

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: عقود ومسؤولية

الرهن العقاري

من طرف

يحياوي عبد المالك

أمام اللجنة المشكلة من:

رئيساً	جامعة سعد دحلب البليدة	أستاذ محاضر (أ)	بن رقية بن يوسف
مشرفاً مقررأ	جامعة سعد دحلب البليدة	أستاذ محاضر (أ)	خليل عمرو
عضواً مناقشأ	جامعة سعد دحلب البليدة	أستاذ محاضر (أ)	رمول خالد
مشرفاً مساعداً	جامعة سعد دحلب البليدة	أستاذ محاضر (ب)	محمودي عبد العزيز

البليدة، سبتمبر 2012

الملخص

يعتبر الرهن العقاري أحد أنواع الرهن الحيازي، هذا الأخير المعروف بقدمه في الظهور، إذ أنه من أقدم التأمينات العينية من حيث التطور التاريخي، حيث أهتم به الرمان وساهموا في تطويره، وهو الذي عرفته الشريعة الإسلامية ونظمت أحكامه وتناوله فقهاؤها بالكثير من الشرح و التحليل، كما عرف عنه أنه كان مصدر ثقة وائتمان للمتعاملين به عبر الحقب التاريخية التي مر بها.

وبالرغم من هذا إلا أن الرهن العقاري في تشريعنا لم يلقى الأهمية الكافية سواء من حيث التطبيق العملي، أو من حيث الدراسة القانونية لدارسي القانون، حيث أن أحكامه جاءت مقتضبة.

ومع ظهور التحولات الاقتصادية التي أصبح العقار بكامل أنواعه يشكل محورها الأساسي، وعمودها الفقري، والضرورات التي أملاها الواقع العملي باستثماره، وإلزامية البحث عن مصادر مالية لتمويل الاستثمارات، أصبح من الضروري إعادة النظر إلى هذا النوع من التأمينات، ودراسته والبحث عن خصوصيته التأمينية، التي وفرها المشرع للمتعاملين به، وكذا معرفة نظامه القانوني، وفعاليتيه في ضمان الديون.

ولذا وجب علينا تعريف الرهن العقاري وتمييزه عن غيره من النظم المشابهة له، وبيان أركانه وشروط إنشائه، وكذا الأموال التي يمكن إنزال هذا الرهن عليها، والبحث عن الخصوصية التي يتميز بها، مع إبراز فعاليتيه من خلال بيان أثاره، والمكناات التي منحها المشرع لضمان تحصيل الديون من خلال حيازة المال العقاري واستثماره، وخصم قيمة الدين المضمون بهذا الرهن من ريع العقار، بالإضافة إلى خاصيتي التتبع والأفضلية في استيفاء الدين في حالة خروج المرهون من يد المرتهن، أو الشخص الذي أتفق العاقدان على وضع المرهون تحت يده، دون أن ننسى المكنة الأساسية والتي هي الحق في الحبس والتي يتميز بها الرهن العقاري عن سواه من التأمينات العينية، وفي الأخير نتناول طرق انقضائه.

- شـكـر -

- أشكر الله عز وجل على نعمة العلم وأحمده على تيسيره لي لإنجاز هذا العمل المتواضع.
- أتقدم بشكري الخالص وبالغ امتناني إلى الأستاذ الفاضل الدكتور عمرو خليل على إشرافه على هذا العمل المتواضع وتوجيهاته القيمة، وعلى كل المساعدات التي قدمها من أول يوم وضعنا فيه أرجلنا في دراستنا لما بعد التدرج وحتى إنجاز هذا العمل المتواضع.
- أتقدم بشكري الجزيل وعميق امتناني إلى الأستاذ المحترم الدكتور محمودي عبد العزيز على مساعدته في الإشراف على هذا العمل المتواضع، وعلى النصائح و المعلومات المقدمة وكذا المعاملة الطيبة التي حظاني بها.
- أتقدم بالشكر أيضاً إلى كل الأساتذة الكرام في جامعة سعد دحلب بالبليدة، وخاصة الذين تشرفت بالدراسة على أيديهم.
- كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة الموقرة على إثنائهم لهذا العمل المتواضع الذي سأتشرف بمناقشته أمامهم.
- أتقدم بالشكر أيضاً إلى كافة الزملاء الذين تشرفت بمرافقتهم خلال هذه المرحلة، وخاصة الصديق مسلم الطاهر وعلى مساعدته القيمة.
- أتقدم بالشكر إلى كافة إدارات ومسيري جامعة سعد دحلب بالبليدة على المجهودات المبذولة

إهداء

إلى التي بذلت الكثير من أجلي و لم تطلب شيئاً و صبرت على لوعة فراقي طويلاً و سلّمت نفسها بأمل لقائي يوماً متعلماً أمي الغالية، إلى الذي بذل الكثير من أجلنا والذي العزيز.

إلى أخي الذي لم تلده أمي ورفيق دربي والصبور على عنفواني والذي لولا نصحه لي لما بلغت هذا المقام وفاءً لك دكتور عزي صالح عبد الناصر.

إلى أخواتي وإخوتي الأعراف كل باسمه آملاً أن أكون قدوة حسنة لهم.

إليكم جميعاً أهدي هذه الباكورة المتواضعة.

الفهرس

الملخص.	
الشكر.	
الإهداء.	
الفهرس.	
المقدمة.....	6
الفصل 1. النظام القانوني للرهن العقاري.....	10
1.1. مفهوم الرهن العقاري وخصائصه.....	10
1.1.1. تعريف الرهن العقاري وتمييزه عن النظم المشابهة.....	11
1.1.1.1. تعريف الرهن العقاري.....	12
2.1.1.1. تمييز الرهن العقاري عن النظم المشابهة.....	14
2.1.1. خصائص الرهن العقاري.....	18
1.2.1.1. خصائص الرهن العقاري باعتباره حقا.....	18
2.2.1.1. خصائص الرهن العقاري باعتباره عقدا.....	20
2.1. إنشاء الرهن العقاري وانقضائه.....	23
1.2.1. الشروط الموضوعية لانعقاد وصحة الرهن العقاري.....	23
1.1.2.1. الشروط العامة لانعقاد الرهن العقاري.....	24
2.1.2.1. الشروط الخاصة لانعقاد الرهن العقاري.....	27
2.2.1. نفاذ الرهن العقاري في مواجهة الغير.....	52
1.2.2.1. الحيابة كشرط عام لنفاذ الرهن العقاري في مواجهة الغير.....	53
2.2.2.1. القيد كشرط خاص لنفاذ الرهن العقاري في مواجهة الغير.....	58
الفصل 2. فعالية ضمانات الرهن العقاري.....	63

63.....	1.2. آثار الرهن العقاري.....
64.....	1.1.2. آثار الرهن العقاري بين المتعاقدين.....
64.....	1.1.1.2. التزامات الراهن وحقوقه.....
74.....	2.1.1.2. التزام المرتهن وحقوقه.....
87.....	2.1.2. آثار الرهن العقاري بالنسبة للغير.....
87.....	1.2.1.2. حق الحبس.....
91.....	2.1.2.2. حق التقدم.....
92.....	3.2.1.2. حق التتبع.....
93.....	2.2. انقضاء الرهن العقاري.....
93.....	1.2.2. انقضاء الرهن العقاري بصفة تبعية.....
94.....	1.1.2.2. انقضاء الرهن العقاري تبعاً لانقضاء الدين المضمون.....
95.....	2.1.2.2. عودة الرهن العقاري عند زوال سبب انقضاء الدين المضمون.....
96.....	2.2.2. انقضاء الرهن العقاري بصفة أصلية.....
96.....	1.2.2.2. النزول عن الرهن.....
98.....	2.2.2.2. إتحاد الذمة.....
98.....	3.2.2.2. هلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون.....
99.....	4.2.2.2. التطهير.....
100.....	5.2.2.2. البيع الجبري.....
101.....	الخاتمة.....
104.....	قائمة المراجع.....

مقدمة

إن تطور العقلية القانونية وبالتالي تطور فكرة الالتزام أدت إلى تغيير عميق في نطاق ومفهوم الجزاء القانوني لعدم تنفيذ هذا الالتزام [1](7)، وليس التأمين العيني سوى تخصيص مال معين للوفاء بالدين بحيث يكون للدائن، استيفاء له من ثمن هذا المال، أن يتقدم على بقية الدائنين، وأن يتتبع المال المخصص للوفاء ولو انتقلت ملكيته إلى آخر، فهو بعبارة أخرى، حق عيني يترتب للدائن على مال معين، فيخول له استيفاء حقه من ثمن هذا المال متقدما على سائر الدائنين [2](154).

والتأمينات العينية كما هي حديثة الظهور، وهي وليدة تطور طويل كانت وسيلة المدين خلاله، في تقديم الضمان العيني للدائن نقل ملكية المال، ثم اكتفى بنقل حيازته إليه، قبل أن يقبل الفكر القانوني نشوء حق عيني تبعي للدائن على مال معين للمدين على الوجه المعروف في القانون الحديث [2](146).

وكانت الحقوق العينية، في القانون الروماني القديم، مقصورة على الملكية والارتفاقات. فلم يكن في وسع المدين، إذا أراد تقديم تأمين عيني للدائن على مال له، إلا نقل ملكية المال إلى هذا الأخير، على أن يتعهد الدائن، بمقتضى بند يرد في الإشهاد، أو تصريح خلال الدعوى الصورية، بإعادة نقل ملكية هذا المال إلى المدين عندما يفي هذا الأخير بالدين [2](146).

تتضمن هذه الوسيلة حماية كافية للدائن، إذ يصبح بمقتضاها مالكا للمال موضوع التأمين، بعيدا عن خطر تصرف المدين فيه، فإذا لم يفي هذا الأخير بالدين عند حلول الأجل، كان له أن يبيع ذلك المال، ويستوفي حقه من ثمنه، دون أن يقاسمه فيه بقية دائني المدين، إنما يعيب على هذه الوسيلة خطورتها على المدين الذي لا يكون له، قبل الدائن، سوى حق شخصي، تحميه دعوى شخصية، في المطالبة برد المال بعد وفاء الدين، وفي الحصول على تعويض عن الضرر الذي يصيب العين، وفي اقتضاء ما زاد عن قيمة العين في حالة عدم الوفاء، عن مبلغ الدين، لا أثر لها في مواجهة من يتصرف إليه الدائن في العين الضامنة للدين، ولا تقيه خطر إفسار هذا الأخير، فضلا عن ذلك فإن التصرف في المال على هذا النحو يجرّد المدين من حيازته، فيحرمه من استغلاله أو من استعماله، وإن أستطاع فقهاء الرومان بعقد الإيجار أو ما

يشبه العارية، الإبقاء على الحيازة للمدين دون مساس بحقوق الدائن على المال موضوع التأمين، وأخيراً تستغرق هذه الوسيلة انتماء المدين بالنسبة للمال الذي قدمه للدائن، إذا كانت قيمة هذا المال تفوق كثيراً قيمة الدين، فلا يستطيع المدين أن يفيد منها في الحصول على أموال أخرى [2](146، 147).

وما لبث أن تفتق ذهن الرومان إزاء عيوب التصرف التأميني، إلى وسيلة أخرى أقل خطورة على المدين، هي رهن الحيازة، لا تنقل بمقتضاها إلى الدائن سوى حيازة المال موضوع التأمين، وتبقى ملكيته للمدين، وكان أول ظهوره في الديون البسيطة التي لا تحتل نفقات التصرف التأميني بما يتطلبه من إسهاد أو دعوى صورية. فليجأ المدين إلى تسليم عين للدائن على أن يردها هذا الأخير إليه بعد وفاء الدين، ولكنه ما لبث أن أنتشر اللجوء إليه، وشاع استعماله، على السواء في المنقول والعقار، ولم يكن في بداية ظهوره يخول للدائن سوى سلطة فعلية على مال المدين الذي يتسلمه، هي حبسه إلى حين الوفاء فيكون بين يديه أداة ضغط على إرادة المدين الذي يفى الدين ليسترد المال موضوع التأمين، ولكنه لا يستطيع إذا لم يف المدين عند حلول الأجل أن يبيع المال لاستيفاء حقه، ولا يمكنه إذا فقد المال موضوع التأمين استرداد حيازته، فيفقد بالتالي الوسيلة إلى حمل المدين على وفاء الدين [2](148).

فأتجه التطور إلى توفير حق للدائن في استيفاء حقه عند حلول الأجل من ثمن المال المرهون من ناحية، وفي استرداد حيازته إذا سلبها منه المدين أو الغير من ناحية أخرى، وتحققت الغاية الأولى بإدراج بند في العقد، يمتلك الدائن بمقتضاه، العين المرهونة إذا لم يف المدين بالدين عند حلول أجله، فيكون الرهن في الحقيقة معلقاً على شرط واقف -عدم الوفاء- وحرّم هذا البند لخطورته على المدين فأستبدل به بند آخر يجيز للدائن، إذا لم يف المدين عند حلول الأجل، شراء العين المرهونة، بثمن عادل يقاس مع مبلغ الدين بقدر الأقل منهما. وشاع في النهاية إدراج بند آخر يعطي للدائن عند حلول الأجل حقا في بيع العين المرهونة واستيفاء حقه من ثمنها، حتى صار مسلماً به للدائن ولو لم يتفق عليه صراحة، وتحققت الغاية الثانية بمنح الدائن دعاوى وضع اليد التي تحمي حيازته ضد المدين، أو ضد الغير، بل وتجزئ له الاستيلاء عليها إذا أمتنع المدين منذ البداية على تسليم العين [2](149).

فقوى على هذا النحو وضع المدين فلم يعد يتخلى للدائن إلا عن الحيازة، وبقيّة له ملكية المال المرهون [2](149).

ووفقاً لهذا التدرج والتسلسل التاريخي لتطور الرهن الحيازي، لا يفوتنا أن نعرض عليه في ظل الشريعة الإسلامية السحاء.

ونجد دلالات الرهن في قوله تعالى: (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهئ مقبوضة) [3]. فدل ذلك صراحة على مشروعية الرهن، وجواز التعامل به. وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من طبق شرع الرهن وتعامل به حيث "أشترى من زفر طعاماً إلى أجل ورهنه درعه"، و قيل أنه: "أشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعا من حديد" [4](5).

والرهن الذي نظمته الشريعة الإسلامية وتناوله الفقهاء بالشرح والتحليل هو الرهن الحيازي.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة." [5](29).

وعن أبي هريرة أيضاً أنه: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يغلِق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه." [5](29).

فقد دلت هذه الأحاديث في مجموعها على مشروعية الرهن وجواز التعامل به، كما دل الحديث الأول على أن الرهن جائز في السفر أو الحضر لأن زفر كان في المدينة عندما أشترى منه النبي صلى الله عليه وسلم الطعام ورهن درعه [5](29).

والرهن الحيازي في قانوننا قد يرد على المنقول وعلى العقار ولكننا سنقصر دراستنا هذه على الرهن الحيازي العقاري فقط ويعتبر هذا الأخير نوعاً من أنواع الرهن الحيازي.

ويعتبر الرهن العقاري واحداً من أهم الموضوعات، التي تناولها القانون المدني في الكتاب الرابع، الذي عنوانه، بعنوان الحقوق العينية أو التأمينات العينية، وخصه بأحكام خاصة، ولكنها جاءت مقتضبة في ثلاث مواد، من المادة 966 إلى المادة 968. هذه الأخيرة لم تتناوله بالتعريف، أو تحديد خصائصه بوضوح مما جعل الكثير من الغموض يدور حوله، خاصة أن المشرع أورده على العقار الشيء الذي يجعل منه شبيهاً بالرهن الرسمي بل وأخضعه لنفس أحكام القيد، في حين طبق عليه الأحكام العامة للرهن الحيازي.

ونظراً لما يكتسب العقار من قيمة اقتصادية ومالية، وكذلك الأهمية الاجتماعية، وما يمثله من ضمان بالنسبة للمعاملات واستقرارها، فقد أخضعه المشرع إلى الكثير من التعديلات بموجب نصوص قانونية وتنظيمات خاصة من أجل مسايرة كافة المراحل الحساسة التي مرت بها البلاد منذ الاستقلال، وهذا للوصول إلى استقرار المعاملات العقارية، وتنظيمها، من أجل إيجاد ضمانات للاستثمار، وحلول لمشاكل

السكن العالقة. إلا أن المشرع لم يعدل أحكام التأمينات العينية المنصوص عليها في القانون المدني، بالرغم مما تمثله من ضمانات في الاستثمار والتنمية العقارية، بأي تعديل منذ صدور القانون المدني سنة 1975.

حيث بات انخفاض مؤشر الثقة في الاستثمار في الجزائر والمقدر بـ2% خلال شهر جويلية 2006، هاجس لدى المتخصصين، وذلك بسبب معاينة الخبراء للمؤسسات المالية، وإثبات عزوفها عن منح القروض للمستثمرين الوطنيين والأجانب بسبب قلة الضمانات العقارية [6](8).

هذا ما يجعل موضوع دراستنا من الأهمية بمكان، بل من صلب الإشكاليات القانونية المثارة بشأن العقار، وما يتعلق به من تصرفات وأحكام، ودوره في تقديم ضمانات كافية من أجل سداد الديون، واستثمار العقار الاستثمار الأمثل.

ومن هنا يتضح التداخل الشديد بين الرهن العقاري من حيث النظام القانوني الذي يحكمه، وفعالية أحكامه، خاصة وبلادنا تشهد تحولات اقتصادية واجتماعية عميقة، سواءً تلك التي نبعت من حاجات داخلية صرفة، أو فرضتها متغيرات الاقتصاد العالمي، والعولمة الاقتصادية.

هذا التداخل الذي حاولنا معالجته في هذه الدراسة بطرح الإشكالية التالية: هل الرهن العقاري كنظام تأميني ذو فعالية في ضمان الديون؟. وهذا من خلال تسليط الضوء على التزامات أطراف هذا العقد.

وسنعمد في معالجة هذا الموضوع، دراسة تحليلية للنصوص القانونية، ومختلف الأحكام الخاصة التي تحكم هذا النوع من التأمينات، لكي نبين نظامه القانوني، وتقييم مدى فاعليته في ضمان الديون واستيفائها

الفصل 1

النظام القانوني للرهن العقاري.

وكما سبق وبيننا، فمن ناحية التطور التاريخي فإن الرهن الحيازي يعبر عن مرحلة قديمة حيث كانت العقلية القانونية لا تتصور ترتيب رهن للدائن على شيء دون انتقال حيازة هذا الشيء إليه، فالرهن الحيازي يتميز أساسا بفكرة انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان[6](335).

والرهن الحيازي لهذا السبب نظام شديد التأثير على حياة الراهن الاقتصادية، لأنه يحرمه في الحال من حيازة الشيء المملوك له، ومن حقه في الانتفاع به، ولما كان الفكر القانوني في العصر الحديث قد وصل إلى إمكان تقرير رهن للدائن دون انتقال الحيازة إليه، ومثال ذلك الرهن الرسمي، فإنه من الممكن الاستغناء عن الرهن الحيازي بالنسبة للأشياء التي يمكن رهنها رسميا دون نقل الحيازة، وهي العقارات أساسا[6](335).

