحائز في حالة قبوله حوالة الدين (المادة 935ق م ج) .

- أن يكون قد اكتسب ملكية العقار المرهون أو حق عيني قابل للرهن كالانتفاع قبل أنت يسجل التتبع بنزع الملكية على الراهن.

2/ شروط مباشرة حق التتبع و إجراءاته:

أ- الشروط اللازم توافرها لممارسته :

لكي يستطيع الدائن مباشرة إجراءات التتبع لا بد أن يكون أجل الدين قد حل، وأن يكون الرهن نافذ في مواجهة الحائز .

1-حلول أجل الدين : ويحل الدين بحلول أجله ، أو للأسباب الأخرى المسقطة للأجل ، وهي وفقا للمادة 211 ق م ج، إفلاس المدين أو إنقاصه للتأمينات الخاصة الممنوحة للدائن بقدر كبير أو عدم تقديمه بما وعد به من تأمينات .

وإذا منح أجلا جديدا للمدين استفاد من ذلك الحائز، سواء أكان تمديد الأجل باتفاق بين الدائن والمدين أو كان أجل المسيرة المنصوص عليه في المادة 210 ق م ج ويكون ذلك بمقتضى حكم قضائي .

2-نفاذ الرهن في مواجهة الحائز: ولا يكون الرهن نافذا في مواجهة الحائز إلا إذا كان مقيدا قبل أن يشهر من انتقلت اليه ملكية العقار حقه، لأنه إذا لم يقيد قبل انتقال الملكية الى الحائز، أي إذا أشهرت الملكية قبل قيد الرهن فإنها تنتقل الى المالك خالية من الرهن .

و لا اعتبار الشخص حائز بهذا المفهوم يجب أن تكون الملكية قد انتقلت وفقا لما يقرره القانون، أي يجب أن يكون قد شهر حقه حتى ولو لم يضع يده على العقار، فمشتري العقار بدون شهر حقه لا يعتبر حائزا .

ب- إجراءات أعمال حق التتبع : تتمثل في البدء في اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ولا يمكن التنفيذ قبل التنبيه على المدين بنزع الملكية و إنذار الحائز .

1-التنبيه على المدين بنزع الملكية: تقضي 923 ق م ج بأنه : «... فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون هذا الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد».

ويقصد بالتنبيه بنزع الملكية إعدار المدين بأنه إذا لم يف بالدين يحجز على العقار و يباع بالمزاد العلني، وإذا قام المدين بعد تنبيهه بالوفاء بالدين، فالدائن يكف عن متابعة الإجراءات.

2-إنذار الحائز: وهذا الإنذار يلي التنبيه الموجه الى المدين، و يكون بالدفع أو التخلية وليس هناك ما يمنع أن يقوم الدائن بإنذار الحائز ، وإنذار المدين في آن واحد (المادة 923 ق م ج) .

ولقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية طريقة وشروط بيع العقار بالمزاد العلني في المواد من 721 الى 765 منه.

3/ آليات التصدي للدائن الممارس لحق التتبع :

لقد منح المشرع للحائز وسائل تمكنه من مواجهة الدائن المرتهن الذي شرع في إجراءات التتبع قصد التصدي له، فبداية مكنه مواجهة الدائن بمنحه دفوع قد تنتهي بعدم إمكانية التنفيذ على العقار وهي دفوع متعلقة بالدين أو بعقد الرهن (أولا) هذا وإن لم يكن للحائز أي دفع، أو كان له ولم يتمسك به، استمر الدائن المرتهن في الإجراءات .

ويلاحظ أن المشرع لم يترك الحائز عرضة للتنفيذ إذ منحه الى جانب الدفع حلول ثلاثة لوقف إجراءات التنفيذ (المادة 911/ف01 ق م ج) وهي قضاء الديون ، تطهير العقار المرهون وتخليته (ثانياً) .

أ/ الدفع :

1- الدفع المتعلقة بالدين: تنص المادة 924/ف01 ق م ج على أنه: «يجوز للحائز الذي يسجل سند الملكية 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...»