ومع ذلك فلا تزال هناك مبررات، دعت المشرع يحق إلى الإبقاء على نظام الرهن الحيازي بجانب الرهن الرسمي. وبالنسبة للعقارات فإن إمكان رهنها رسميا دون نقل الحيازة، قد لا يرضي العقلية الريفية، التي لا يقنع فيها الدائن برهن لا تنتقل فيه الحيازة إليه، ومن الناحية العملية، فإن الرهن الحيازي أكثر انتشارا في البيئة الريفية من الرهن الرسمي[6](335).

1.1. مفهوم الرهن العقاري وخصائصه.

لمعرفة مفهوم الرهن العقاري وخصائصه لابد من إرجاعه إلى أصله لأنه يعتبر أحد أنواع الرهن الحيازي.

ويطلق على الرهن الحيازي في القانون الفرنسي، Nantissement، وهو قد يرد على منقول فيسمى،

Gage، وقد يرد على عقار فيسمى Antichrèse [6](335).

وفي القانون الروماني والقانون الإغريقي كان المقرض يُمنح جزافاً دخل العقار فكان المدين يخصص دخل عقاره لدفع فوائد الدين، وكان هذا العقد وسيلة لتأمين المقرض على استيفاء فوائد الدين، وبهذا كان يخفي في معظم الأحيان فوائد ربوية، أي أعلى من الفوائد المعتادة في عقد القرض، ويسمى هذا الرهن باسم "l'antichrèse" وقد منعه القانون الكنسي في العصور الوسطى، لأن القانون الكنسي كان يحرم القرض بفائدة. وفي القانون الفرنسي القديم كان يعرف باسم الرهن الميت "le mort-gage" إذ كان الدائن المرتهن يقبض ثمار الرهن ولا يخصصها من الدين، فكان دخل العقار المرهون مخصصاً للوفاء بالفوائد فقط مهما كان مقدار هذا الدخل كما كان الأمر في القانون الروماني. أما في القانون الفرنسي الحالي، فإن الدائن يلتزم بخصم الفوائد ثم الأصل من دخل العقار ولم يعد يترك دخل العقار جزافاً للدائن ويسمى هذا باسم الرهن الحي "le vif-gage" ونلاحظ الفرق بين العقد القديم حيث كان المدين يخصص دخل عقاره لدفع فوائد الدين فكان مزيجاً من رهن الحيازة بالإضافة إلى التمتع بثمار العقار المحمل بالرهن. أما رهن الحيازة الحالي فبموجبه يكون العقار ذاته ضامناً لأصل الدين [7](100).

ولذلك سنتناول تعريفه وتمييزه عن النظم المشابهة، وبيان خصائصه في التشريع الجزائري فيما يأتي.

1.1.1.1. تعريف الرهن العقاري وتمييزه عن النظم المشابهة.

لقد خصص المشرع الجزائري ثلاث مواد للرهن العقاري في القانون المدني، وهي المواد من 966 إلى 968 جاءت في الفصل الرابع المعنون، بالرهن العقاري تحت الباب الثالث المعنون بالحقوق العينية التبعية، أو التأمينات العينية. ولم يخص المشرع الجزائري الرهن العقاري بتعريف خاص حيث اعتبره نوع من أنواع الرهن الحيازي، التي يختص بها العقار مما يقتضي إسقاط تعريف الرهن الحيازي عليه كونه هو الأصل، كما أن الرهن العقاري هو أحد أنواع الرهن الحيازي. ولتعريف الرهن العقاري لابد من تعريف الرهن الحيازي.

1.1.1.1.1. تعريف الرهن العقاري.

الرهن لغة. هو الثبوت والدوام، فيقال "ماء راهن" أي راكد، وقيل هو الحبس مطلقاً [8](61). وبهذا

المعنى قوله تعالى: (كل نفس بما كسبت رهينة) [9].

والرهن شرعا هو حبس المال بحق يمكن أخذه منه [8](61). وفيه قوله تعالى: (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهنل مقبوضة) [10].

وبناء على ما سبق عرفت المادة 948 من التقنين المدني الجزائري الرهن الحيازي بأنه: " عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن، أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون" [11].

كما أضافت المادة 949 ق م ج " لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من المنقول والعقار " .

وعلى ذلك فإن هذا التعريف يصدق على الرهن الحيازي الوارد على العقار أو على المنقول ذلك لاستعمال عبارة "شيء" كما أن هذا التعريف يصدق على الرهن المدني والرهن التجاري، لأن قواعد القانون المدني تسري على العمليات التجارية، إذا لم تتعارض نصوص القانون المدني مع القانون التجاري [12](4).

ويظهر من هذا التعريف، أن الرهن الحيازي حق عيني تبعي يقوم على نقل حيازة المال، الذي يترتب عليه إلى الدائن المرتهن، الذي يستطيع بمقتضاه حبس هذا المال حتى استيفاء حقه وتكون له الأولوية على ثمنه في أي يد يكون، فتخلي الراهن عن حيازة المال المرهون هي جوهر هذا الرهن ولذلك يطلق عليه اسم الرهن الحيازي. فعقد الرهن يرتب حقا عينيا يسمى حق الرهن، ويتميز عقد الرهن بأنه عقد رضائي ملزم للجانبين، كما يتميز الحق الناشئ عنه بأنه حق عيني تبعي وغير قابل للتجزئة [2](359).

وهناك عدة تعريفات فقهية لتعريف الرهن الحيازي، ولكنها تنفق كلها حول خصائصه.

ولقد عرفه الدكتور محمد سعيد جعفرور بأنه: " حق تبعي ينشاء للدائن المرتهن بموجب عقد رضائي على منقول أو عقار مملوك للمدين الراهن، يخول الدائن سلطة حبس الشيء، المقدم كضمان لديه إلى حين استيفائه من ثمن الشيء بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة وتتبعه في أي يد يكون [13](164).

كما عرفه الأستاذ محمد وحيد الدين سوار بأنه: " حق عيني تابع، يتولد للدائن بمقتضى عقد، على شيء مملوك للمدين أو لغيره، ضمنا للوفاء بالالتزام وهو يخوله حبس الشيء لحين استيفاء دينه، وأن يستوفي حقه من ثمن هذا الشيء بالتقدم والأولية في أي يد يكون[14](171).

ولقد وجهت انتقادات لنص المادة 948 من القانون المدني السابقة الذكر حيث يرى الدكتور محمد صبري السعدي:

أن التعريف الذي أورده الإرادة التشريعية الجزائرية تضمن تعريف عقد الرهن الحيازي باعتباره مصدر لحق الرهن، " فعبرة الرهن الحيازي"، تطلق إما على العقد باعتباره مصدرا للحق وإما على الحق العيني ذاته الذي ينشئه هذا العقد[15](217).

وقد تضمن النص أيضا في ذات الوقت تعريفا لحق الرهن الحيازي عن طريق بيان مضمونه بقوله :
 " حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين وأن يتقدم الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن الشيء في أي يد يكون. ويؤخذ على هذا التعريف كما أخذنا على تعريف الرهن الرسمي أنه أشار إلى أن التقدم يكون على "ثمن الشيء" مع أن التقدم لا يكون فقط على ثمن الشيء المرهون، بل هو يكون أيضا على أي مبلغ يحل محل العقار كالتعويض ومبلغ التأمين، والرهن الحيازي قد يرد على عقار أو منقول وهذا الحكم تقررته المادة 949 مدني جزائري[15](217).

وأهم ما يتميز به الرهن الحيازي هو انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، والمرتهن يصبح حائز للعقار المرهون وصاحب حق في حبسه حتى يستوفي دينه، وأهم أحكام الرهن الحيازي تدور حول حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون وحقه في الحبس. وبالإضافة إلى ما تقدم، يعطي الرهن الحيازي للدائن المرتهن حق الرهن الذي يخول مزيتي التقدم والتتبع[15](218).

ونجد نفس التعريف للرهن العقاري في التشريع الفرنسي قبل تعديل 2006 حيث يعرف:

" l'antichrèse est un nantissement immobilier auquel le code civil n'a consacré que quelques articles (art 2085 à 2091) code civil.

L'antichrèse est fondamentalement un gage immobilier. C'est la conception du code civil qui fait d'elle un nantissement : l'antichrèse est « une affectation de

la jouissance de l'immeuble à la garantie du bénéficiaire », un nantissement immobilier avec dépossession(590)[16] .

L'antichrèse est l'application à l'immeuble de la technique du gage avec dépossession ; application cependant plus complexe qu'en matière mobilière, car elle emporte affectation des loyers en paiement des intérêts, voire du capital, de la créance garantie avec la contrepartie d'une obligation d'entretenir l'immeuble mise à la charge de l'antichrésiste (674)[17].

ومن خلال ما سبق بيانه يمكن الوصول إلى تعريف الرهن العقاري من خلال إسقاط تعريف الرهن الحيازي عليه حيث عرفه الدكتور محمد حسنين بأنه:

" عقد يتخلى بموجبه الراهن عن حيازته للعقار و التمتع به لمصلحة المرتهن ويسلمه إليه أو إلى شخص ثالث متفق عليه وذلك على سبيل الضمان ويقوم الدائن باستلام الثمار مع الالتزام بخصمها أولاً من الفوائد المستحقة له ثم من الأصل أو رأس المال"[18](99).

وآخر ما نختم به من تعريفات هو التعريف الذي أقرحه الأستاذ جمال بوشنافة حيث عرف الرهن العقاري بأنه: " عبارة عن عقد يتخلى الراهن بموجبه عن حيازته للعقار والاستفادة به لمصلحة المرتهن فيسلمه إليه أو إلى شخص ثالث متفق عليه بينهما، وذلك على سبيل الضمان، ويستلم الدائن ثمار العقار التي يخصصها من أصل الدين فيما بعد"[19](94).

2.1.1.1. تمييز الرهن العقاري عن النظم المشابهة.

بالرغم من أن التأمينات العينية على اختلاف أنواعها، هي رهن بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح، إذ أن قوامها تخصيص مال لضمان الوفاء بالدين بتقرير حق للدائن على هذا المال، إلا أن ذلك لم يمنع وجود اختلاف بينها[20](66).

- تمييز الرهن العقاري عن الرهن الرسمي:

يشارك الرهن العقاري مع الرهن الحيازي في أن كل منهما حقا عينيا تبعا غير قابل للتجزئة، يخول للدائن المرتهن التنفيذ على العين المرهونة مستعملا في ذلك حقي التقدم والتتبع، وهما يختلفان في أكثر من ناحية نلخصها فيما يلي[20](66):

أن للرهن الرسمي في القانون الجزائري ثلاث مصادر وهي: العقد و الحكم القضائي و القانون، المادة 883 قانون مدني، بينما للرهن الحيازي (الرهن العقاري) مصدر واحد هو العقد، أي ينشاء بموجب عقد بين الدائن المرتهن والراهن، وهذا الفارق لا وجود له في التشريع المصري إذ أن كل من الرهن الرسمي و الحيازي ينتميان إلى عائلة التأمينات الاتفاقية، بمعنى أن مصدرهما العقد فقط.

في الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار المرهون للراهن، بينما في الرهن الحيازي (الرهن العقاري) تنتقل الحيازة العرضية للشيء المرهون للدائن المرتهن أو أجنبي يعينه المتعاقدان، وهذا شرط لنفاذ الرهن الحيازي (الرهن العقاري) في حق الغير إلى جانب شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون.

إضافة إلى حقي التقدم والتتبع اللذين يثبتان للدائن المرتهن رهنا حيازيا (عقاريا)، يثبت له حق حبس الشيء المرهون في يده إلى حين استيفاء الدين المادة 961 فقرة 2 ق م. فإذا تصرف الراهن في الشيء المرهون، كان للدائن المرتهن أن يمتنع عن تسليمه للمتصرف إليه حتى يقضي له دينه[20](66).

- تمييز الرهن العقاري عن الرهن الحيازي للمنقول:

الرهنان يعتبران نوعان من أنواع الرهن الحيازي إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في أن الرهن العقاري لا يرد إلا على العقار، أما الرهن الحيازي للمنقول فهو يرد على المنقول المادي والمعنوي. ولكي يسري الرهن العقاري في مواجهة الغير لابد من قيده بينما لا يحتاج الرهن الحيازي للمنقول إلى القيد.

- تمييز الرهن العقاري عن حق التخصيص:

يمكن القول أن حق التخصيص يعتبر نوع من أنواع الرهن الرسمي، إذ هما يتفقان في الأحكام، وقد نصت المادة 947 من التقنين المدني في هذا الشأن على الأتي:

"... يسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام خاصة فيما يتعلق بالقيود...
وعدم تجزئة الحق... وانقضائه..." ويفترق حق التخصيص عن الرهن الرسمي بالنسبة إلى مصدره
فقط[13](177).

وتجنباً للتكرار نقول أن حق التخصيص يختلف عن الرهن الحيازي (الرهن العقاري) في كل الأمور
التي يختلف فيها الرهن الحيازي (الرهن العقاري) عن الرهن الرسمي، مع الإشارة إلى اختلاف حق الرهن
الحيازي (الرهن العقاري) عن حق التخصيص من حيث المصدر، إذ أن الأول ينشأ بموجب عقد رضائي
في حين ينشأ الثاني بمقتضى حكم من القضاء، ولا يلتقيان إلا في أن كل منهما لا يقبل التجزئة، وفي أنهما
يخولان صاحبهما ميزة الأولوية والتتبع. إلى جانب ميزة الحبس التي يخولها الرهن الحيازي دون حق
التخصيص[13](178).

- تمييز الرهن العقاري عن حق الامتياز:

يختلف حق الامتياز عن حق الرهن العقاري فيما يلي[13](185):

- من حيث المصدر: مصدر حق الامتياز هو القانون ومصدر الرهن العقاري هو العقد.

- من حيث المحل: قد يرد حق الامتياز على عقار معين من عقارات المدين، وقد يرد على منقول
معين من منقولاته، وقد يرد على جميع أمواله من عقارات ومنقولات. أما حق الرهن العقاري فلا يرد إلا
على عقار معين.

- من حيث الشهر: حق الامتياز لا يقيد إلا إذا أنصب على عقار معين أما امتياز البائع والمبالغ المستحقة
للخزينة العامة وحقوق الامتياز العامة المنصوص عليها بالمادة 993 ق م فلا تقيد حتى ولو كان محلها
عقاراً، ولذلك فهي تسبق في المرتبة أي رهن أو تخصيص أو أي امتياز عقاري آخر ولو كان مقيداً، أما
الرهن العقاري فيشترط قيده للاحتجاج به في مواجهة الغير، وتحسب مرتبة كل منهما من تاريخ قيده.

كما أن الرهن العقاري كغيره من التأمينات الأخرى يعتبر ميزة تعطى للدائن لا للمدين، أما حقوق
الامتياز فهي ميزة يوليها القانون للديون في حد ذاتها، بصرف النظر عن دائنيها، فالقانون يولي الدين حق
امتياز فيجعله متقدماً على سائر الديون لخاصية يتمتع بها هذا الدين[20](369).

وإذا تزامن دائن مرتين رهناً عقارياً مع دائن آخر مزود بحق امتياز عام وورد على العقار المرهون،
فإن هذا الأخير يتقدم على الدائن المرتين رهناً عقارياً أي كان تاريخ قيده[20](369).

- تمييز الرهن العقاري عن الرهن القانوني:

لقد تبع المشرع الجزائري المشرع الفرنسي في اعتباره القانون مصدر من مصادر الرهن الرسمي، وذلك في المادة 883 ق م، ومن ثم يعتبر الرهن القانوني نوع من أنواع الرهن الرسمي لكنه مع ذلك خالف المشرع الفرنسي في عدم نصه في القانون المدني عن الحالات التي ينشأ فيها الرهن الرسمي بقوة القانون [20](76).

ولكن بالرجوع إلى بعض القوانين الخاصة نجد المشرع نص صراحة على حالات ينشأ فيها الرهن الرسمي بقوة القانون نذكر منها ما يلي [20](76):

الرهن القانوني للدائن على عقارات مدينه في حالة الإفلاس، حيث نصت المادة 254 من القانون التجاري على ما يلي: "يقضي الحكم الناطق بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس لصالح جماعة الدائنين بالرهن العقاري الذي يتعين على وكيل التفليسة تسجيله فوراً على جميع أموال المدين وعلى الأموال التي يكتسبها من بعد أولاً بأول.

الرهن القانوني لإدارة الجمارك حيث نصت المادة 292 من قانون الجمارك على أنه: "لإدارة الجمارك حق الامتياز والأفضلية على جميع الدائنين بالنسبة لجميع المبالغ التي يوكل إليها تحصيلها من المدينين على منقولاتهم من أموال وأمتعة باستثناء المصاريف القضائية ومصاريف الامتياز الأخرى وكل ما هو مستحق لسته أشهر من إيجار فقط، وكذلك باستثناء المطالبة التي يقدمها أصحاب البضائع العينية التي ما تزال مغلقة. لإدارة الجمارك كذلك حق توقيع الرهن على عقارات أصحاب الأملاك المدينين وفي نفس الشروط التي يتم فيها إصدار الأحكام من قبل السلطة القضائية".

الرهن القانوني المقدم للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط لضمان القروض الفردية للبناءات المقبولة من طرف هذه الهيئة، حيث نصت المادة 175 من قانون المالية لسنة 1983 على أنه يؤسس رهن قانوني لصالح الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط وذلك ضمان للقروض الفردية التي تمنحها هذه المؤسسة طبقاً للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

الرهن القانوني على الأملاك العقارية للمدينين لفائدة البنوك المؤسسات المالية لضمان تحصيل ديونها والالتزامات التي تم الاتفاق عليها معها، وذلك بموجب المادة 96 من قانون المالية لسنة 2003، وأضافه المادة 56 من قانون المالية لسنة 2006 لمحتوى المادة 96 المذكورة أعلاه صندوق ضمان الصفقات العمومية، وتنفيذاً لمحتوى المادة 96 أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 06-132 المؤرخ في 03-04-2006 المتعلق بالرهن القانوني لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى.

ومما سبق نستنتج أن الفرق بين الرهن القانوني والرهن العقاري، هو أن الرهن القانوني مصدره المباشر القانون، بينما الرهن العقاري مصدره الإنفاق.

2.1.1. خصائص الرهن العقاري.

مما سبق رأينا أن تسمية الرهن العقاري تطلق على العقد وتطلق على الحق العيني، ومن هنا وجب تعداد خصائص الرهن العقاري باعتباره حقا، ثم تعداد خصائصه باعتباره عقدا عينيا تبعا.

1.2.1.1. خصائص الرهن العقاري باعتباره حقا.

- الرهن العقاري حق عيني:

يعطي الرهن للدائن حقا عينيا على المال المرهون يخوله حق التتبع وحق الأفضلية، فبمقتضى حق التتبع يستطيع الدائن أن ينفذ حقه على المال المرهون في يد أي شخص تنتقل إليه ملكية هذا المال، وبمقتضى حق الأفضلية يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من ثمن الشيء المرهون قبل غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالبيين له في المرتبة[8](265).

وإذا كان الرهن الحيازي على المنقول يعتبر في القانون الفرنسي، حقا عينيا تبعا، نظرا لصراحة النصوص، فإن الشك قد ثار حول طبيعة حق الرهن الحيازي على العقار، وذهب البعض إلى اعتباره حقا شخصيا لا يخول الدائن المرتهن سوى حبس العقار المرهون إلى غاية استيفاء حقه، فلا تكون له ميزة تتبعه ولا ميزة التقدم على ثمنه، وإن اعترفوا رغم ذلك أن الدائن المرتهن نظرا لنفاذ حق الحبس الذي يخوله له الرهن في مواجهة الكافة، يقترب من صاحب الحق العيني التبعا، أما عندنا فلم يثر شك في أن الرهن الحيازي حق عيني تبعا، فحق الرهن الحيازي يتفق مع حق الرهن الرسمي في أنه حق عيني تبعا يمنح للدائن المرتهن ميزة التتبع للمال المرهون، وميزة التقدم في ثمنه[2](361).

ولقد ذكر المشرع هذه الخاصية في المادة 948 ق م حيث أورد أن الرهن الحيازي يرتب حقا عينيا، وهذا بصريح العبارة.

- الرهن العقاري حق عيني تبعا:

فهو يتقرر ضمنا لحق شخصي ويكون تابعا له في صحته وبطلانه، وفي وجوده وانقضائه[21](170).

فإذا كان الدين صحيحاً، فالرهن يكون صحيحاً، وإذا كان الدين باطلاً أو قابل للإبطال، وقع الرهن باطلاً أو قابل للإبطال، وإذا كان الدين مقرّوناً بأجل أو معلق على شرط واقف، يكون الرهن مقرّوناً بذات الأجل، ومعلقاً على ذات الشرط، ويأخذ الرهن دائماً صفة الدين المضمون به، فإذا كان الدين تجارياً، أعتبر الدين تجارياً، سواء أكان الراهن تاجراً أم غير تاجر، أما إذا كان الدين مدنياً فالرهن يكون مدنياً [8](65).
وإذا أنقضى الدين بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء ينقضي الرهن بالتبعية [8](66).

وهذا ما أكدته المادة 964 م ج حيث نصت " ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي أنقضى به الدين...".

وإذا كان هذا هو الأصل فإنه استثناءً يجوز أن ينشأ الرهن الرسمي قبل نشأة الالتزام الأصلي كما في حالة إنشاء رهن رسمي لضمان التزام ينشأ في المستقبل، وصورة ذلك فتح اعتماد لأحد العملاء في بنك من البنوك، ويكون الاعتماد مضموناً برهن عقار العميل، ولهذا السبب أضافت المادة 893 فقرة 01 ق م عبارة " ما لم ينص القانون على غير ذلك" [22](570).

و تجدر الملاحظة أن المادة 893 فقرة 01 ق م أحالة عليها المادة 950 ق م المتعلقة بالرهن الحيازي.

- الرهن العقاري حق غير قابل للتجزئة:

يتفق حق الرهن الحيازي العقاري كذلك مع حق الرهن الرسمي، في أنه حق غير قابل للتجزئة، سواء من حيث المحل المرهون، أو من حيث الدين المضمون [2](362).

فإذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي العقاري جزئياً متساويين، وكان الشيء المرهون عقاراً أو منقول متساوي القيمة، كان كل جزء من الدين مضموناً لكل الرهن، وكان كل جزء من الرهن ضامناً لكل الدين [22](580).

فلو قسم الدين إلى جزئيه المتساويين، وحول كل جزء منهما إلى شخص، لم يجز لأي شخص من الشخصين المحال لهما أن يدفع نصف الدين ليخلص جزءه، بل أن جزءه مضمون بكل الرهن لا بنصفه فقط، وما لم يدفع كل الدين وبقي منه نصفه مثلاً، فإن الرهن كله يبقى ضامناً لهذا النصف الذي لم يدفع. ولو قسم الشيء المرهون، فأعطي العقار لشخص والمنقول لآخر، ودفع من أخذ المنقول نصف الدين، لم يُخلص منقوله بذلك، وهذا هو المعنى المقصود من القول بأن الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة، وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن لا من مستلزماته، فيجوز الاتفاق على عكس ذلك [22](581).

وجدير بالذكر أن عدم تجزئة الرهن حكم لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الخروج عليه بنص قانوني، إذا رأى المشرع مصلحة في ذلك أو بناء على اتفاق الأطراف، بدليل إن المشرع ختم المادة 892 ق م بقوله "ما لم ينص القانون أو يقضي بغير ذلك"، وهذا ما جعل بعض الفقهاء لا يعتبرون عدم تجزئة الرهن من خصائص الرهن، لأن خصيصة الشيء أمر لازم له لا ينفك عنه [20](81).

إن قاعدة عدم التجزئة من القواعد الرئيسية في كافة التأمينات العينية، وهذه القاعدة كانت معروفة في الفقه الإسلامي، ويقصد بأن الرهن لا يقبل التجزئة، أن الرهن بأجزائه ومجموعه يضمن كل الدين وكل جزء فيه، وإذا توفي المدين الراهن، وخرج المرهون في نصيب أحد الورثة، فلا يحق لهذا الورث أن يسترد المرهون بدفع ما يترتب عليه من الدين فقط، بل يبقى الرهن قائما إلى أن يتم الوفاء بكامل الدين المضمون به. وكذلك إذا توفي الدائن المرتهن، فلا يحق لأحد ورثته أن يسلم المال المرهون إلى الراهن إذا دفع له حصته من الدين مادام باقي الورثة لم يستوفوا ما هو مستحقا لهم من هذا الدين، وإذا كان الدين لا يقبل التجزئة، فإن دعوى بطلان الرهن، تكون بدورها غير قابلة للتجزئة، فلا يجوز أن يستقل بإقامتها بعض المدينين دون بعضهم الآخر [8](13).

هذا ويلاحظ بأن المشرع لم ينص على هذا المبدأ في الرهن الحيازي، ولم يحيلنا إلى النصوص المتعلقة بالرهن الرسمي، بالرغم من أن نص المادة 950 ق م قد أقتبسه المشرع حرفيا من التشريع المدني المصري، المادة 1098 وهذه المادة تحيل إلى أحكام الرهن الرسمي والتي تقضي بأن حق الرهن لا يتجزأ، مادة 1042 مدني مصري، وفي اعتقادنا أن حذف الإحالة إلى هذا المبدأ، قد وقع من المشرع سهواً، ولذلك نقترح استدراكه بإضافة رقم المادة 892 م ج في نص المادة 950 م ج التي تقضي بالإحالة إلى بعض أحكام الرهن الرسمي [12](13).

2.2.1.1. خصائص الرهن العقاري باعتباره عقداً.

بالرغم من أن الرهن العقاري يخضع في أحكامه العامة إلى الرهن الحيازي، وتسري عليه بعض أحكام الرهن الرسمي، إلا أن المشرع الجزائري أفردته بفصل خاص تضمن ثلاث مواد وهذا دلالة على أنه عقد مسمى وأحكام هذه المواد تجعله يتميز ببعض الخصائص كونه عقد.

- الرهن العقاري عقد شكلي:

لقد نص المشرع صراحة في نص المادة 883 فقرة 01 ق م على أن الرهن الرسمي عقد شكلي، ونصت المادة على أنه: " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي... " فطبعا لهذا النص فإن الرهن الرسمي عقد

شكلي، والشكلية فيه هي الرسمية، والرسمية فيه ركن لا يقوم بدونها، فإذا ما تخلف كان العقد باطلا بطلانا مطلقا. كما أن الرهن الرسمي عادة عقد يلزم الراهن فقط دون أن يلزم الدائن المرتهن، حيث يلتزم الراهن سواء كان هو الملتزم نفسه، أو الكفيل العيني بالتزامين هما: الالتزام بإنشاء حق عيني على العقار المرهون، والالتزام بضمان سلامة الرهن[20](82).

إلا أن الحال يختلف نوعا ما عما هو عليه في الرهن العقاري، إذ أن المشرع لم ينص صراحة على أن عقد الرهن العقاري هو عقد شكلي ولم يحل إلى نص المادة 883 ق م.

وبخلاف التشريع الفرنسي الذي يعتبر عقد الرهن الحيازي من العقود العينية. حيث لا تتم إلا بالتسليم، يرى بعض الفقه الفرنسي أن عقد الرهن العقاري هو عقد اتفاقي بالأصل، وأن الكتابة تقتضيها ضرورة الإثبات والإشهار لكي تسري في اتجاه الغير.

L'antichrèse est de source exclusivement conventionnelle. son objet (droit grevé et immeuble sur lequel elle est assise) ne présente pas de particularité par rapport aux autres sûretés immobilière. Il en va de même de la capacité requise du constituant.

L'article 2085 du code civil qui dispose que « l'antichrèse ne s'établit que par écrit », a toujours été considéré comme posant une exigence de preuve et non une exigence de validité. Cette interprétation a une portée pratique restreinte, car les parties ne peuvent faire l'économie d'un acte notarié si elles veulent publier l'acte constitutif pour le rendre opposable aux tiers[17](676) .

وكذلك يرى بعض الفقه أن القانون الفرنسي يجعل من عقد الرهن عقد عيني، لأن انتقال الحيازة ركن فيه ومنهم مازو Mazeaud ورونوي Ranouil [16](592).

ويرى الأستاذ إبراهيم غانم: أن المشرع الجزائري جعل من عقد الرهن الحيازي عقدا رضائيا بصفة عامة[12](8).

أما الدكتور محمد حسنين فيرى: أنه كرهن الحيازة في المنقول، تأمين اتفاقي معقود بين الدائن والراهن ومصدره العقد دائما، وهو في القانون الجزائري عقد رسمي أو شكلي يلزم توثيقه إذ تقضي المادة

12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر 70-91 التي تتضمن أن نقل حقوق عقارية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر في شكل رسمي [18](100).

أما بالنسبة للتشريع المصري، فيرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري: أنه في التقنين المدني الجديد، فقد أصبح الرهن الحيازي عقدا رضائيا، ينعقد بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين ولا ضرورة لتسليم الشيء المرهون إذ التسليم التزام لا ركن [22](577).

وبعد إلغاء قانون التوثيق رقم 70-91 وتعديل القانون المدني في سنة 1985 بموجب القانون 88-14 أصبحت المادة 324 مكرر تنص على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية... الخ". وتدخل الحقوق العينية التبعية تحت قائمة الحقوق العقارية، لأن كلمة حقوق عقارية جاءت عامة.

وكذلك الأمر ما نصت عليه المادة 793 ق م: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

و عليه طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 ق م فإن عقد الرهن العقاري هو عقد شكلي لتعلقه بالعقار وإذا لم تراعى الرسمية أنقلب العقد باطلا، رغم أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة كما فعل في الرهن الرسمي.

- الرهن العقاري عقد ملزم لجانبيين:

وذلك لأن الدائن تقع على عاتقه التزامات كما وأن المدين توجد على عاتقه التزامات كذلك [21](171). فيولد التزامات في ذمة الراهن بتسليم العين المرهونة، وضمن سلامة الرهن، والتزامات في ذمة المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة واستثمارها وردها [2](261).

- الرهن العقاري عقد تابع:

ككل حقوق الضمان هو حق تابع لا يوجد مستقلا بذاته وإنما يقوم لضمان الوفاء بالتزام في ذمة المدين، والدائن المرتهن هو في الأصل دائن عادي له حق الضمان العام وله دعوى شخصية، ولكنه يحصل إلى جانب ذلك على ضمان خاص وعلى دعوى عينية بناء على عقد الرهن. ويترتب على تبعية حق الرهن

للاتزام المضمون أن يدور معه وجودا وعلما، تطبيقا لقاعدة أن التابع يتبع الأصل. فيتأثر الرهن بصحة الالتزام الأصلي أو بطلانه، كما يتأثر بما يلحقه من أوصاف وما يرد عليه من أسباب الانقضاء[21](171).

- الرهن العقاري عقد معاوضة:

لأن الراهن لا يتبرع للمرتهن بالرهن، بل يقدمه له بمقابل، وقد يكون هذا المقابل هو وفاء بالتزام تعهد به المدين للدائن، أو هو قيام الدائن بإقراض المدين أو منحه أجلا[20](82).

إذا هو عقد بمقابل لا عقد تبرع، ذلك لأن رضا المدين بتقرير الرهن هو بمقابل رضا الدائن بإقراضه أو بإمهاله، فالراهن يكسب بالرهن ثقة الدائن، ويحصل هذا الأخير بالرهن على الضمان والأمن[14](175).

2.1. إنشاء الرهن العقاري وانقضائه.

يتطلب إنشاء الرهن عدة شروط، بعضها يتعلق بانعقاد الرهن، والبعض الآخر يتعلق بنفاذه وسريانه على الغير[8](80).

والمشرع الجزائري لم يتناول شروط إنشاء الرهن العقاري، بل أخضعه للشروط العامة لإنشاء الرهن الحيازي، كما أن الرهن الحيازي يخضع للقواعد الموضوعية التي تخضع لها كافة العقود، كونه عقد كبقية العقود، كما أن الرهن العقاري يشبه في بعض أحكامه الرهن الرسمي كونه يقع على عقار.

وعلى هذا الأساس سنتناول الشروط الموضوعية لإنشاء وصحة الرهن العقاري في مطلب، وقواعد نفاذه في مطلب آخر.

1.2.1. الشروط الموضوعية لانعقاد وصحة الرهن العقاري.

سنتطرق أولا للقواعد العامة، كون عقد الرهن العقاري يخضع للقواعد العامة كونه عقد، ثم للقواعد الخاصة التي تميزه عن باقي العقود.

1.1.2.1. الشروط العامة لانعقاد الرهن العقاري.

يشترط لإنشاء الرهن ما يشترط لانعقاد سائر العقود من الرضا الصحيح والموضوع والسبب المشروعين وهي الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في كل عقد [8](80).

ونقصد بالشروط العامة، تلك الشروط الواجب توافرها في كل عقد من العقود وهي تتعلق بالرضا والأهلية. وبالنسبة للسبب فإنه ليس هناك ما يخص عقد الرهن الحيازي (الرهن العقاري). بل أنه يخضع للقواعد العامة [1](215).

وهو يخضع للمبادئ العامة في نظرية العقد من وجوب توافر الرضا، وأن تكون إرادة الأطراف خالية من العيوب، ويجب أن يكون هناك محل وسبب لالتزام طرفي العقد، وأن تصدر الإرادة من شخص أهل لمباشرة العقد [23](382). و نكتفي في هذا المقام بتناول موضوعين هما الرضا والأهلية.

- الرضا:

يتحقق الرضا بمجرد أن يتبادل طرفا العقد، مع مراعاة الرسمية، التعبير عن إرادتين متطابقتين. وطرفا عقد الرهن هما الدائن المرتهن والراهن. وفي الغالب يكون الراهن هو المدين، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين، وهذا هو الكفيل العيني [1](46).

والمشرع الجزائري لم يتناول إمكانية أن يكون الراهن كفيلاً عينياً بالنسبة للرهن العقاري أو الرهن الحيازي ولم يحل على المادة 1/884 ق م. ولكن لا يوجد ما يمنع تطبيق ذلك على الرهن العقاري خاصة وأن الرهن العقاري يتشابه في جل أحكامه مع الرهن الرسمي.

وطبقاً للقواعد العامة قد يصدر التعبير عن الإرادة من طرفي العقد أو من ينوب عنهما قانوناً أو اتفاقاً وعلى ذلك فإنه يجوز أن يوكل الراهن عنه شخصاً في إبرام عقد الرهن، ويشترط حتى تكون هذه الوكالة صحيحة أن تكون وكالة خاصة في إبرام عقد الرهن وأن يتوفر فيها الرسمية [1](46).

و يجب أن تكون الإرادة الصادرة من طرفي العقد صحيحة بمعنى أن تكون خالية من عيوب الإرادة، وهذه العيوب كما هو معروف طبقاً للقواعد العامة [1](216).

- أهلية مباشرة الرهن العقاري:

لم يتطرق المشرع الجزائري لأهلية مباشرة الرهن العقاري بل وحتى لأهلية مباشرة الرهن الحيازي كون الأول أحد أنواع الثاني، ولم يحل المشرع إلى قواعد الرهن الرسمي، ولكن المنطق القانوني يقتضي إخضاع القواعد الخاصة بأهلية الرهن الرسمي على الرهن العقاري بالقياس كونه لا يختلف عليه إلا في بعض الجزئيات، وكون أن الأهلية اللازمة في الرهن الرسمي هي نفسها المفترض لزومها في الرهن العقاري، ولذلك لا بد من الرجوع إلى نص المادة 884 فقرة 2 ق م. وإن كانت المادة 948 إشارة إلى أطراف عقد الرهن.

- تنص المادة 884 ق م على انه: " يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين. في كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه". فطبقا لهذا النص يجب أن يكون الراهن، سواء كان هو المدين نفسه أو شخصا آخر (الكفيل العيني). أهلا للتصرف في العقار [20](110).

إن طرفا عقد الرهن هما الراهن والمرتهن، ويكون الراهن في العادة هو المدين نفسه، ولكن لا مانع أن يكون الراهن شخصا آخر يرهن مالا من أمواله، ضماناً لدين هذا المدين، وهذا هو الكفيل العيني أو الرهن المستعار [14](170).

والممارسة الفعلية للحق وترتيب آثار عليه مردها إلى ما يسمى بأهلية الأداء [13](508). والأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال القانونية لحساب نفسه [8](81).

- أهلية المدين الراهن: يشترط في الراهن أن يكون أهلا للتصرف، لأن الرهن يخول الدائن في حالة عدم الوفاء بالدين، بيع المال المرهون بالطرق القانونية، واستيفاء دينه من ثمنه، فيجب أن يكون أهلا للتصرف بالمال المرهون، وإذا كان الراهن شخصا اعتباريا، فيجب أن تكون له الأهلية لعقد الرهن، وتثبت له هذه الأهلية في الحدود التي يبينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون [8](83).

وكذلك يرى الفقه في فرنسا:

« Le droit du débiteur de consentir hypothèque ne lui est reconnu que s'il est à la fois capable et propriétaire(629)[16] ».

والراهن رهن حيازة يجب أن يكون كامل الأهلية، أي بالغا سن الرشد غير محجور عليه، ذلك لأنه يلتزم إذ رهن الحيازة ملزم للجانبين، فرهن الحيازة بالنسبة إلى الراهن، مدينا كان أو كفيلا عينياً عقد يدور بين النفع والضرر[22](578).