لقد بين هذا النص دفعا واحداً وهو متعلق بالدين إذا كان قد حكم به على المدين، ويميز حكم هذه المادة بين فرضين :

***حالة شهر سند الملكية قبل صدور الحكم بالدين :** وفي هذه الحالة إذ لم يكن الدائن قد اختصم الحائز فلا يكون الحكم حجة عليه لأنه من الغير، وله أن يتمسك بجميع الدفع التي كان المدين التمسك بها كبطان الدين مثلاً .

***حالة صدور الحكم بالدين قبل شهر سند الملكية :** وفي هذا الفرض يكون الحكم حجة على الحائز ولا يمكنه التمسك إلا بالدفع التي يمكن للمدين التمسك بها صدور الحكم بالدين كإنقضائه لسبب لاحق للحكم مثلاً (المادة 924 /ف02 ق م ج) .

2- الدفع المستمدة من عقد الرهن : لم ينص المشرع على الحالة التي يكون فيها الدفع مستمد من الرهن ذاته ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتمسك الحائز بدفع يستمد من عقد الرهن ذاته كبطلانه ، أو لخلل في القيد أو غيرها من الدفع التي يمكن أن يستمدتها من الرهن .

المحاضرة رقم 17: (تابع آثار الرهن الرسمي: - آثار الرهن بالنسبة للغير)

ب/ الحلول الممنوحة للحائز لوقف إجراءات التتبع :

وتتمثل هذه الحلول أو الخيارات في أنه يمكن للحائز قضاء ديون الدائنين، تطهير العقار المرهون وقد يلجأ إلى أحدها كما يمكنه ألا يستعمل أي منها ويترك إجراءات التنفيذ تتواصل .

وإذا لجأ الحائز الى أحد الخيارين (إما قضاء الديون أو التطهير) وتم ذلك فعلاً فإن إجراءات التتبع تتوقف نهائياً، أما إذا اختار واحداً منها ولكن لم يتم ذلك كأن يختار التطهير ولكنه يرفض من الدائنين فإن الإجراءات تستمر .

أما اللجوء الى التخلية فلا يوقف التتبع وإنما تسمح فقط باتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة حارس قضائي بدل الحائز .

1/ قضاء الديون :

يقصد به قيام الحائز بالوفاء للدائنين المرتهنين بحقوقهم قبل المدين، وقد يكون مجبراً على قضائها (أنظر المادتين 116 و 914 ق م ج)، وقد يقضي الحائز الديون كلها اختياراً، وإذا قام بذلك فله أن يسترجع ما وفاه من المدين أو المالك السابق كما قد يقضي جزء منها فقط.

وإذ قضى هذه الديون فيمكنه الرجوع على المدين أو المالك السابق للعقار ، مالم يكون قد قام بالوفاء في حدود ما هو ملتزم به بسبب تملك العقار المرهون لأنه يكون قد دفع ما في ذمته أو كان قد تلقى العقار هبة .

✓ الوفاء بكل ديون الدائنين المرتهنين:

تنص المادة 912 ق م ج على مايلي : « يجوز للحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالدين أن يقضيه»

قد يرى الحائز أن أحسن حل بالنسبة له هو أن يدفع للمرتهنين دينهم وبذلك يخلص العقار من الرهن الذي ينقله.

ويتم ذلك عادة إذا كان الحائز قد اكتسب العقار المرهون بالشراء، ولم يتم بعد بدفع الثمن للبائع (المدين الراهن)، ففي هذه الحالة يقوم بوفاء حقوق الدائنين من الثمن.

ويحقق الوفاء بهذه الصورة مصلحة للدائن (استفاء حقه) مصلحة للراهن (إنقضاء دينه) قبل المرتهن ومصلحة الحائز إذ (يخلص له العقار خاليا من الرهن) .

كما للحائز أن يختار قضاء الديون حتى لو كان قد دفع ثمنه فعلا، فيقوم بالوفاء بها ويحتفظ بالعقار، وقد يفضل كذلك قضاء الديون إذا كان قد تلقى العقار عن طريق الهبة ولم يكن ملزم بشيء فوفائه بالديون يظهر له العقار نهائيا.