وطبقا لهذا، يعتبر المأذون له بالاتجار كامل الأهلية فيما أذن له فيه، فيعامل كمن بلغ سن الرشد في دائرة تجارته وعلى قدر حاجتها، وعليه إذا رهن القاصر المأذون له بالاتجار مالا له لحاجات تجارته كان رهنه صحيحا ومنتجا لأثاره كما لو صدر عن شخص كامل الأهلية[8](85).

فإذا كان الراهن هو المدين، كان الرهن بالنسبة له من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فإذا كان الراهن قد حصل على ائتمان معين، أو قد حصل على ما أجل الالتزام فإنه بذلك يكون قد حصل على مقابل معين، وفي هذا النوع من التصرفات يستلزم كمال الأهلية، وعلى ذلك فإذا صدر الرهن من الصبي المميز أو من في حكمه كان التصرف قابلاً للإبطال217.

- أهلية الكفيل العيني: إذا قدم الرهن شخصا آخر غير المدين (الكفيل العيني)، فإن العقد يعتبر من التصرفات التي تدور بين النفع والضرر إن كان الرهن بمقابل ويعتبر تصرفا ضاراً ضرراً محضاً إذا تم بدون مقابل، ويلزم في هذه الحالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع بالرهن[8](382). أي أن يكون كامل الأهلية، وعلى ذلك فإن رهن الصبي المميز ومن في حكمه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. أما إذا كان الكفيل العيني قد قدم الرهن بمقابل، فإنه في هذه الحالة يكون الرهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويكون رهن الصبي المميز ومن في حكمه قابلاً للإبطال وليس باطلاً[2](50).

- أهلية الدائن المرتهن: أختلف في مدى الأهلية التي ينبغي توافرها لدى الدائن المرتهن، إذ بينما يشترط البعض أن تتوفر فيه أهلية الاغتناء فحسب، يرى البعض الآخر على أنه يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف، ذلك في نظر هذا الرأي الأخير أن الارتهان هو بمثابة استيفاء للدين، والدين لا يستوفى إلا ممن كان يملك هذا القدر من الأهلية[12](22).

وفيما يتعلق بأهلية الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي فهي تختلف عن أهليته في الرهن الرسمي، وذلك أن الرهن الرسمي لا ينشأ في ذمة الدائن المرتهن أي التزام، فيكفي أن تتوفر له أهلية الاغتناء. أما الرهن الحيازي، فلأنه ينشئ التزامات في ذمة الدائن المرتهن في مقابل الالتزامات التي تنشأ في ذمة

الراهن، فهو يعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يشترط أن تتوفر للدائن المرتهن أهلية هذه الأعمال، وهي تكتمل إلا ببلوغ سن الرشد، وإلا كان العقد قابلاً للإبطال[2](218).

أما التشريع الجزائري فقد جعل من عقد الرهن الحيازي عقداً رضائياً لكنه ملزم للجانبين وبالتالي فهو من قبيل أعمال التصرف، فكما يتعين على المدين توفر لديه أهلية التصرف بأن يتحمل الالتزامات الناشئة عن عقد الرهن، والنتائج التي قد تترتب عنه (وهو بيع الشيء عند عدم الوفاء)، ينبغي أن تتوفر في الدائن المرتهن نفس القدر من الأهلية لكي يتحمل بدوره الالتزامات الناشئة عن نفس العقد، وسوف نرى أن المدين يلتزم بتسليم الشيء المرهون ويضمن سلامته وهلاكه من جهة وأن الدائن يلتزم بدوره بالحفاظ والصيانة للشيء المرهون كما يلزم بالإدارة والاستثمار عند الاقتضاء والرد عند الاستيفاء من جهة[12](22).

2.1.2.1. الشروط الخاصة لانعقاد الرهن العقاري.

ونقصد بهذه الشروط العناصر الهامة التي تحكم وجود وصدق الرهن. وهذه الشروط تتعلق بالالتزام المضمون والمال المرهون[2](218).

- الدين المضمون:

يقوم الرهن الحيازي لضمان دين معين، لذا يجب أن يكون هذا الدين موجوداً وصحيحاً ومعيناً[23](384).

أن الدين المضمون يمكن أن يكون مبلغاً من النقود أو عملاً أو امتناعاً عن عمل، ويصح أن يكون منجزاً أو مضافاً إلى أجل، أو باتاً أو معلقاً على شرط، وممكن أن يكون مستقبلاً أو احتمالياً، كما يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه[1](218).

وقد أحالة المادة 950 من القانون المدني على المادة 891 منه المتعلقة بالرهن الرسمي بخصوص شروط الدين التي سنتطرق لها.

- تبعية الرهن للدين المضمون: لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وانعقاده ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويترتب على صفة التبعية أنه إذا 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[23](384). كما نصت على ذلك المادة 893 ق م.

- الدين المعلق على شرط واقف: يرى الفقهاء - بحق- أن الدين المعلق على شرط واقف يدخل في عداد الديون الاحتمالية، فإذا تحقق الشرط الواقف نشأ الرهن، وإذا تخلف انقضى الرهن، فمثلاً إذا بيع العقار المرهون قبل تحقق الشرط لم يكن للدائن المطالبة بحصة معجلة في التوزيع[20](182).

- الدين المعلق على شرط فاسخ: هذه الصورة لا تطرح صعوبة في القول بجواز ترتيب رهن كضمان للدين لأنه دين موجود، غاية ما في الأمر أن مصيره مرتبط بتحقق الشرط أو تخلفه، فإذا تخلف الشرط أستمّر الرهن قائماً صحيحاً، فإذا بيع العقار المرهون في مرحلة تعليق الشرط كان للدائن المعلق حقه على هذا الشرط أن يشترك في التوزيع حسب مرتبته في الرهن، فإذا تحقق الشرط ألتزم برد ما أخذه وأعيد توزيع ذلك على سائر الدائنين[20](183).

- الرهن كضمان لدين احتمالي أو دين مستقبلي: الدين الاحتمالي هو الدين غير الموجود في الحال، وجوده في المستقبل أمر غير مؤكد، فقد يوجد وقد لا يوجد. والدين المستقبلي هو الدين غير الموجود في الحال، وجوده في المستقبل أمر مؤكد. ومن خلال التعريفين يظهر أن الدين الاحتمالي والدين المستقبلي يتفقان في أن كلاهما غير موجود في الحال، وهذا التشابه بينهما جعل المشرع يتناولهما في مادة واحدة لأنهما يطرحان نفس المشكلة القانونية وهي مدى ترتيب رهن لضمان دين غير موجود في الحال؟. ويظهر جلياً من خلال نص المادة 891 ق م أن المشرع أجاز ذلك، بل وضرب مثالين وهما: الرهن لضمان الاعتماد المفتوح والرهن لضمان فتح حساب جار[20](183).

- تحديد الدين المضمون: يجب أن يكون الدين المضمون معيناً أو قابل للتعيين، فإذا لم يكن الدين محدداً، فإن الرهن يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، كالمدين والدائن وخلفهما العام أو الخاص، والدائنون المتأخرون في المرتبة، فلا يجوز عقد رهن حيازة لضمان ديون غير معلومة المقدار وغير محددة المصدر[23](385).

والمشرع الجزائري اكتفى فقط بضرورة تعيين الدين إذا تعلق الأمر بالديون الشرطية والمستقبلية والاحتمالية. ورغم هذا فإن الفقه يجمع على وجوب تحديد الدين المضمون في عقد الرهن، سواء تعلق الأمر بالديون المحققة أو الديون الشرطية أو المستقبلية أو الديون الاحتمالية، ذلك أنه إذا كان من الواجب حسب المادة 891 ق م تحديد الديون الشرطية والمستقبلية والاحتمالية فإنه من باب أولى يجب تحديد الديون

التي تحقق وجودها. ونخلص من كل هذا أن المادة 891 ق م رمت إلى تحقيق أمرين مهمين: الأول وهو جواز ترتيب رهن على الديون الشرطية والمستقبلية و الاحتمالية، والثاني وهو وجوب تحديد مبلغ الدين المضمون، أو حده الأقصى الذي ينتهي إليه، وهذا بالنسبة لجميع الديون [20](185).

- كيفية تحديد الدين المضمون: يجب تحديد مصدر الدين كالعقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو القانون، وينبغي ذكر مقدار الدين أو بيان الحد الأقصى له [23](380).

ورغم أن المادة 891 ق م أكتفت بوجوب تحديد الدين المضمون من حيث مقداره (المبلغ) إلا أن الفقه مجمع على ضرورة تحديده أيضا من حيث مصدره، وبناء على هذا فإن الدين المضمون يتحدد بأمرين اثنين [20](186):

- الأمر الأول: تحديد الدين المضمون بمقداره، إذا تعلق الأمر بمبلغ من النقود فيجب بيان رأس المال وموعد استحقاقه والفوائد وتاريخ بدء سريانها، فمثلا إذا كان الرهن يضمن ما أقترضه المدين فيجب أن يذكر في عقد الرهن مبلغ هذا القرض كاملا وموعد استحقاقه وفوائده - إن وجدة- وتاريخ بدء سريانها، وما يقال عن الديون المنجزة يقال عن الديون المؤجلة والمعلقة على شرط، وإذا كانت مستقبلية كان تحديد مقدار الدين المضمون بتحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين حسب المادة 891 ق م.

أما إذا تعلق الأمر بالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل فيجب تحديد التعويض المحكوم به عن الإخلال بالتزام، وهنا يرى البعض وجوب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفا بقدر الإمكان. أما في القيد، إذا كان الشيء المرهون عقارا فيجب تحديد مبلغ تقريبي يصل إليه الدين، وهذا المبلغ هو الذي يطلع عليه الغير ويحتج عليه به [22](606).

و خلاصة القول إذا كان الدين مبلغاً نقدياً وجب ذكره في عقد الرهن، وإذا كان عبارة عن التزام بعمل أو امتناع عن عمل وجب تقديره بمبلغ من النقود في عقد الرهن [20](187).

- الأمر الثاني: تحديد الدين المضمون بمصدره رغم أن المادة 891 ق م لم توجب تحديد الدين بمصدره، إلا أن الفقه مجمع على ضرورة ذلك فيجب إدًا تحديد الدين المضمون بمصدره، وذلك بان يذكر هل هو ناشئ عن عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو فعل نافع أو نص في القانون [20](188).

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 مضاف إلى أجل أو منجزاً، كما قد يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً [22](606).

وتكمن أهمية ذلك في حماية مصالح الدائنين، ذلك لأنه قد لا يكون كافياً تحديد الدين المضمون بمقدار، بل يهمهم أيضاً معرفة مصدره فإن ذلك قد يكشف لهم أن هذا الالتزام مهدد بالزوال كأن يكون قابلاً للإبطال، أو قريب الانقضاء بالتقادم. وبذلك التحديد أيضاً يطمئن الدائنون إلى أن المدين لن يتلاعب على نحو قد يضر بحقوقهم، فقد يتقرر الرهن ضماناً للوفاء بدين معين لصالح أحد الدائنين، ثم يسدده للمدين، ومع ذلك يبقى الرهن قائماً بمرتبته القديمة لضمان الوفاء بديون أخرى استحدثت [20](188).

وهناك بعض التشريعات لا تجيز تخصيص الرهن لضمان التزام بعمل أو الامتناع عن عمل. ومنها التشريع اللبناني.

ويتضح من هذا أن المشرع اللبناني منع إنشاء الرهن العقاري لضمان التزام أو الامتناع عن عمل، خارجاً بذلك عن القواعد العامة، إذ لا شيء يمنع في الأصل ضمان هذه الالتزامات، ومخالفاً بعض التشريعات، كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري والتشريع العراقي، التي تجيز إنشاء الرهن لضمان أي التزام [8](212).

- أين يتم تحديد الدين المضمون: إن المادة 891 ق م صريحة في وجوب تعيين مبلغ الدين المضمون أو حده الأقصى الذي ينتهي إليه في عقد الرهن، والسؤال الممكن طرحه في هذا المجال هو: هل يمكن أن يتم في عقد رسمي لاحق على عقد الرهن، كما هو الحال بالنسبة لتخصيص الرهن من حيث العقار المرهون؟. يرى بعض الفقه أن ذلك ممكن، وهذا أخذاً بنية المشرع التي أفصح عنها في تحديد وتعيين العقار المرهون، لكن في هذه الحالة لا ينعقد الرهن إلا من تاريخ تحرير العقد اللاحق الذي يتضمن تحديد الدين المضمون [20](188).

وكما يتوجب تحديد الدين المضمون في عقد الرهن، يتوجب ذلك أيضاً في قيد الرهن، وفي هذا المعنى تنص المادة 93 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري [24]، على أنه يجب على الدائن أن يودع جدولين يحتوي كل منهما على الخصوص: "3...- ذكر التاريخ ونوع السند وسبب الدين المضمون بواسطة الامتياز أو الرهن. 4- ذكر رأسمال الدين ولواحقه والفترة العادية، وفي جميع الفرضيات فإنه يجب على الطالب أن يقدر الربوع والخدمات والحقوق غير المحددة أو المحتملة أو المشتركة".

- جزاء عدم تحديد الرهن من حيث الدين المضمون: 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 منهما والخلف الخاص، والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة، وحائز الشيء المرهون[22](606).

وأخيراً نشير إلى أن أهمية تحديد مقدار الدين المضمون تكمن في حماية مصالح الدائنين الذين يتعاملون مع المدين بعد الرهن، إذ أنه لا يكفي للغير بأن يعلم أن العقار مرهون، بل يعنيه أيضاً معرفة مقدار الدين المضمون، فهو بذلك يستطيع أن يقدر إلى أي حد قد أستنفد المدين ائتمانه على العقار، وبالتالي إلى أي مدى لازال هذا العقار صالحاً لمنح ائتمان، وهنا تتلاقى مصالح الدائنين مع المدين، ذلك أن المدين إذا عرض العقار رغبة منه في الاقتراض، فمصالحته ظاهرة في أن يبين للغير أن العقار لم تستنفد منه قيمته برهون سابقة، ولا يتيسر ذلك إلا بتقديم بيان صادق يبين فيه مقدار الديون المضمونة[20](187).

- المال المرهون:

يلزم لكي ينعقد الرهن صحيحاً أن يرد الرهن على شيء مما يجوز رهنه، كما أن الرهن إذا نشأ صحيحاً فهو يشمل بجانب العقار المرهون ملحقات هذا العقار، فنحدد أولاً الشروط الواجب توافرها في الشيء المرهون ثم نحدد ثانياً مشتملات الرهن[25](240).

ويشترط في المال المرهون الشروط التالية: أن يكون عقاراً أو حقاً عينياً عقارياً[26](257). حيث نصت المادة 949 ق م على أنه "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار". و لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الحقوق العينية العقارية من حيث قابليتها للرهن لذلك لا بد من البحث في ذلك.

- المقصود بالعقار: في هذا المقام يجب أن نميز بين العقار باعتباره شيئاً يصلح للرهن، والعقار باعتباره حقاً يصح أن يكون محلاً للرهن[20](151):

- العقار باعتباره شيئاً يصلح للرهن: العقار حسب المادة 1/683 ق م: " كل شيء مستقر بحيز وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف" وهو ما يعرف عند القانونيين بالعقار بطبيعته كالأراضي والمباني. وانطلاقاً من هذا يرد الرهن على الأراضي، ويشمل ذلك الأرض وما فوقها من مباني ومنشآت، وما تحتها من مناجم. كما يرد على المباني ولو كانت مملوكة لغير صاحب الأرض. كما يجوز رهن العقارات الشائعة.

أما بالنسبة للعقارات بالتخصيص فلا يجوز رهنها مستقلة عن العقارات المخصصة لخدمتها واستغلالها، لأن العقارات بالتخصيص - كما هو معلوم- منقولات بطبيعتها ولم تكتسب الصفة العقارية إلا نتيجة إلحاقها بالعقار، وبناءً على ذلك إذا تم التصرف فيها أو زال عنها إلحاقها بالعقار فقدت صفة العقارية وعادت إلى طبيعتها المنقولة.

العقار باعتباره حقاً يصح أن يكون محلاً للرهن: يقصد بالعقار في هذه الحالة ما يعرف قانوناً بالمال العقاري، وهو كل حق عيني يقع على عقار، وفي هذا الصدد تنص المادة 684 ق م على انه: "يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار". و انطلاقاً من هذا بحث الفقهاء في ثلاث مسائل مهمة: أولاً: الحقوق العينية الأصلية التي تصلح أن تكون محلاً للرهن. ثانياً: مدى صلاحية الحقوق العينية التبعية لأن تكون محلاً للرهن.

- الحقوق العينية الأصلية التي تصلح محلاً للرهن:

الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق العينية التي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى للاستفادة منها أو ممارستها بل تقوم مستقلة بذاتها ومقصورة لذاتها. تتفرع الحقوق العينية الأصلية تبعاً لاختلاف مضمونها بأتساع أو ضيق ما تخوله لصاحبها من سلطات، فإذا اجتمعت هذه السلطات في يد شخص واحد، وهي سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، كنا بصدد حق عيني أصلي يسمى حق الملكية؛ أما إذا توزعت السلطات المذكورة بين أكثر من شخص كنا بصدد حقوق عينية أصلية، يطلق عليها الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، وهي كل من حق الانتفاع، حق الاستعمال حق السكنى، حق الارتفاق وأخيراً حق الحكر [13](100).

والسؤال المطروح هل حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية كلها تصلح أن تكون محلاً للرهن أم لا؟.

- حق الملكية: يمكن تعريف حق الملكية بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بالذات، يمكنه من أن يستأثر بالحصول على جميع منافع هذا الشيء وذلك في حدود ما يقضي به القانون. كما يمكن تعريف حق الملكية بأنه الحق الذي يمنح لمالك الشيء وحده وفي حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. وقد نصت المادة 674 ق م على أن " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين و الأنظمة ". يظهر من هذا التعريف أن حق الملكية، هو أهم الحقوق العينية جميعاً وأوسعها نطاقاً من حيث السلطات التي يخولها لصاحبه، أي المالك للاستفادة من مزاياه، إذ يخوله كافة السلطات التي يمكن تصور ورودها على الشيء المادي وهي استعمال الشيء واستغلاله

والتصرف فيه[13](100). وما دام والحال هذه فإنه من الجائز لصاحب حق الملكية أن يرهن ملكيته رهناً عقارياً.

وبما أن حق الملكية يخول صاحبه كل السلطات (التصرف و الاستعمال والاستغلال) فإن رهن الملكية يضم الشيء بأكمله الذي يكون محلاً له[20](153).

- حق الانتفاع: هو حق عيني يخول للمنتفع الانتفاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة استعماله واستغلاله مع التزامه بالمحافظة على هذا الشيء ورده لصاحبه عند نهاية حق الانتفاع والذي ينقضي حتماً بموت المنتفع[25](392).

وعليه فإن حق الانتفاع حق عيني يخول صاحبه سلطتي استعمال واستغلال شيء محدد مملوك لغيره، سواءً كان عقاراً أو منقولاً، دون سلطة التصرف فيه التي تظل في يد مالك الشيء[13](122). ولم يورد المشرع تعريفاً لحق الانتفاع في تقنيننا المدني. لكن هل لصاحب حق الانتفاع أن يرهن حقه؟.

يرى الفقه الغالب، جواز ذلك على أساس أن حق الانتفاع يعد من الأموال العقارية، ولقد نص المشرع الفرنسي صراحةً على جواز رهن حق الانتفاع. وإذا رهن حق الانتفاع، وجب أن لا يزيد عن مدته أو لحياة المنتفع أيهما أقرب. وهو إذ يتقرر يقع فقط على القيمة المالية التي يمثلها حق الانتفاع ولا يكون لاكتساب المنتفع لملكية الرقبة وتجمع سلطات الملكية في يده أثر على الرهن المقرر لحق الانتفاع، إذ لا يمتد الرهن إلى ملكية الرقبة ليشمل العقار كله، بل يظل محصوراً في عناصر حق الانتفاع[26](271).

ويجوز للمنتفع رهن حقه رسمياً أو حيازياً بحسب محل الحق وما إذا كان عقاراً أم منقولاً، فيكون للدائن صاحب هذا التأمين الحجز على حق الانتفاع، فإذا انتهى هذا الحق قبل تنفيذ الدائن عليه، فإن التأمين العيني ينقضي بزوال محله[27](401).

ويرى الدكتور محمد حسين منصور: أنه لصاحب حق الانتفاع الوارد على العقار أن يرهن حقه، لأنه حق عقاري. وهنا يرد الرهن على الحق ذاته وليس على الثمار فهي حق للمنتفع يجنيها ولا يستطيع المرتهن المطالبة بتسليمها لأنها تدخل في الضمان العام لكل الدائنين[23](205).

لكن هذا بالنسبة للرهن الرسمي الذي لا تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن، لكن الحال يختلف هنا لأننا بصدد الرهن العقاري الذي تنتقل فيه حيازة المال المرهون، وبالتالي فإن الثمار تصبح حقاً للدائن المرتهن ليستنزلهما من قيمة الرهن.

بينما يتجه بعض الفقه إلى عدم جواز رهن حق الانتفاع على أساس أن المشرع أشتراط أن يكون المال المرهون عقاراً بطبيعته، ولم يكتفِ بأن يكون مالاً عقارياً [27][271].

ومن أحسن الردود على هذا القول ما كتبه الدكتور أحمد سلامة، حيث قال: " ونحن نعتقد أن هذا القول محل نظر كبير، فلئن عبرت النصوص باصطلاح " العقار المرهون" فلا يمكن أن ينصرف مقصودها إلا إلى المال العقاري الذي يرهن، فحق الملكية مال عقاري ومع ذلك فلم يشك أحد بعدم جواز رهنه، وكذلك الأمر بالنسبة لملكية الرقبة، فكل ما يرهن مال عقاري، أي حق عيني يرد على عقار، أما العقار في ذاته دون أن يرد عليه حق، وباعتباره شيئاً فلا يجوز رهنه، ومن ثم فالحجة التي بنية على أن المشروع أستعمل كلمة "عقار" ولم يستعمل عبارة "مال عقاري" حجة غير مقنعة [20][154].

- حق الرقبة: إن من مستلزمات حق الانتفاع أن تنتقل سلطتان من سلطات حق الملكية، وهما الاستعمال و الاستغلال إلى غير مالك الشيء الذي يسمى المنتفع، لذا يطلق على الملكية التي تقتصر على سلطة التصرف ملكية الرقبة، تمييزاً لها على الملكية الكاملة أو التامة التي تشمل، إلى جانب سلطة التصرف، كلاً من سلطتي الاستعمال و الاستغلال [13][123].

بينما حق التصرف أو ما يسمى بملكية الرقبة لا يعني إلا شيئاً مجرداً وهو سلطة المالك على الشيء، فهو لذلك سلطة شخصية يبدو في حيز القوة ولا يعني شيئاً كبيراً في حيز الفعل. ولذا فإن حق الملكية يمثل في عناصر حق الانتفاع أكثر منه من مجرد ملكية الرقبة [28][145].

وبالنسبة للرهن الرسمي لا تطرح مسألة رهن حق الرقبة أي إشكال. فيمكن أن يرد الرهن الرسمي أيضاً على حق الرقبة، وفي هذه الحالة لا يتعلق حق الدائن المرتهن إلا بالقيمة المالية التي يمثلها العقار مجرداً عن سلطات الاستغلال والاستعمال التي تكون قد تقررت لصالح المنتفع [20][153].

إلا أن هناك إشكال بالنسبة للرهن العقاري، لأن هذا الأخير يستلزم الحيازة والتي هي التزام على المدين الراهن.

وإذا كان انتقال الحيازة إلى المدين المرتهن، كما سنرى ضرورياً لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير، فيستكمل أهم آثاره، فإنه يستلزم في محل الرهن أن يكون قابلاً للحيازة، فإذا كان المال غير قابل للحيازة ولو بصفة رمزية، لا يجوز أن يكون محلاً للحيازة[2](375).

ولانتقال الحيازة كالتزام سبيان[22](616):

السبب الأول: متى انتقلت الحيازة إلى المرتهن، تمكن هذا من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه، ويمكن 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.

كما أن انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن أو الغير هو الذي يمكن من استغلال المال المرهون والحصول على غلته، خصماً من حقوقه المضمونة بالرهن[1](229).

السبب الثاني: هو سبب يرجع إلى شهر الرهن بالنسبة للغير. وسيأتي بيانه .

وفي رهن حق الرقبة يمكن تصور الحيازة الرمزية، ولكن بالنسبة للاستغلال والانتفاع والحال هذه، فتكون للمنتفع، وهذا ما يعيق الرهن الحيازي الذي يعطي للراهن الحق في أن يستغل العين ويديرها ويستنزله من القيمة الدين من الثمار، اللهم إلا إذا كان التخلي عن حق الانتفاع بمقابل، مما يجعل الراهن يحصل على هذا المقابل ويستنزله من قيمة الرهن، ويكون بمثابة استغلال.

و عليه يمكن تصور قابلية حق الرقبة للرهن العقاري، إذا كان التخلي عن حق الانتفاع بمقابل لأنها الحالة الوحيدة التي تتفق مع روح الرهن العقاري.

- حق الاستعمال وحق السكن: يعد كل من حق الاستعمال وحق السكنى من الحقوق العينية التي تنقرر لشخص على شيء مملوك لغيره[25](410). وسنتناول أولاً تعريف الحقين تم بيان قابليتهما للرهن.

- حق الاستعمال سلطة مباشرة لشخص على شيء معين مملوك للغير، تخول صاحبها استعمال هذا الشيء فيما أعد له، وذلك بقدر ما يحتاج له هو وأسرته، وفقاً لما نصت عليه المادة 855 ق م. وتظهر من هذا التعريف أربعة أمور. الأول: حق الاستعمال، على غرار حق الانتفاع، يفترض وجود شخصين، أولهما مالك الشيء محل الحق وثانيهما هو من تثبت له سلطة استعمال الشيء. الأمر الثاني: حق الاستعمال لا ينقل لصاحبه إلا مكنة استعمال محل الحق. الأمر الثالث: سلطتنا الاستغلال والتصرف تظان في يد مالك الرقبة.

والأمر الرابع: حق الاستعمال أضيق من حق الانتفاع الذي يخول المنتفع سلطة استغلال الشيء فضلاً عن استعماله[13](187).

فحق الاستعمال يخول لصاحبه سلطة استعمال الشيء المملوك لغيره لنفسه ولأسرته. فهو إذن يعد فرعاً من حق الانتفاع. وإذا كان الحق الأخير يخول لصاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال فإن حق الاستعمال لا يخول سوى سلطة الاستعمال فقط، وإن كانت تلك السلطة قد تؤدي إلى حصول صاحبها على ثمار الشيء، ولكنه لا يستحق من هذه الثمار إلا ما يسد حاجته وحاجة أسرته. ويقصد بالأسرة، كل من يعولهم صاحب الحق من زوجة وأولاد وأقارب وخدم، هذا وقد يتضمن السند المنشئ للحق تحديداً له أضيق من ذلك[25](410).

- أما حق السكنى فهو فرع أيضاً من حق الانتفاع يخول لصاحبه استعمال الشيء لنفسه ولأسرته على نحو معين هو السكنى، ولذلك فهذا الحق لا يرد إلا على العقارات[25](510).

وعليه حق السكنى لا ينقل لصاحبه إلا سلطة استعمال المنزل على وجه معين وهو سكناه، فليس لصاحب حق السكنى أن يستعمل المنزل في غير السكن وعليه فلا يحق له أن يؤجر المنزل للغير أو أن يمارس فيه مهنة حرة معينة، أو أن يمارس فيه تجارة، وذلك لأنه لا يملك استغلال المنزل، بل فقط أن يسكنه بنفسه وأسرته[13](129).

يتبين مما سبق أن حق الاستعمال يرد على العقار والمنقول، أما الحق في السكنى فلا يجوز أن يرد إلا على عقار[25](410).

رغم كون حق الاستعمال وحق السكن من الحقوق العينية، إلا أنه لا يجوز رهنهما لأن المشرع في المادة 856 ق م منع التنازل عنها للغير كأصل عام ومن ثم فلا يمكن الحجز عليهما وبيعهما بالمزاد العلني[22](155).

- حق الارتفاق: حق الارتفاق تكليف أو عبء مقرر على عقار مملوك لشخص، معين لمصلحة عقار مملوك لشخص آخر، بحيث يتم بموجبه استقطاع جزء من منفعة العقار الأول لمصلحة العقار الثاني. ولقد عرفته المادة 867 ق م[13](130).

ولا يجوز رهن حق الارتفاق استقلاً عن العقار المرتفق لأنه لا يجوز بيعه استقلاً عن العقار، لكن رهن العقار يمتد إلى حقوق الارتفاق المقررة لخدمته باعتباره من توابعه[27](274).

- حق الحكر: حق الحكر نظام يشبه الإيجار نشأ في ظل الفقه الإسلامي خاصاً بأعيان الوقف التي لم تكن غلتها تكفي لتعميرها أو إصلاحها. والغرض من حق الحكر هو تسليم أرض في حاجة إلى إصلاح إلى شخص يقوم بإصلاحها وتعميرها، بالبناء عليها أو بالغرس فيها. ويكون لمن تسلم الأرض، ويسمى المحكر، حق عيني يخوله الانتفاع بها في مقابل دفع أجرة المثل. ولم يرد النص على حق الحكر في التقنين المدني الجزائري، ولذا وجب أن نطبق بشأنه أحكام الفقه الإسلامي التي أحال إليها القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 2002/12/14 فقد نصت المادة الثانية من القانون رقم 91-10 على أنه " على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه "[20](140).

كما نصت المادة 26 مكرر[29]: " يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأراضي العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 91-10 ".
 10-91

وللمحكر حق عيني عقاري على الأرض المحكرة، قابل للنقل والتنازل والحجز عليه. ويترتب على ذلك أن للمحكر الحق في رفع الدعوى العينية التي يحمي بها حق الحكر ذاته وهي دعوى الإقرار أو الاعتراف بحق الحكر، فيسترد الأرض من أي حائز لها بدون حق كما له الحق في رفع جميع دعاوى الحيازة ودعوى الملكية[28](155).

ومن الأموال العقارية التي يجوز التعامل فيها ويجوز بيعها بالمزاد العلني، ويصح رهنها حق المحكر في الحكر ذاته وفيما أحدثه في الأرض المحكرة من بناء أو غراس أو غيره لأن هذه المنشآت تكون مملوكة له ملكاً تاماً ويجوز أن يتصرف فيها وحدها أو مقترنة بحق الحكر[30](52). ولكن الغالب يتصرف المحكر في الحكر معاً[28](155).

وللمحكر حق القرار على الأرض، ويملك ما ينشئه من بناء أو غراس عليها، لذا يجوز له أن يرهن المباني وحدها أو مقترناً بحق الحكر أي الأرض باعتبارها محلاً لحق القرار. إلا أنه ينبغي ملاحظة أن

الحكر حق موقوت بطبيعته، ينتهي بحلول أجله وبالأسباب الأخرى المبينة في القانون، وبانتهاء الحكر ينقضي الرهن بالتبعية[23](206).

وللمستحكر كذلك أن يرهن المباني مستقلة عن الأرض الحكر المقام عليها البناء، ولكن المستحكر على خلاف المستأجر، له حق القرار على الأرض، وهو يستطيع لذلك أن يرهن المباني ومعها الأرض باعتبارها محلاً لحق القرار[2](202).

- مدى صلاحية الحقوق العينية التبعية للرهن:

كان القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم يجيزان رهن حق الرهن الرسمي، وكان يترتب على ذلك إجراء توزيع أول بين مرتهن العقار، ثم إجراء توزيعات تالية لما يخص كلاً من الدائنين المرتهنين في هذا التوزيع الأول بين دائنيه المرتهنين حقه في الرهن. فكان ذلك يؤدي إلى تعقيد في الإجراءات وكثرة في المصروفات ولذلك أبطل رهن الرهون في القانون الحديث[30](53).

ويبدو لنا أقوى مبرر ما ذكره الدكتور أحمد سلامة حيث قال: " ونعتمد أن رهن الرهن الرسمي أو غيره من الحقوق العينية التبعية يصطدم بصعوبات لا تسمح بإمكان وقوعه في نظر القانون، فالحق العيني التبعية لا يقوم ولا يحتفظ بهذه الصفة إلا إذا أستند على حق شخصي، وإذن فحيث يرهن يجب أن يشمل الرهن هذا الحق الشخصي، وإذ ذلك يكون الأصل هذا الحق، أما الحق العيني التبعية فهو فرع أو تابع له، ولما كان هذا الأصل منقولاً فلا يجوز رهنه رهناً رسمياً "[20](156).

- ما يشترط في المال المرهون:

ويشترط في المال المرهون، عدة شروط حتى يجوز رهنه رهناً حيازياً، وهو أن يكون الشيء معيناً، مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وموجوداً وقت الرهن، ومملوكاً للراهن[1](220).

- يجب أن يكون الشيء المرهون معيناً أو قابلاً للتعيين:

يشترط في محل العقد بوجه عام أن يكون معيناً، فإن لم يكن معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان باطلاً المادة 94 ق م.

ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره المادة 2/94 ق م. ونظراً لأن الإرادة التشريعية لم تحل في المادة 950 ق م على المادة 886 ق م الواردة

في الرهن الرسمي، لذا نرى أنه يكفي في الرهن الحيازي تطبيق القواعد العامة في تعيين المحل، تلك القواعد الواردة في المادة 94 من المجموعة المدنية، فيكفي أن يكون المحل معيناً تعيناً نافياً للجهالة بأن يكون معيناً بالذات أو معيناً بالنوع مع ذكر مقداره، أو قابلاً للتعيين [15](126).

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " أن يجب أن يكون محل الرهن الحيازي معيناً أو قابلاً للتعيين طبقاً للقواعد العامة. ولا يشترط تعيينه تعيناً دقيقاً كما في الرهن الرسمي، فلم يرد في نصوص الرهن الحيازي نص يوجب تعيين محل الرهن الحيازي تعيناً دقيقاً" [22](597).

إلا أنه وبالرجوع إلى المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم [31]. فإن المادة 66 منه اشترطت تعيين العقار تعيناً دقيقاً حيث نصت في فقرتها الأولى: " كل عقار أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها، وتعين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي عليه من مساح أراضي". وهذا تحت طائلة رفض الإيداع، المنصوص عليها في المادة 100 فقرة 01 و 06 التي نصت: " يرفض الإيداع في حالات عدم تقديم للمحافظ ما يلي:- عندما يكون تعيين العقارات لا يستجيب للأحكام المادة 66".

كذلك ما نصت عليه المادة 95 فقرة 05 بالنسبة للرهن الحيازي بالتحديد ولو أنها أنت في إطار تجديد القيد، حيث نصت: "... إذا أنخفض نطاق الرهن الحيازي بموجب التسجيل عن طريق التجديد، فإن الجدولين يتضمنان التعيين الحالي لكل من العقارات التي بقيت مترتبة عليها حقوق".

و عليه فإنه يجب تحديد العقار تحديداً دقيقاً في الرهن العقاري.

ويتطلب المشرع وجوب تخصيص العقار المرهون رهناً رسمياً من خلال تعيينه تعيناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، ويعتبر شرط التخصيص من الشروط الشكلية في عقد الرهن الرسمي الذي يؤدي تخلفها إلى بطلانه. هذا الشرط غير ضروري للرهن الحيازي الذي يكفي فيه تطبيق القواعد العامة من وجوب تعيين المحل أو قابليته للتعيين دون لزوم التخصيص، ذلك أن تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون وتسليمه إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يقتضي بالضرورة تعيينه مما يغني عن ضرورة التخصيص في العقد ذاته [23](390). وهذا بحسب رأي الدكتور محمد حسين منصور.

- يجب أن يكون الشيء المرهون مما يصلح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:

أوردنا فيما سبق نص المادة 949 ق م التي نصت على هذا الشرط، وطبقاً لهذا النص لا يجوز رهن الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها ولا تلك التي لا يجوز بيعها استقلالاً بالمزاد العلني، فلا يجوز رهن

الأشياء العامة والأشياء الموقوفة. كذلك لا يجوز رهن المال المشروط بعدم التصرف فيه ولا يجوز رهن حق الارتفاق استقلالاً عن العقار ولا حق الاستعمال أو حق السكن[15](127). كما رأينا سابقاً.

- يجب أن يكون الشيء المرهون موجوداً وقت الرهن:

بالنسبة للرهن الرسمي نص المشرع الفرنسي في المادة 2130 قانون مدني فرنسي، على أن الأموال المستقبلية لا يمكن أن ترهن، ثم ذكر في المواد 2/2130 و 2131 و 2/2133 استثناءات على ذلك، ونص المشرع المصري في المادة 2/1033 قانون مدني مصري، على بطلان رهن المال المستقبل بطلاً مطلقاً، لكن سكت المشرع الجزائري عن ذلك تاركاً المسألة محل خلاف فقهي[20](161).

وبما أن المشرع الجزائري سكت عن حكم رهن المال المستقبل خلافاً للمشرع الفرنسي والمصري، فإنه من الواجب علينا الرجوع للقواعد العامة، وفي هذا الإطار تنص المادة 1/92 ق م على أنه: "يجوز أن يكزن محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً". ويستفاد من هذا النص أن القاعدة في التشريع الجزائري - خلافاً للشريعة الإسلامية- هي صحة التصرفات في المال المستقبل، بمعنى أن الأصل هو الصحة، والاستثناء هو البطلان، وبناء على هذا كان الأصل في رهن المال المستقبل هو الصحة، ومن ثم إذا قام شخص بشراء مسكن مازال لم يبني وقام برهنه، كان الرهن صحيحاً بشرط أن يعينه بالذات تعيناً دقيقاً، فإذا لم يتم بذلك كان رهنه باطلاً بطلاً مطلقاً لتخالف شرط تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون[20](163).