وقت قضاء الديون : تنص المادة 912 ق م ج على أنه : «يجوز للحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن أن يقضيه ... ويبقى حقه هذا قائما الى رسو المزداد ...» لا يستطيع الحائز إجبار الدائن على استيفاء حقه قبل حلول أجله، ولكن إذا حل الأجل كان للحائز أن يقضي الدين دون أن ينتظر إنذار الدائن له، ويبقى حقه قائما الى يوم رسو المزداد، إلا أنه من مصلحة الحائز أن يسارع الى الوفاء لتفادي دفع المصروفات .

موضوعه : كما تنص المادة 912 ق م ج على ما يلي : « ... أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره » يتضح من هذا النص أنه يجب على الحائز أن يف بالدين وما ينتج عنه وفقا لعقد الرهن، وكذلك ملحقاته كمصروفات الرهن والقيود... الخ والمصاريف التي انفقت عند إنذار الحائز بالوفاء .

وعلا بمبدأ عدم تجزئة الرهن فإذا لم يتم الحائز إلا بوفاء جزء من الدين، جاز للمرتهن أن ينزع ملكية العقار لاستيفاء الجزء المتبقي .

رجوع الحائز بما وفاه : إذا لم يكن الحائز مدين بسبب تملك العقار أو كان ما وفاه يزيد عما في ذمته جاز له الرجوع على المدين أو على المالك السابق للعقار، ويرجع الحائز إما بالدعوى الشخصية وإما بدعوى الحل محل الدائن .

1- رجوع الحائز بالدعوى الشخصية : تنص المادة 912 ق م ج على ما يلي : «يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون»، والدعوى الشخصية التي يرجع بها الحائز إما أن تكون دعوى إثراء بلا سبب (في مواجهة المدين) أو دعوى ضمان (في مواجهة المالك السابق).

و إذا كان الوضع الغالب هو أن يكون المدين هو الراهن نفسه، فإنه قد يحدث أن ينقل المدين ملكية العقار المرهون الى شخص آخر، وهذا الشخص ينقله بدوره الى الحائز، فهنا يكون لدينا المدين الراهن والمالك السابق والحائز .

فحائز العقار المرهون يمكنه أن يرجع على المدين الراهن بدعوى الإثراء بلا سبب، ويرجع على المالك السابق بدعوى الضمان.

دعوى الإثراء بلا سبب : للحائز أن يرجع على المدين الراهن بهذه الدعوى المقررة في القواعد العامة، ويتحقق إثراء المدين في أن دينه انقضى بغير ماله وافتقار الحائز يتحقق في أنه وفي بماله دين غيره .

دعوى الضمان : وللحائز أن يرجع على المالك السابق بدعوى الضمان المقررة في المادة 374 ق م ج إذا كان قد اشترى العقار المرهون .

2- رجوع الحائز بدعوى الحلول : تنص المادة 912 ق م ج على ما يلي : «...كما يجوز له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين»، يلاحظ أن هذا النص قيد من الأثر المطلق للحلول إذ استثنى من ذلك عدم إمكانية رجوع الحائز على الكفيل إذا كان الدين الذي قام بالوفاء به مضمون بكفالة، ويبرر الفقهاء هذا الاستثناء بأنه لا ينبغي أن يضار الكفيل لمجرد أن الراهن تصرف في العقار المرهون إلى شخص آخر، فلا يمكن أن يسوء مركز الكفيل من تصرفات يقوم بها الراهن .

✓ وفاء الحائز بديون بعض الدائنين :

وقد يحدث أن يكون ما تبقى في ذمة الحائز من الثمن لا يكفي للوفاء بحقوق جميع الدائنين، ففي هذه الحالة يقوم الحائز بوفاء حقوق الدائنين المتقدمين في المرتبة ويحل محلهم في ذلك ويصبح مرتبها للعقار الذي يملكه، ويحتل مرتبة متقدمة وتبقى الرهون التالية له قائمة؛ و حفاظا على حقه نص المشرع في المادة 913 ق م ج على أنه : « يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن ...»

2/ التطهير :

أ- مفهوم التطهير : يقصد به قيام الحائز بالعرض على الدائنين المرتهنيين أن يدفع لهم مبلغا مساويا للقيمة الحقيقية للعقار المرهون، وفي هذا الصدد تنص المادة 915 /01 ق م ج على أنه : «يجوز للحائز إذا سجل ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن ثم قيده قبل تسجيل هذا السند...»