هذا الرأي ينطبق في الرهن الرسمي حسب رأي الأستاذ شوقي بناسي. لكن يختلف الأمر في الرهن العقاري، لأنه كما سنرى فيما بعد أن الحيابة شرط من الشروط الواجب توافرها لنفاذ الرهن العقاري، وأن رهن المال المستقبل يتعارض مع حيابته بصفته التزام في الوقت الحاضر حتى ولو كان محققاً في المستقبل.

ويرى الدكتور علي هادي العبيدي: أن الشرط الذي يتميز به محل الرهن الحيازي عن محل الرهن التأميني (الرهن الرسمي) هو وجوب أن يكون مقدور التسليم، وهذا أمر طبيعي لأن الرهن الحيازي يقوم على أساس انتقال حيابة المرهون إلى المرتهن أو العدل، وعليه لا يجوز رهن الأموال المستقبلية رهنًا حيازياً[26](235).

مع ملاحظة في كلمة "محققاً" أنها تخالف الحقيقة والواقع، إذ لا يمكن الجزم مطلقاً بأن الشيء المستقبل سيتحقق[15](36).

ولكن يجوز الوعد برهن المال المستقبل، حيث يجوز للراهن أن يعد الدائن المرتهن بأن يبرم معه رهناً حيازياً على المال الذي سيكسب ملكيته. ويقوم الرهن بمجرد كسب الملكية وإبداء الدائن رغبته في ذلك خلال مدة معينة [23](391).

- يجب أن يكون الشيء المرهون مملوكاً للراهن:

نصت المادة 884 ق م على وجوب ملكية الراهن في الرهن الرسمي للعقار المرهون، والمادة 950 ق م أحالة أحكام بعض المواد المتعلقة بالرهن الرسمي لتسري على الرهن الحيازي لم يكن من بينها المادة 884 ق م، ومع ذلك فإنه يجب أن يكون الراهن حيازياً مالكاً للعقار المرهون. فقد سبق القول أن رهن المال حيازياً عمل من أعمال التصرف، ولما كان المتصرف يجب أن يكون مالكاً للمال المتصرف فيه، لذلك يجب أن يكون الراهن حيازياً لمال معين مالكاً لهذا المال [15](228).

وفيما يلي سنتطرق لبعض الحالات التي يكون الراهن فيها غير مالك للمال المرهون أو أن ملكيته مؤقتة أو ليست مفرزة، فما مصير هذا الرهن؟.

- رهن ملك الغير: إن من المشاكل العويصة المطروحة قانوناً التصرف في ملكية الغير بالبيع أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات القانونية [20](112).

إلا أن هذا المشكل لا يطرح أساساً في التشريع الجزائري لأن المشرع الجزائري أشرط الرسمية في كل التعاملات الواردة على العقار وجعل الملكية لا تنتقل في العقار سواءً بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص قوانين الإشهار، وكذلك الشأن بالنسبة للرهن العقاري الذي اشترط فيه المشرع أن يكون رسمياً ويخضع لإجراءات القيد كما سبق وبيننا، وبالتالي فإن إشكالية رهن ملك الغير غير واردة في التشريع الجزائري من الناحية العملية.

وفي هذا يقول الأستاذ سليمان محمدي: " إن هذا الرهن سيتم شهره، ومن واجب المحافظ العقاري التأكد من صحة العقد وملكية المتصرف للعقار قبل القيام بإجراء الشهر، فلهذه الأسباب نرى أنه لا يمكن تصور رهن يصدر من غير مالك في ظل نظام يشترط الرسمية للانعقاد والشهر للنفاذ [20](112).

هذا ما أكدت المادة 61 من المرسوم 63/76 سالف الذكر بنصها: " كل عقد موضوع إشهار بالمحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

وكذلك المادة 62 من نفس المرسوم التي نصت: " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف. ويجب أن يصادق على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان وجنسية الأطراف، موثق أو كاتب ضبط أو سلطة إدارية، في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء...".

وهذا ما أكدته المادة 63 من نفس المرسوم بالنسبة للأشخاص الاعتبارية. وكذلك المادة 66 السالفة الذكر بالنسبة لتحديد العقارات ، كل هذا تحت طائلة رفض الإيداع ما نصت عليه المادة 100 فقرة 03 وفقرة 05.

- رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي: إن مقتضى القواعد العامة أن من زالت ملكيته بأثر رجعي، بأي سبب من أسباب الزوال كالإبطال والفسخ أعتبر كأن لم يكن مالكا قط، و من ثم تكون جميع تصرفاته التي أبرمها بخصوص ملكيته هي الأخرى كأن لم تكن [20](123).

ولقد ثار إشكال فقهي في تطبيق نص المادة 885 ق م الخاصة بالرهن الرسمي التي تنص: " يبقى صحيحاً 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".

بحجة وجوب قصر النصوص الاستثنائية على النطاق الذي تحدده عباراتها، ولا يجوز تطبيقها بطريقة القياس، ولا حتى التوسع في تفسيرها، فإذا كانت المادة 1034 قانون مدني مصري خاصة بالرهن الرسمي يجب عدم التوسع في تطبيقها [2](371).

وينبغي الإشارة إلى أن المادة 1034 مدني مصري تقابلها المادة 885 ق م.

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " ولا يوجد نص يجعل هذا النص يطبق أيضاً في حالة الرهن الحيازي. فإذا رهن شخص مالا له رهن حيازة، أكون رهن الحيازة صحيحاً إذا تبين فيما بعد أن سند ملكية الراهن باطل، أو قابل للفسخ وقد فسخ بأثر رجعي؟. لاشك أن المادة 1034 قانون مدني مصري سألقة الذكر تحالف القواعد العامة، إذ هي تصحيح رهن صدر من غير مالك، فالراهن قد أبطل سند ملكيته أو فسخ بأثر رجعي، لذلك يجب قصر المادة 1034 مدني مصري على ما جاءت فيه، وهو الرهن الرسمي ولا يجوز تطبيقها على الرهن الحيازي [22](600).

وهو نفس الرأي للدكتور جمال الدين زكي: " ولو أراد المشرع الأخذ في الرهن الحيازي، بحكم المادة 1034، لما فاته الإحالة عليها في المادة 1098 قانون مدني مصري مع بقية النصوص الخاصة بالرهن الرسمي والتي رأى الإحالة عليها[2](372).

وبناء على ما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بنفس أحكام التشريع المصري، بموجب المادة 885 ق م التي تقابل المادة 1034 مدني مصري كما سبق وبيننا، والمادة 950 ق م، التي تقابلها المادة 1098 مدني مصري.

ولكن إذا لم يمكن تطبيق المادة 1034 مدني مصري على رهن الحيازة فإن هناك في قانون تنظيم الشهر العقاري نصوصاً في هذا الموضوع تنطبق على رهن الحيازة، فالمادة 2/17 من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري تحمي حسن النية في ذاته، وتشمل كل من يعتبر من الغير، ما دام قد كسب حقه بحسن نية، سواء كان ذلك الغير مرتهنًا رهنًا رسمياً أو مرتهنًا رهنًا حيازياً أو مشترياً أو غير ذلك[22](601).

وهذا ما ذهبت إليه المادة 86 من المرسوم 63/76 سالف الذكر عندنا والتي نصت أنه "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إلغائها أو نقضها، عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء، أو النقض قد تم إشهاره مسبقاً أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض، بحكم القانون تطبيقاً للقانون".

فإذا كان المرتهن رهن حيازة، قد كسب بحسن نية 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، وما دام الدائن المرتهن رهن حيازة كان حسن النية وقت إبرام رهن الحيازة[22](601).

- رهن المباني المقامة على أرض الغير: وكما هو مقرر في الرهن الرسمي بخصوص رهن المباني القائمة على أرض الغير، ورغم عدم وجود نص مماثل في خصوص الرهن الحيازي لنص المادة 889 ق م ورغم عدم إحالة الإرادة التشريعية على هذا النص بين النصوص التي أحال عليها، فإننا نرى أن أحكام هذه المادة تنطبق على الرهن الحيازي، فيجوز لمن ملك البناء دون الأرض أن يرهن البناء حيازةً، وهذا الحكم تمليه القواعد العامة[15](229).

و لقد وضع المشرع بموجب المادة 1/782 ق م قرينة قانونية على أن مالك الأرض يملك الأرض وما عليها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى، حيث قرر أن " كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو

بناء أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض و أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له". لكن يلاحظ عند قراءة هذه المادة أن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، حيث نصت على ما يلي: " غير أنه يجوز أن تقام البينة على أن أجنبياً أقام المنشآت على نفقته، كما يجوز أن تقام البينة على أن صاحب الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها"[20](131).

وإذا أقام شخص بناء على أرض مملوكة للغير، فإن هذه المباني تؤول ملكيتها إلى صاحب الأرض مع تعويض الباني بحسب ما إذا كان حسن أو سيء النية. ولكن قد يوجد اتفاق بين صاحب الأرض والباني يخول الأخير حق في إقامة البناء وتملكه لمدة معينة، وقد يتصرف المالك في البناء وحده دون الأرض. في هذه الحالات تنفصل ملكية البناء عن ملكية الأرض. ويجوز لمالك البناء رهنه، فما حكم الرهن في هذه الحالة؟[23](396).

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 أستبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق[23](396).

ويستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على البناء ويقتضي حقه من ثمنه، فإذا أنقضت ملكية المباني لم يكن للدائن المرتهن تتبع البناء لأن ملكية الراهن مؤقتة، وانتقل حقه إلى ثمن الأنقاض أو إلى التعويض المستحق للمباني لدى مالك الأرض، تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة في المادة 900 ق م والتي أحالت عليها الإرادة التشريعية في خصوص الرهن الحيازي بالمادة 2/954 ق م، وكما لاحظنا من قبل فإن الحكم المقرر في المادة 900 ق م لا يقتصر على الهلاك أو التلف بل هو يشمل جميع الحالات التي ينقضي فيها حق التتبع[15](229).

يتضح من ذلك أن ملكية الراهن للمباني ذات طبيعة مؤقتة، ومن ثم فإن حقوق الدائن المرتهن تتحدد في ضوء هذا التأقيت. فالرهن ينتج أثره في خلال المدة التي يكون فيها البناء مملوكاً للباني، فإذا حل أجل الدين المضمون بالرهن، خلال هذه المدة، كان للدائن المرتهن أن ينفذ على البناء ويقتضي حقه من ثمنه. أما إذا آلت ملكية المباني إلى مالك الأرض قبل حلول أجل الدين، فإن الدائن المرتهن لا يجوز له أن يتتبع البناء في يد مالك الأرض لأن حقه في الرهن يكون قد انقضى لتعلقه بملكية مؤقتة، وينتقل حقه بعد ذلك إلى ما يستحقه الراهن لدى مالك الأرض من تعويض على المباني قائمة أو من ثمن الأنقاض[23](387).

- ملحقات الشيء المرهون وثماره: لم يرد في باب الرهن الحيازي نص يقابل المادة 887 ق م الذي يمد الرهن الرسمي إلى ملحقات الشيء المرهون، ومع ذلك فمن المسلم أن الرهن الحيازي يمتد هو الآخر إلى ملحقات المال المرهون، وذلك بالقياس على الرهن الرسمي وبلاستناد إلى المادة 2/951 ق م التي تنص على أنه: " يسري على الالتزام بتسليم المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع". ومن المعروف في القواعد العامة للبيع، أن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد له بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وطبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد العقادين[15](225).

ويشمل 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[22](602).

لقد أعتبر المشرع التحسينات و الإنشاءات من ملحقات العقار المرهون، ونص على امتداد الرهن إليها. ويعرف الفقه التحسينات والإنشاءات بأنها ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الطبيعة أو الإنسان. وانطلاقاً من هذا التعريف قسمها الفقه إلى نوعين: تحسينات طبيعية، وتحسينات صناعية. الأولى وهي التي تتحقق بفعل الطبيعة دون تدخل إيجابي من الإنسان، كتراكم الطمي الذي يزيد من مساحة الأرض. والثانية هي التي تسمى بالإنشاءات، وهي الزيادة التي تتحقق بفعل الإنسان كتوسيع غرف المنزل و إعداد حديقة له وبناء طابق جديد أو إضافة ملاحق[20](170).

وتدخل التحسينات والإنشاءات ضمن الرهن الحيازي، أيأ كانت قيمتها ولو زادت هذه القيمة على الشيء الأصلي المرهون[22](602).

أما 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 لذكر ذلك. ويستوي أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت الحيازة أو وجد بعد ذلك. وإذا دخل العقار بالتخصيص في رهن الحيازة، ثم فصله الراهن ثم باعه وسلمه إلى المشتري، فإن المشتري إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذي أصبح منقولاً. ولكن يجوز للدائن المرتهن رهن حيازة أن يحجز على الثمن وهو في يد المشتري، إذا كان هذا لم يدفعه بعد. ويستطيع الدائن المرتهن رهن حيازة أن يعارض في تسليم العقار بالتخصيص للمشتري، إذا لم يتسلمه هذا بعد[22](602).

ويمتد الرهن إلى الإنشاءات الجديدة بنفس مرتبته حتى لو أقيمت بعد نشأة الرهن وقيده، إلا أن ذلك الامتداد ينبغي أن لا يضر بالمقاول أو المهندس الذي ساهم في إقامة هذه الإنشاءات[23](212)، وهذا حتى ولو أقيمت هذه التحسينات والإنشاءات بعد نشأة الرهن وقيده بفترة طويلة[20](171).

وإذا رجعنا إلى القواعد العامة في التأمينات العينية التي ترد على العقار، فإن العبرة تكون بالأسبقية في القيد، ومن ثم فإن حق الدائن المرتهن يقدم على حق الدائن والمهندس المعماري على أساس أن الأول أسبق في القيد، لكن لا شك أن مثل هذا الحل لا يرضي المقاول والمهندس المعماري، بل ويضر بمصالحهم، وسيؤدي بهم إلى الإحجام عن إقامة إنشاءات في عقارات مرهونة من قبل. ونتيجة لهذا خرج المشرع في المادة 887 ق م عن قاعدة الأسبقية في القيد، وقرر تقديم حق المقاول والمهندس على الدائن المرتهن، بمعنى أن الرهن وإن أمتد إلى الإنشاءات إلا أنها تكون محملة بامتياز المقاول والمهندس المعماري[22](173). التي نص عليها المشرع في المادة 1000 ق م.

وفيما يتعلق بالثمار، فإن الدائن المرتهن رهن حيازة يستولي عادة على الشيء المرهون، ومتى استولى عليه فإنه يستولي 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 يستولي الدائن المرتهن حيازةً على الشيء. ولكن قد يحدث أن المرهون يكون عقاراً، وقبل أن يستولي 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 هذه الثمار في الأرض. ذلك أن لا مبرر للتفرقة بين الثمار المدنية وبين الثمار المستحدثة أو الطبيعية، ومادامت هذه الثمار المستحدثة أو الطبيعية بقيت مدة في الأرض قبل التسجيل، فإن ما يقابل هذه المدة يكون من حق الراهن[22](603).

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[22](603).

- رهن المالك على الشيوخ: رأينا فيما سبق أن الإرادة التشريعية بينت في المادة 890 ق م أحكام رهن المال الشائع رهنًا رسمياً، ومعظم هذه الأحكام تتماشى مع القواعد العامة، ويخرج البعض الآخر عنها، أما في

الرهن الحيازي فلم تورد نصاً مماثلاً. ولم تتضمن نصوص الرهن الحيازي إحالة إلى نص المادة 890 ق م المشار إليها. وعلى ذلك فإن الأحكام العامة التي وضعتها الإرادة التشريعية بشأن التصرف في المال الشائع على وجه العموم وبصفة خاصة في المادة 714 ق م تسري على الرهن الحيازي [15](231).

والملكية الشائعة حسب المادة 713 ق م هي أن يمتلك اثنان أو أكثر شيئاً وتكون حصة كل واحد منهم غير مفرزة، فلا يستقر الشريك في الشيوع بملكية المال الشائع أو جزء منه، بل يستقل بملكية حصة شائعة في كل المال الشائع. وحسب المادة 1/714 ق م فإن الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكية تامة ويجوز له التصرف فيها وممارسة كافة حقوق المالك لكن بشرط عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء [20](135).

و تنص المادة 890 ق م المقابلة للمادة 1039 قانون مدني مصري، على رهن العقار الشائع، سواءً من جميع الشركاء، أو من احد الشركاء، وفي هذا الفرض الأخير، إما أن يرهن الشريك حصته الشائعة فقط وإما أن يرهن حصة مفرزة في العقار الشائع، وإما أن يرهن العقار الشائع كله [32](47).

- الرهن الصادر من جميع الشركاء: ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيأ كانت النتيجة التي تترتب عن قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته [23](230).

ويثير احتمال انتقال كل العقار الشائع المرهون لأحد الشركاء فقط. إشكال: والسؤال المطروح، هل ينتقل هذا العقار إلى الشريك مثقلاً بالرهن في حدود حصته في المال الشائع، أم أنه ينتقل إليه مثقلاً في كل العقار المرهون؟.

ونخلص إلى القول أن العقار ينتقل إلى الشريك مثقلاً بالرهن كاملاً، ولهذا الشريك، طبقاً لأحكام الضمان في القسمة، أن يرجع على شركائه، إلا إذا تمت مراعاة ذلك في القسمة أو في تقدير ثمن العقار [22](138).

- رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة: يملك الشريك في الشيوع حصة في العقار الشائع ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات بما في ذلك الرهن، ومن ثم فإذا رهن الشريك حصته شائعة، فإن رهنه يكون صحيحاً و نافذاً [23](232).

بإمكان الشريك في الشيوع أن يرهن الحصة الشائعة كلها أو بعضها رهناً رسمياً، أو رهناً حيازياً. ولا يحول دون الرهن الحيازي أن الرهن الأخير يقتضي حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذاً في حق

الغير، فالحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلاً للحيازة، كأن يتفق الدائن المرتهن مع الشركاء على أن يعهد بالمال الشائع إلى أحد الشركاء فيحوزه بالنسبة لحصة الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن، أو أن يوضع المال الشائع كله في حيازة الدائن المرتهن، فيحوزه بصفته دائناً مرتهاً بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة، وبصفته مديراً للمال الشائع بالنسبة لباقي الحصص. وقد يكون المال الشائع مقسوماً قسمة مهايأة بين الشركاء، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي خلص لهذا الأخير من قسمة المهايأة[33](74).

هذا الرهن صحيح إذ نصت عليه المادة 714 ق م : " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء". فإن الرهن الذي قرره الشريك في هذه الحالة لا يضر بمصالح الشركاء أثناء الشيوع، وإذا حل أجل الدين ولم يحصل الوفاء قام الدائن المرتهن بالتنفيذ على الحصة وبيعها بالمزاد العلني، ويحل الراسي عليه المزداد محل الشريك الراهن في الشيوع[32](49).

أما إذا تمت القسمة قبل تنفيذ الدائن المرتهن بحقه على الحصة الشائعة المرهونة فإن مصير الرهن يتوقف على حسب احتمالات القسمة[23](232):

فإذا آل إلى الراهن بعد القسمة جزء مفرز من العقار مساو للحصة الشائعة المرهونة، فإن الرهن يتركز على الجزء المفرز الذي آل إليه، ويكون للدائن أن ينفذ عليه دون غيره من أجزاء العقار.

وإذا أختص الراهن بكل العقار أو بجزء منه يزيد على الحصة الشائعة المرهونة، فإن حق الدائن المرتهن يقتصر على الحصة الشائعة التي كانت محلاً للرهن.

وإذا وقع في نصيب الراهن بعد القسمة عقارات أخرى غير التي رهنها، أنتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه العقارات يعادل قيمة الذي كان مرهوناً في الأصل. وفي ذلك تطبيق لمبدأ الحلول العيني، ويتم تعيين القدر الذي ينتقل إليه الرهن بأمر على عريضة من القاضي بناءً على طلب الدائن المرتهن.

ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي أنتقل إليه الرهن خلال 90 يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ويستفاد من نص المادة 2/890 ق م ما يلي[22](140):

- أن الرهن ينتقل طبقاً لفكرة الحلول العيني، بمرتبته إلى القدر من العقار أو العقارات التي آلت إلى الراهن بعد القسمة يعادل قيمة الحصة التي كانت مرهونة.

- يشترط لاحتفاظ الرهن بمرتبته التي أكتسبها من تاريخ القيد الأول الوارد على الحصة الشائعة أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن، وهذا خلال تسعين (90) يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن تسجيل القسمة.

- إذا تأخر القيد عن ميعاد التسعين يوماً فإن مرتبة الرهن لا تكون إلا من تاريخ القيد الجديد.

ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء، ولا بامتياز المتقاسمين، ومعنى ذلك أن الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع، قبل القسمة، يتقدم في المرتبة على الرهن الصادر من أحد الشركاء حتى ولو كان هذا الرهن الأخير سابقاً على قيد الرهن الأول[23](232).

- وقد لا يقع في نصيب الراهن أي جزء من العقارات المرهونة حصته فيه، ولا في غيره من العقارات، ولكنه يختص ببعض المنقولات فما هو مصير الرهن في هذه الحالة؟.

يذهب البعض إلى أن الرهن لا ينتقل لأن المنقول لا يصلح أن يكون محلاً للرهن الرسمي، ويفقد الدائن حقه في الرهن نتيجة القسمة، ويؤدي انقضاء الرهن إلى سقوط أجل الدين، إلا أن الراهن يستطيع تجنب سقوط الأجل بتقديم تأمين آخر كافي. ولكن العدالة تقضي بأن الرهن ينتقل إلى المنقولات ويتحول إلى رهن حيازي عليها، قياساً على مبدأ الحلول العيني المقرر لصالح الدائن المرتهن. وبناءً على ذلك يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على هذه المنقولات ليستوفي حقه من ثمنها إذا كان دينه قد حل، فإن لم يكن دينه قد حل كان له أن يطالب بتسليمه المنقولات لحيازتها أو تسليمها إلى عدل يحوزها لحسابه[23](224).

- أما إذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن، بالقسمة شيئاً من الأموال العقارية أو المنقولة، وإنما اختص بمبلغ من النقود. كان للدائن المرتهن أن يباشر حقه في التقدم على هذا المبلغ ليستوفي دينه المضمون بالرهن وذلك بمقتضى حق الرهن ذاته. فإذا كان حق الدائن لم يحل أجله فإنه يصبح مستحق الأداء على أساس ضياع التأمين الذي كان يضمنه حيث لم يؤول إلى الراهن شيئاً من العقار الشائع ويستطيع الراهن أن يتجنب سقوط أجل الدين بتقديم تأمين آخر إضافي أو يتفق مع الدائن المرتهن على إيداع المبلغ والتعاون على استغلاله حتى يحل أجل الدين، فيستوفي منه أي أن الرهن يتحول إلى صورة من صور رهن الدين[23](234).

- رهن الشريك 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[22](226).

ويجب لمعرفة حكم رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع، التمييز بين الحكم قبل القسمة،
والحكم بعد القسمة [23](235):

قبل القسمة يكون الرهن غير نافذ في حق باقي الشركاء، لأن حق كل منهم يتعلق بالجزء الذي تم رهنه باعتباره شائعاً بينهم جميعاً، فالشريك على الشيوع لا يجوز له أن يتصرف في جزء مفرز في المال الشائع ولو كان معادلاً لحصته لأن ذلك يعد تجاوزاً لحدود حقه و اعتداء على حقوق شركائه، التي تنتشر في كل جزئيات المال. ويستطيع الدائن المرتهن أن يطالب بإبطال الرهن على أساس الغلط، إذا كان لا يعلم أن الراهن يملك الحصة المرهونة على الشيوع، أما إذا كان يعلم بحالة الشيوع فإنه لا يستطيع طلب الإبطال للغلط، ويكون الرهن صحيحاً بين طرفيه، إلا أن نفاذه يكون موقوفاً على نتيجة القسمة.

إذا وقعت القسمة وأختص الشريك بالجزء المرهون بالفعل فإن الرهن يستقر نهائياً على هذا الجزء ويصبح نافذاً وينتج آثاره كاملة، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يطالب بإبطال الرهن بعد ذلك.

أما إذا لم يقع الجزء المرهون في نصيب الراهن، وإنما وقع في نصيبه عند القسمة جزء أو أعيان أخرى غير التي رهنها، فإن الرهن ينتقل إلى ما وقع في نصيب الراهن، أي أن المال الذي آل إلى الراهن يحل محل الجزء المرهون أصلاً حلوياً عينياً. ويجوز للدائن المرتهن إبطال الرهن على أساس الغلط إذا كان يجهل وقت إبرام الرهن أن الراهن يملك الجزء المرهون على الشيوع.

- رهن الشريك للعقار الشائع كله: لما كان العقار الشائع مملوكاً لجميع الشركاء، فمن البديهي أن الشريك لا يملك العقار كله. فإذا قام رغم ذلك برهنه، فإنه يكون بذلك متجاوزاً سلطة التصرف، ومعتدياً على حقوق باقي الشركاء، فما هو مصير الرهن في هذه الحالة، خاصة وأن المادة 890 ق م لم تنص على هذه الفرضية؟ [22](144).

إذا قام أحد الشركاء برهن المال الشائع، فإن الرهن لا يكون نافذاً في حق سائر الشركاء الشائعين، ويظل مصيره متوقفاً على نتيجة القسمة:

- فإذا آل العقار المرهون إلى الشريك الراهن نتيجة القسمة أو البيع لعدم إمكان إجراء القسمة عينياً يستقر نهائياً ويصبح نافذاً، ويحتفظ بنفس المرتبة أكتسبها من القيد الأول دون حاجة إلى إجراء قيد جديد.

- وإذا أختص الراهن بجزء مفرز من العقار فإن الرهن يركز على هذا الجزء، وينحصر عن بقية الأجزاء تطبيقاً للأثر الكاشف للقسمة. ويسقط أجل الدين المضمون بسبب إضعاف التأمين ما لم يقدم الراهن تأميناً إضافياً.

- وإذا وقع في نصيب الراهن عقاراً آخر أو منقولاً أو مبلغ من النقود، تم تطبيق الأحكام السابقة التي تعرضنا لها بمناسبة رهن الشريك لحصته شائعة[23](236).

- الرهن الصادر من المتحصل على شهادة الحيازة: لم يتم تناول موضوع شهادة الحيازة بإسهاب من طرف الفقه القانوني رغم بعض المحاولات التي أبداهها البعض في التطرق لهذا الموضوع، إذ تستدعي القراءة المتأنية للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري 90-25 التي تنص: " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها، ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى "شهادة الحيازة" وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي. ويبقى تسليم شهادة الحيازة في المناطق الرعوية خاضعاً للقانون الخاص المعلن عنه في المادة 64 أدناه". وبمراعاة المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-254[34] المؤرخ في 1991/07/27 إلى تعريف شهادة الحيازة على أنها: " سند حيازي اسمي يعد من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطاته و اختصاصه يتضمن شهر الحيازة بناء على طلب تصريح من الحائز وتخضع لشكليات التسجيل والشهر العقاري". وكما عرفها البعض على أنها: " سند حيازي إداري يبرر الحيازة الصحيحة لأراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر لها عقود ولم تشملها عملية المسح العام للأراضي بعد، تسلم من قبل رئيس المجلس الشعبي الوطني المختص إقليمياً طبقاً للأشكال التي يحددها القانون ". كما عرفها البعض الآخر على أنها سند إداري يسلمه رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً بناء على طلب الحائز للعقار أو الحائزين الذين لا ينبغي أن تقل مدة حيازتهم عن سنة واحدة[5](204).

ومن أهم آثار تسليم شهادة الحيازة - والتي تعيننا في هذا المقام- ما نصت عليه المادة 44 من قانون التوجيه العقاري، حيث قضت أنه: " يمكن الحائز أن يكون رهناً عقارياً صحيحاً من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض، ينطبق على العقار الذي ذكر في شهادة الحيازة، ويكون ذلك ضماناً للقروض المتوسطة وطويلة الأمد"[20](148).

ويرى الأستاذ سماعيل شامة أنه: " يمكن للحائز أن يكون رهناً عقارياً صحيحاً من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض، كضمان للقروض متوسطة الأمد. وهذا وفقاً للمادة 44 من قانون 90-25[35] وقراءة متمعنة في النص تثير سؤال حول إمكانية اكتتاب رهن عقاري لفائدة شخص طبيعي أو معنوي غير هيئات القرض المذكورة، ونرى أن يكون الجواب بالإيجاب تشجيعاً للاستثمار واستغلال العقار[36](148).

في حين يرى الدكتور محمودي عبد العزيز: " أن رفع الجمود عن المرحلة الحالية جعل المشرع بموجب المادة 44 من قانون التوجيه العقاري يمنح المستفيد من شهادة الحيازة ترتيب رهن عقاري من الدرجة الأولى Une hypothèque de premier range لفائدة المؤسسات المقرضة ضماناً للقروض المتوسطة والطويلة الأمد، وتدخلت المديرية العامة للأموال الوطنية بمذكرة تحت رقم 41-23 المؤرخة في 14/10/1991 المتعلقة بأسباب تأسيس شهادة الحيازة وكيفيات إعدادها وشهرها والآثار القانونية المترتبة عليها إلى بيان أن المؤسسة المالية المقرضة بمناسبة تطبيق المادة 44 أعلاه يجب أن تكون مؤسسات مالية عمومية دون الدائنين الخواص[5](212).

وعلى ذلك يرى الفقه في الجزائر أن المشرع بمقتضى المادة 44 يكون قد عامل الحائز معاملة المالك، ومن ثم نستطيع أن نقول أن المادة 44 استثناء من المادة 2/884 ق م، ويترتب على ذلك عدم جواز التوسع في تفسيرها والقياس عليها[22](148).

ويلاحظ أنه في حالة ظهور المالك الحقيقي للعقار، ومطالبته باستحقاق ملكيته وإلغاء شهادة الحيازة المسلمة للحائز، فإن الرهن الذي يكون الحائز قد رتبته لفائدة هيئات القرض في الفترة بين اعتباره حائزاً وإلغاء شهادة الحيازة يبقى صحيحاً في مواجهة المالك الحقيقي. وفي هذا المعنى نصت المادة 45 من قانون التوجيه العقاري على أنه: " لا يمكن أن يترتب مطلقاً عن دعوى المطالبة نقض رهن العقار، لإعادة النظر في الترتيب الأخرى التي أتخذها حائز شهادة الحيازة القانوني في حدود صلاحياته". ويظهر جلياً أن ما قرره هذه المادة يتوافق مع ما قرره المشرع في المادة 885 ق م[22](148).

و جدير بالملاحظة أن النص باللغة العربية للمادة 44 من قانون التوجيه العقاري استعمل مصطلح "رهن عقاري" لكن النص باللغة الفرنسية تكلم عن رهن رسمي Une hypothèque de premier range ولكن رغم هذا ليس هناك ما يمنع الحائز بشهادة الحيازة، رهن حيازته رهنأ عقاريًا. ولكن لفائدة المؤسسات المالية المقرضة فقط دون غيرها.

2.2.1. نفاذ الرهن العقاري في مواجهة الغير.

يرتب عقد الرهن آثار هامة في مواجهة الغير، لذلك حرص المشرع على حمايته من خلال تقرير القواعد التي تكفل شهر الرهن حتى يتم العلم به، ويقصد بالغير هنا كل شخص يتأثر بالرهن الحيازي بما يوفره للدائن المرتهن من ميزة التقدم أو ميزة التتبع، وينطبق ذلك على سائر الدائنين الذين لهم تأمين عيني على المال المرهون، كالدائن المرتهن رهنأ رسمياً أو رهنأ حيازياً، وصاحب حق الاختصاص أو حق

الامتياز وكذلك الدائن العادي، ومن له حق عيني أصلي على الشيء، كالمشتري الذي لم تنقل ملكيته، والمنتفع[23](420).

وهناك شرط مشترك يجب توافره لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير أياً كان الشيء المرهون، وهذا الشرط هو انتقال حيازة الشيء إلى حيازة الدائن المرتهن أو أجنبي يرتضيه العاقدان، وبالإضافة لهذا الشرط يجب توفر شروط أخرى تختلف باختلاف موضوع الرهن، هل هو عقار أو منقول مادي أو دين[1](128).

ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: سنتناول في الأول الشروط العامة وفي الثاني الشروط الخاصة.

1.2.2.1. الحيازة كشرط عام لنفاذ الرهن العقاري في مواجهة الغير.

تنص المادة 961 ق م على أنه: " يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان. ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون".

القاعدة العامة في نفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير: " يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه العاقدان". فيجب في كل الأحوال، أن يتخلى الراهن حيازةً عن المال المرهون إلى الدائن المرتهن، أو إلى من يتفق عليه العاقدان، حتى يكون الرهن نافذاً في مواجهة الغير، أياً كان نوع المال الذي يرد عليه الرهن، عقاراً أو منقولاً، فإذا لم تنتقل الحيازة، على هذا النحو، ظل الرهن حبيس العلاقة بين العاقدين. ينشأ حق الرهن، فيما بين العاقدين، وترتب جميع آثار الرهن فيما بينهما، بمجرد إبرام العقد ولو كان المرهون عقاراً، إنما لا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا بانتقال الحيازة[2](378).

ولقد وجد المشرع في نقل الحيازة وسيلة كافية لعلم الغير بوجود الرهن، ومن ثم أصبح تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون للدائن أو لعدله يتفق عليه، شرطاً لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير[23](421).

وانتقال الحيازة ليس شرطاً لإبرام عقد الرهن الحيازي، ولكنه شرط لنفاذه في مواجهة الغير[15](254). كما أن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون في مواجهة الناس كافة، واسترداد حيازته من الغير إذا خرج الشيء من يده دون إرادته أو دون علمه، ومع ذلك فهناك استثناء من شرط نقل الحيازة لنفاذ الرهن في حق الغير، هو أنه للدائن المرتهن الحق في أن يوجر العقار إلى الراهن نفسه. ولكنه

بالرغم من ذلك أستبدل بشرط آخر وهو شهر عقد الإيجار. وعلى ذلك فإننا سنعرض الحكمة من اشتراط انتقال الحيازة لفاذ الرهن في حق الغير، ثم لمن تنتقل حيازة الشيء المرهون، والشروط الواجب توافرها في الحيازة وأخيراً الاستثناء الخاص برهن العقار [1](229).

- مفهوم الحيازة الواجب نقلها للدائن المرتهن:

لم يتعرض المشرع الجزائري لمفهوم الحيازة لا في القانون المدني ولا القوانين الأربعة الخاصة بالحيازة العقارية بدءاً من المواد 808 ق م إلى المادة 843 ق م بل اكتفى بتناول أحكامها وأثارها، ويعرف الدكتور مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي الحيازة في رسالته بأنها: " السيطرة الفعلية التي تتجسد في قيام شخص بالأعمال المادية والقانونية على شيء تجوز حيازته بنية تملكه أو ممارسته حق عيني عليه سواء كان هذا الشخص مالكا للشيء أو غير مالكا له ". ويعرفها الدكتور عبد المنعم فرج الصدى بقوله: " أنها سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاوله الملكية أو لحق عيني آخر " [37](14).

يقصد بالحيازة سيطرة فعلية لشخص من الأشخاص على شيء من الأشياء المادية بنية مباشرة أو اكتساب حق عيني عليه، ومن هذا التعريف نستخلص أمرين [38](433):

- الأول: أن الحيازة إذا كانت سيطرة فعلية على شيء، فهذه السيطرة تكون مصحوبة بنية مباشرة أو اكتساب حق عيني عليه، وأخذ الحيازة على هذا النحو هو منطق النظرية الشخصية التي لا تكتفي بمجرد الحيازة المادية بل تعززها بعنصر معنوي هو نية مباشرة أو اكتساب حق عيني وهذه النظرية هي التي أخذ بها الفقه الفرنسي، وهي التي ينحاز إليها كذلك الفقه الراجح.

- الثاني: أن الحيازة مجرد سيطرة فعلية واقعية بصرف النظر عما إذا كانت في نفس الوقت مستندة إلى حق من الحقوق أم لا، وإن كان الغالب أنها رغم صفتها الواقعية تعتبر مظهر للحق، إذ يكون الحائز عادةً هو نفسه صاحب الحق العيني على الشيء، والاعتداد بهذا الغالب هو الذي حدا بالمشرع إلى اعتبار الحيازة قرينة على الحق. وإن كانت قرينة غير قاطعة يجوز إقامة الدليل على عكسها في الأحوال التي تفترق الحيازة عن الحق ويكون الحائز غير صاحب الحق على الشيء. ولعل الاعتداد بهذه القرينة كان من الأسباب التي حملت المشرع على حماية الحيازة في ذاتها ولو كان الحائز فعلاً غير صاحب الحق. طالما لم يقدّم الدليل على نقض القرينة.

ولابد للحيازة من توافر ركنين[38](443):

الركن المادي: يقصد بالركن المادي للحيازة السيطرة الفعلية على الشيء.

الركن المعنوي: يقصد بالركن المعنوي في الحيازة توافر النية لدى الحائز في الظهور بمظهر صاحب حق عيني معين على الشيء أياً كان هذا الحق هو حق ملكية أو انتفاع أو ارتفاق أو رهن حيازة، أي هو النية لدى الحائز في حيازة هذا الشيء لمباشرة هذا الحق أو اكتسابه عليه لحسابه الخاص. وبدون توفر هذه النية لا تكون الحيازة قانونية أو حقيقية منتجة لأثارها المعروفة.