فيجوز للحائز بمفهوم المادة 911/02 ق م ج أن يعرض التطهير، ولا يعتبر حائزا المالك تحت شرط وافق طالما الشرط لم يتحقق، فلا يجوز له تطهير، أما المالك تحت شرط فاسخ فيجوز له ذلك، ولكن إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن ملكية الحائز للعقار تزول بأثر رجعي، ويصبح كأن التطهير صدر من غير المالك .

غير أن المشرع الجزائري غلب الأثر النهائي للتطهير إذ حد من رجعية الشرط الفاسخ وذلك بتقريره إبقاء التطهير صحيحا أن الرهن ينقضي بهذا التطهير، وهذا ما قرره المادة 934 ق م ج بقولها : « إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن نهائيا ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار »

وللحائز الحق في عرض التطهير بمجرد اكتسابه صفة الحائز دون انتظار حلول أجل الدين، ويبقى هذا الحق قائم إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع، إذ نصت المادة 915 /02 ق م ج على مايلي : « 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 »

ب- إجراءات التطهير : لقد بينتها المادة 916 ق م ج، فيجب على الحائز الذي يعرض التطهير أن يبلغ إلى كل دائن مرتهن مقيد حقه في موطنه المختار إعلان يشتمل على :

ويقصد بالتخلية تجنب الحائز اتخاذ الإجراءات في مواجهته بترك العقار في يد حارس وتمارس الإجراءات في مواجهته هذا الأخير، وهي في الأصل مقررة لمصلحة الحائز، ولكن هناك حالات يسقط عنه هذا الحق وذلك إذا كان مجبرا على قضاء الديون، المادة 914 /ف 02 ق م ج : « وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخلية عن العقار ...» وكذلك التخلية حق للكفيل العيني حسب المادة 902 /ف 02 ق م ج : « وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون ... »

ولم يحدد المشرع وقت لها، فيمكن للحائز اللجوء إليها بمجرد إنذاره بالوفاء، ويبقى هذا الحق قائم الى يوم رسو البيع بالمزاد .

ب- إجراءات التخلية : تنص المادة 922 ق م ج على ما يلي : « تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز الى قلم كتابة المحكمة المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلم الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال 5 أيام من وقت التقرير بها . ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب الى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية ، ويعين الطالب حارسا إذا طلب ذلك »

فلكي تتم التخلية يجب على الحائز اتباع الإجراءات :

1- تقديم الحائز لتقرير الى أمانة ضبط المحكمة المختصة أي التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون بيدي في هذا التقرير رغبته في التخلية .

2- يجب على الحائز أن يعلم الدائن بهذه التخلية خلال 5 أيام من يوم التصريح بها.

ج- آثار التخلية : بمجرد التخلية تتوقف الإجراءات في مواجهة الحائز ولصاحب المصلحة أن يطلب تعيين حارس لاتخاذ الإجراءات في مواجهة هذا الأخير .

وإذا بيع العقار المرهون بثمن يزيد عن قيمة الديون، فالزيادة تعود للحائز باعتباره هو مالك العقار إذ يتخلى عن الحيازة العرضية للعقار المرهون فقط، فالملكية والحيازة القانونية تبقى له (أي للحائز) .

4/ البيع بالمزاد العلني :

إذا لم يقضي الحائز الديون، أو يطهر العقار فيتعرض للبيع العلني، مع ملاحظة أنه يباع العقار بالمزاد العلني إذا ما تقدم الحائز بعرض للتطهير ورفض هذا العرض، كما قد يتم البيع في غير مواجهة الحائز إن هو تخلى عنه .

ولا نبحث في إجراءات التنفيذ فهي مقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وانما نبحث فيما يتعلق بالرهن من الناحية الموضوعية .

من يحق له أن يدخل في المزاد : بعد أن يعرض العقار للبيع بالمزاد العلني يحق لكل شخص باستثناء المدين أن يتقدم في المزادة بما في ذلك الحائز، لأن من حقه أن يحتفظ بالملكية، إلا أن المشرع قيد حقه في المشاركة في المزادة بتقدمه على الأقل بقدر ما بقي في ذمته بسبب تملك العقار المرهون، وهذا ما تضمنته المادة 925 ق م ج التي تنص على أنه: «**يحق للحائز أن يدخل في المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه**» .

إن رسو المزداد لا يرتب أثره الفعلي ولا يطهر العقار إلا إذا قام من سرا عليه المزداد بدفع الثمن أو أودعه وفق ما جاء في الشطر الأخير من المادة 926 ق م ج : « **ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسي به المزداد أودعه** » وهذا يطبق على الحائز وغير الحائز .

وإذا كان المبلغ الذي رسي به المزداد أكثر من حقوق الدائنين رجعت الزيادة للحائز إذ نصت المادة 928 ق م ج بقولها : « **إذا زاد الثمن الذي رسي به المزداد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم كانت الزيادة للحائز...** »

غير أن مركز العقار يختلف بحسب ما إذا كان المزداد قد رسي على الحائز نفسه (أولاً) أو على غيره (ثانياً) .

* **رسو المزداد على الحائز** : إذا تقدم الحائز في المزداد ورسي عليه ، تأكدت ملكيته للعقار ويبقى مالكا بسنده الأصلي ، وهذا ما أكدته المادة 926 ق م ج بقولها : « **إذا نزع ملكية العقار المرهون ... ورسي المزداد على الحائز نفسه اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته ...** » ، و عليه فلا يجب شهر حكم مرسى المزداد ، وإنما يكفي التأشير بذلك على هامش سند ملكيته .

فإذا رسي المزداد على الحائز يتطهر العقار من كل الرهون المقيدة على هذا العقار قبل أن يكتسب، أما الرهون التي رتبها الحائز نفسه بعد انتقال الملكية اليه فتبقى قائمة ولا يطهر العقار منها .

* **رسو المزداد على غير الحائز** : ففي هذه الحالة عليه المزداد يكتسب الملكية بمقتضى حكم مرسى المزداد وتنتقل اليه من الحائز ، وهذا ما تضمنته المادة 927 ق م ج : « **إذا رسا المزداد في الأحوال المتقدمة على شخص آخر غير الحائز فإن هذا الشخص يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم مرسى المزداد** » وهذا نتيجة طبيعة لأن الأولوية بين الدائنين تحدد بتاريخ القيد، وعليه يجب شهر حكم مرسى المزداد لانتقال الملكية في هذه الحالة .

فإذا رسي المزداد على غير الحائز فإن العقار يتطهر من كل الرهون المقيدة عليه سواء تلك الصادرة من المالك السابق أو الصادرة من الحائز نفسه، إذا يستوفي الدائنون حقوقهم من ثمن العقار فالأسبقية لدائني المالك السابق ، وإذا تبقى شئ من الثمن فيعود لدائني الحائز ، وهذا ما يفهم من نص المادة 928 ق م ج .

المحاضرة رقم 19: انقضاء الرهن الرسمي :

أولاً: انقضاء الرهن بصفة تبعية (إحالة إلى أسباب انقضاء الالتزام في النظرية العامة للالتزام)

تنص المادة 933 ق م ج على ما يلي : « **ينقضي حق الراهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته** »

هذا النص تطبيق لفكرة التبعية ، فالرهن يتبع الدين الأصلي في نشأته وانقضائه إلا أنه يجب الإشارة الى أنه لكي ينقضي الرهن الرسمي يجب أن ينقضي الدين كلياً ، أما إذا انقضى الدين جزئياً فالرهن الأصلي يبقى قائماً عملاً بمبدأ عدم تجزئة الرهن الرسمي ، فكل جزء من العقار ضامن لكل الدين .

وأسباب انقضاء الدين عديدة منصوص عليها في القواعد العامة وقد سبق الإشارة إليها، ومنها الوفاء بالدين الأصلي، المقاصة، التجديد اتحاد الذمة، الوفاء بالمقابل، التقادم .. الخ؛ وعليه كلما انقضى الالتزام الأصلي انقضاء كلياً لأحد الأسباب انقضى الرهن معه بالتبعية .

ثانياً: انقضاء الرهن بصفة أصلية :

يقصد بانقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية انقضاء الرهن الرسمي وبقاء الدين قائماً في ذمة المدين لأن الانقضاء يرجع الى سبب يتعلق بالرهن ذاته .

وأسباب انقضاء الرهن بهذه الطريقة هي تطهير الحائز للعقار المرهون ن بيع العقار المرهون بالمزاد العلني نزول المرتهن عن الرهن الرسمي وكذلك هلاك العقار المرهون .

1/ التطهير :

تنص المادة 934 ق م ج على ما يلي : « إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن نهائياً...»، وعلى هذا فإنه إذا قام الحائز بتطهير العقار المرهون أي قام بالإجراءات المنصوص عليها في المادتين 916 و917 من القانون المدني فإن الرهن ينقضي ويصبح العقار محرر من الرهن التي كانت تثقله .

2/ البيع بالمزاد العلني :

تنص المادة 936 ق م ج على ما يلي : « إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار او الحائز الحارس الذي سلم اليه العقار عند التخليّة ن فإن حقوق الرهن على هذا العقار تقتضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد ، أو بدفعه الى الدائنين المقيدين الذي تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن »

فإذا تم بيع العقار بالمزاد العلني فبرسو المزاد ينقضي الرهن متى قام الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن لدى خزينة المحكمة او توزيعه على الدائنين المرتهين المقيدة حقوقهم الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم .

مع الملاحظة بأن البيع بالمزاد العلني قد يكون في مواجهة المالك وذلك في حالة عدم تصرفه في العقار، كما قد يكون في مواجهة الحائز، وقد يكون في مواجهة الحارس وذلك في حالة لجوء الحائز الى التخليّة، وينقضي الرهن الرسمي إذا كانت إجراءات البيع صحيحة وتم إيداع الثمن أو توزيعه مهما كان الشخص الذي تم البيع في مواجهته (مالك ، حائز أو حارس).

3/ نزول المرتهن عن الرهن :

والنزول عن الرهن يعني أن الدائن المرتهن تنازل عن الرهن وحده دون الدين، فبعد نزوله عن الرهن يبقى دينه ديناً شخصياً غير مضمون برهن .

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع لم ينص على النزول عن الرهن كسبب من أسباب انقضاء الرهن الرسمي مع أنه نص عليه بصدد الرهن الحيازي(المادة 965 ق م ج)، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من لجوء الدائن المرتهن الى النزول عن حقه .

4/ هلاك العقار المرهون :

لم ينص عليه المشرع كسبب لانقضاء الرهن الرسمي رغم أنه نص عليه بشأن الرهن الحيازي يجب في هذا الصدد التذكير بأنه يشترط أن يهلك العقار هلاكاً لانقضاء الرهن الرسمي لأنه إذا

كان الهلاك جزئيا فإن المتبقي من العقار يبقى ضامنا للدين عملا بقاعدة عدم تجزئة الرهن . وكذلك يجب فهم مدلول الهلاك بالمعنى الواسع، إذ قد يكون هلاكا ماديا ينتج عنه هلاك محل الرهن العقار ، كما قد يكون هلاكا قانونيا أي هلاك حق الرهن مع بقاء العقار مثل حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة، وقد يكون الهلاك بفعل الراهن أو بسبب لا يعود اليه وفقا لما سبق شرحه بصدد التزام الراهن بضمان سلامة الرهن (راجع ما سبق بخصوص التزام الراهن بضمان سلامة الرهن، المواد 898، 899 و 900 مدني)، فإذا هلك العقار فإن الرهن ينقضي لأنه محله يصبح غير موجود ولكن الدين يبقى قائما.

ملاحظة هامة: لا تغني هذه المحاضرات عن أمهات الكتب، كما يجب الرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري التي له ارتباط بهذا المقياس

إن أصبت فذلك توفيق من الله وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان
مع تمنياتي لكم بالتوفيق و النجاح داعيا المولى عز وجل أن يرفع عنا هذا البلاء
و يكفينا شر الوباء وسائر المسلمين في كافة بقاع الأرض.