والحيازة تتفرق إلى حيازة قانونية وحيازة عرضية . والتفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية تقوم على أن الحيازة القانونية يتوافر لها الركن المادي والركن المعنوي معاً. فيسيطر الحائز على الشيء سيطرة فعلية بنية الظهور بمظهر صاحب حق عيني عليه. أما الحيازة العرضية فلا يتوفر لها إلا الركن المادي وحده دون الركن المعنوي. والتفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية تفرقة بالغة الأهمية، فمن ناحية تقصر دعاوى الحيازة في الأصل على أصحاب الحيازة القانونية وحدهم دون الحائزين العرضيين، وإن كان المشرع يخرج عن الأصل بتحويل المستأجر وهو مجرد حائز عرضي، دعاوى الحيازة. ومن جهة ثانية، فإن الحيازة القانونية هي وحدها التي تفضي إلى كسب الحقوق العينية، أما الحيازة العرضية فلا تكسب أي حق عيني طالما هي باقية على صفتها العرضية ومهما مضى عليها. وليست الحيازة العرضية واحدة من حيث المدى، فقد تكون مطلقة وقد تكون نسبية، وهي مطلقة إذا كانت لا تكسب أي حق عيني على الشيء. أما إذا كانت تمنع كسب بعض الحقوق العينية دون البعض الآخر فتكون صفتها العرضية نسبية[38](449). وما يهنا هنا هو الحيازة العرضية النسبية.

الحيازة العرضية النسبية: تتحقق هذه الحيازة حيث يجمع الحائز بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية في نفس الوقت. بأن يخوله سند حيازته حقاً عينياً على الشيء، فيحوز الشيء حيازة مادية يظهر فيها بمظهر صاحب الحق العيني مما تعتبر معه حيازته حيازة قانونية في صدد هذا الحق. ولكن تحدد النية لدى الحائز باكتساب هذا الحق بالذات، على هذا النحو ينفي عنه نية اكتساب حق عيني آخر، مما يجعله مجرد حائز عرضي في شأن الحقوق العينية الأخرى غير الحق الذي يقوم عليه أصل حيازته. وعلى ذلك فالدائن المرتهن لشيء لا يعتبر حائزاً قانونياً إلا في صدد حق الرهن وحده لأنه الحق الذي تقوم عليه حيازته وتتحدد به نيته، بينما يعتبر حائزاً عرضياً في شأن حق الملكية مثلاً لأنه لا يستطيع نية التملك بمقتضى سنده. ولذلك يستطيع هذا الدائن اكتساب حق الرهن المعترف قانونياً بشأته، بمجرد الحيازة أو تقادمها على حسب الأحوال إذا كان تلقى الرهن من غير مالك، بينما لا يستطيع اكتساب حق ملكية الشيء المرهون مهما طال مدة حيازته له بالنظر إلى الصفة العرضية لحيازته في شأن هذا الحق[38](451).

- شروط الحيازة:

يجب أن تنتقل حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن أو الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان بصورة ظاهرة ومستمرة [38](354):

يجب أن تكون الحيازة ظاهرة أي واضحة للكافة، بحيث لا يخفى أمرها على أحد. ويتم انتقال الحيازة باستيلاء الدائن المرتهن أو الغير الذي يتفق عليه مادياً على الشيء المرهون. أما إذا كان الشيء المرهون موجوداً من قبل تحت يد الدائن المرتهن أو الغير ولكن بصفة أخرى، كما لو كان مستأجراً، فإن الحيازة تتم في هذه الحالة بتغيير صفته، أي بالاتفاق على بقاء الشيء تحت يده بصفته دائناً مرتهناً أو بصفته حائزاً لحساب الدائن المرتهن [1](230).

وتكون حيازة المال المرهون ظاهرة، بوجود علامات ودلائل تدل على حيازة المال حيازة ظاهرة واضحة لا لبس فيها ولا غموض بحيث لا يخفى أمرها على أحد، وينبغي أن يتخلى الراهن عن المال تماماً على نحو يزيل كل شك أو غموض على انتقال الحيازة إلى المرتهن. والفيصل أن تكون الحيازة ظاهرة هو رفع يد الراهن عن المال المرهون بطريقة تبين للغير وجود حق للمرتهن، ويتحقق ذلك في حالة انتقال الحيازة بشكل ظاهر وحقيقي [23](425).

والمقصود بأن تكون حيازة المرتهن ظاهرة أن يفقد الراهن حيازة الشيء بحيث لا يبقى عنصراً من عناصر ائتمانه في مواجهة الغير، ولا يقصد بذلك أن الشيء لا يصلح بعد الرهن لتقرير حقوق عينية أخرى عليه بل على العكس من ذلك فإن المشرع يقرر أنه يجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون غاية الأمر أن كل دائن مرتهن جديد يعلم عندما يرى أن حيازة الشيء المرهون قد انتقلت من الراهن إلى المرتهن أنه قد سبق تحميل هذا الشيء برهن فيتعاقد على الرهن الجديد على هذا الأساس [6](354).

والحيازة تنتقل إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان، والأجنبي يحوز الشيء لحساب الراهن فيما يتعلق بحق الملكية، ولحساب المرتهن فيما يتعلق بحق الرهن، ووجود الشيء في حيازة شخص أجنبي يسمح من الناحية العملية برهن نفس الشيء أكثر من مرة واحدة، لأنه أسهل أن يحوز شخص أجنبي الشيء لحساب عدة دائنين مرتهنين، من أن يحوز الشيء أحد هؤلاء لحسابه وحساب الآخرين [6](354).

ويقصد بالاستمرار ألا يعود الشيء المرهون إلى الراهن. لكن ليس هناك ما يمنع الحائز دائناً كان أو أجنبياً من نقل الحيازة المادية إلى غيره عدا الراهن، وهذا لا يؤثر في نفاذ الرهن في حق الغير [1](231).

بمعنى وجوب احتفاظ المرتهن بحيازة المال المرهون حتى نهاية الرهن، فينبغي أن لا يعود المرهون إلى حيازة الراهن، فهو يتخلى عنه بصفة مستمرة إلى حين انقضاء الرهن. واستمرار الحيازة لا يتعارض مع حق المرتهن في تسليم الشيء المرهون للغير على سبيل الحيازة العارضة، فقد يقتضي استغلال الشيء المرهون، أو تقتضي صيانته، أن يسلمه إلى شخص آخر، كمستأجر أو فني لإصلاحه، لا يؤثر ذلك في استمرار الحيازة ونفاذ الرهن في حق الغير مادام الشيء المرهون لا يعود إلى حيازة الراهن[1](425).

أما في العقار فيجوز أن ترجع حيازة الراهن بصفته مستأجراً ويشترط في هذه الحالة التأشير بذلك في هامش القيد، وفي هذا الكفاية لإعلان الكافة بحق الدائن المرتهن، وقد نصت على ذلك المادة 967 ق م[15](260).

- الحكمة من شرط انتقال الحيازة:

إن انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن أو الغير هو الذي يمكن الدائن المرتهن من استغلال المال المرهون والحصول على غلته خصماً من حقوقه المضمونة بالرهن[1](229). وتمكينه من حبس الشيء المرهون إلى حين إلى حين استيفاء حقه[23](421).

أما بالنسبة للرهن الوارد على العقار، فنظراً إلى أن الرهن لا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد، فيبدو دور الحيازة، باعتبارها وسيلة للرهن ضئيلاً إن لم نقل معدوماً[1](229).

- لمن تنتقل الحيازة:

إذا كان الرهن لا يصير نافذاً في مواجهة الغير، كما قدمنا، إلا إذا تجرد الراهن من حيازة المال المرهون، فلا يستلزم أن يكون تجرده من حيازته للمرتهن،- وإن كانت العادة أن تنتقل الحيازة إلى هذا الأخير،- بل قد يتجرد الراهن عن الحيازة إلى أجنبي عن العقد، يتفق عليه العاقدان، يسمى عدلاً يحوز المال نيابة عن المرتهن، وقد يكون الاتفاق على العدل إما في عقد الرهن، أو في عقد لاحق، ولا يشترط في الاتفاق أي شرط خاص، ويكون إثباته خاضع للمبادئ العامة[2](380).

وحيازة الشيء المرهون بواسطة أجنبي بالإضافة إلى أنها تمكن الدائن المرتهن من التخلص من التزامه بحفظ الشيء وإدارته و استغلاله ورده فهي تيسر رهن الشيء الواحد ضماناً لعدة ديون، وفي هذه الحالة يحوز الأجنبي الشيء المرهون بالنيابة عن الدائنين المرتهنين جميعاً ولحسابهم. ومع هذا فإنه يجوز

في حالة رهن الشيء ضماناً لعدة ديون، أن يحوز أحد الدائنين الشيء لحسابه وبالنيابة عن سائر المرتهنين[1](230).

وحتى ينتج تعيين العدل أثره، فيجب أن يقبل هذا الأخير حيازة المال المرهون نيابة عن المرتهن، فإذا كان المال وقت الرهن، لدى شخص آخر، لسبب ما كالإيجار، لا يكفي اتفاق الراهن والمرتهن على اعتباره عدلاً، لتثبت له هذه الصفة، بل يجب إبلاغه بما اتفقا عليه، وقبوله حيازة المال المرهون، باعتباره عدلاً نيابة عن المرتهن، ويجب لصحة العقد، الذي يكون العدل طرفاً فيه، أن تتوفر في هذا الأخير الأهلية الكاملة، لأنه يلتزم بمقتضاه بالمحافظة عن المال المرهون و استغلاله[2](381).

2.2.2.1. القيد كشرط خاص لنفاذ الرهن العقاري في مواجهة الغير.

تنص المادة 950 ق م على أنه: " تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي ". وبالرجوع إلى المادة 904 ق م نجدها تنص على أنه: " لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار... "

يفهم من هذا النص أن عقد الرهن الحيازي العقاري يعتبر صحيحاً عندما يستوفي شروط انعقاده الموضوعية والشكلية غير أن انعقاده بهذه الصورة لا يكفي للاحتجاج به على الغير بل يجب أن يقيد بمصلحة الشهر العقاري حتى يصبح نافذاً في مواجهة الغير ويكون بموجبه حينئذ للدائن أن يستعمل حق التقدم والتتبع[19](95).

وهو نفس الحكم لدى المشرع الفرنسي:

L'antichrèse est soumise à la publicité foncière sur la base de la règle générale qui y assujettit « toute constitution de droits réels immobiliers... » (D.4janv. 1955, art 28-1^o). Cette exigence est sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers au sens du décret de 1955, ainsi qu'aux créanciers du constituant par analogie avec la solution qui a prévalu pour les autres sûretés immobilières spéciales et pour les mêmes raisons(677)[16].

La publicité de l'acte constitutif d'antichrèse set obligatoire (décr. Du 4 janv. 1955, art. 28) ; - elle suppose la rédaction d'un acte notarié(78)[39].

القيد هو الإجراء الذي نظمه المشرع لشهر الحقوق العينية العقارية التبعية وهو يقابل التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية[40](60).

استعمل المشرع الجزائري مصطلح التسجيل والقيد للتعبير عن معنى واحد يكمن في الإشهار العقاري. والتسجيل في المحافظة العقارية يختلف عن التسجيل بمصلحة التسجيل والطابع، فهذا الأخير يهدف إلى تحصيل موارد مالية بنسبة معينة يحددها المشرع الجبائي لفائدة الخزينة العمومية. أما التسجيل والقيد فهما إجراءان يتضمنان إشهار السند بإدارة الشهر العقاري إلا أنه بينهما اختلاف[41](31).

وتختلف طريقة شهر الرهون والامتياز عن تلك التي تخص الحقوق العينية الأصلية، فإذا كانت هذه الأخيرة تتم عن طريق التسجيل (transcription) فإن الأولى تتم عن طريق القيد (inscription) ويختلف التسجيل عن القيد في أن التسجيل يتم بنقل بيانات التصرف بأكمله إلى السجل العقاري (البطاقة العقارية للعقار المعني) وذلك حتى يتيسر لكل ذي مصلحة معرفة جميع ما ورد في التصرف، أما القيد فيتم بنقل ملخص التصرف، وذلك بتدوين مبلغ الدين وتعيين العقار المثقل بإحدى الحقوق العينية و أسم الدائن والمدين[19](198).

وترى المستشارة ليلي زروقي على عكس ذلك أن القيد يمكن تعريفه بأنه: " مجموعة إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة، منشئة، ناقلة، معدلة أو منهية لحق عقاري أصلي أو تباعي بغض النظر عن نوع التصرف عقداً كان أو حكماً أو قراراً إدارياً، وسواءً كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية[42](63).

وانطلاقاً من هذا التعريف يظهر جلياً أنه لا يوجد في نظام الشهر العيني فرق بين القيد والتسجيل، فالقيد هو الإجراء اللازم لإنشاء ونقل وزوال الحق العيني الأصلي والتباعي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وبعبارة أخرى فإن القيد هو الطريقة الوحيدة لشهر الحقوق سواء تعلق الأمر بالحقوق العينية الأصلية أو الحقوق العينية التبعية[20](261).

ويرى الأستاذ شوقي بناسي أنه: وبناء على ما تقدم يكون قيد لرهن الرسمي في ظل نظام الشهر الشخصي شرطاً لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، ومصدراً لنشوء ونقل وزوال الرهن في ما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير في ظل نظام الشهر العيني. ومن العجيب أن المشرع الجزائري جمع بين الأمرين، فهو يعتبره في القانون المدني في المادة 1/904 شرطاً لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، ويعتبره في الأمر 75-

74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري[43]، في المادة 16 مصدراً لإنشاء ونقل وتصريح وتعديل و انقضاء الحق العيني (بما فيه الرهن العقاري) بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير ويترتب على هذا التعارض، أن حق الرهن ينشأ فيما بين المتعاقدين حسب مواد القانون المدني بمجرد إبرام عقد الرهن لكنه لا يكون نافذاً في مواجهة الغير إلا بعد قيده. بينما حسب المادة 16 المذكورة أعلاه لا ينشأ حق الرهن فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بعد القيد. وسبب هذا التعارض كما قدمنا، هو لان المشروع الجزائري نقل المادة 1/904 ق م عن المشروع المصري المادة 1/1053 وهذه المادة الأخيرة مأخوذة بدورها من المادة 12 ومن قانون الشهر العقاري المصري الذي يتبنى الشهر الشخصي، في حين أن المشروع الجزائري بعد صدور القانون المدني تبنى نظام الشهر العيني[20](261).

- تجديد القيد:

يسقط القيد إذا لم يجدد خلال 10 سنوات من تاريخ إجرائه على أن للدائن أن يجري قيده جديداً إن أمكن ذلك قانوناً، تكون مرتبته من يوم إجرائه. وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أُجري فيه[23](286).

ويتضح من هذا أنه يجب على صاحب الشأن إذا أراد المحافظة على أثر القيد أن يجده قبل مرور 10 سنوات من تاريخ إجرائه[40](64).

مؤدى ذلك أن قيد الرهن يؤدي إلى نفاذه في حق الغير لمدة عشر سنوات فقط من يوم إجرائه، فإذا لم يجدد الدائن المرتهن قيد الرهن قبل فوات هذه المدة، فإن القيد يسقط بقوة القانون، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالسقوط، بل أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويجب تجديد الرهن خلال عشر سنوات من تاريخ القيد، أو من تاريخ إجراء التجديد، وتحسب تلك المدة بالتقويم الميلادي، ولا يحسب اليوم الذي أُجرى فيه القيد، ويجوز التجديد قبل سقوط القيد الأول، ولو قام عائق يمنع إجراء القيد أو نفاذه كإفلاس الراهن مثلاً، لأن التجديد لا يشهر حفاً جديداً ولكنه إجراء يمنع سقوط القيد الأصلي ويحفظ للحق مرتبته، بل أن تجديد القيد واجب حتى ولو قام مثل هذا العائق[23](287).

في ذلك تنص المادة 1/96 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه: " تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيلة عشر سنوات ابتداءً من يوم تاريخها، ويوقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الأجل". لذلك يجب تجديد القيد قبل انقضاء هذه المدة، ويهدف تجديد القيد إلى التخلص تلقائياً من القيود التي تم الوفاء بها، وهو يحفظ للدائن مرتبته التي تثبت له منذ إجراء القيد الأصلي، فإذا لم يتم التجديد

خلال هذه الفترة، سقط القيد وسقطت المرتبة أيضاً ويصبح حق الدائن بعدها غير نافذ في حق الغير، ولا تحسب المرتبة إلا من يوم إجراء القيد الجديد[19](203).

هذا ما جعل المديرية العامة للأموال الوطنية تتدخل بموجب مذكرة عامة إلى السادة مديري الحفظ العقاري بتاريخ 2007/03/11 جاء فيها[44]: "قيد الرهن العقاري يكون نافذاً، فقط، طيلة الأجل القانوني العشري ولا تمتد آثاره بعد هذا التاريخ، إلا إذا تم تجديده بمبادرة الدائن المرتهن. فإن لم يُشرع في تجديده قبل انتهاء المدة القانونية يتوقف (يسقط) أثر القيد؛ ومن ثمة، فإن على المحافظ العقاري أن لا يشير، في استمارة تقديم المعلومات، عند طلبها، إلى وجود قيد رهن عقاري، كونه فقد حادثته".

ومع هذا فإن القاعدة الواردة في المادة 1/96 قد ورد عليها استثناء في نفس المادة في الفقرة الثانية منها والتي نصت على ما يلي: "غير أن المؤسسات والجماعات العمومية يمكنها الاستفادة من إعفاء قانوني للتجديد لمدة عشر سنوات طبقاً لكيفيات تحدد بموجب مرسوم".

وقد صدر المرسوم رقم 47/77 المؤرخ في 19/02/1977 المتضمن تجديد رهون والامتيازات لفائدة بعض المؤسسات والهيئات العمومية، والجماعات المحلية[45]. وقد نص على تحديد آجال التجديد إلى خمسة وثلاثين سنة بالنسبة إلى المؤسسات التالية:

- المؤسسات المصرفية الوطنية.

- الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط.

- الدولة والبلديات بالنسبة للقروض الممنوحة للهيئات السكنية.

ونصت المادة الأولى من المرسوم 47/77: "تستفيد رهون المدرجة لفائدة المؤسسات والجماعات العمومية، المشار إليها في المادة 02 أدناه من الإعفاء القانوني للتحديد العشري ويحفظ الرهن العقاري أو الامتياز لمدة خمسة وثلاثين عاماً من تاريخها مهما كانت مدة القرض". وهذه المدة ليست من النظام العام ويمكن للهيئات المذكورة التنازل عنها.

وتعتبر الأحكام الواردة في المادة 96 من المرسوم 63-76 المتعلقة بالتجديد الثلاثي من النظام العام، ولا يجوز مخالفتها بمقولة أن من شرعت لمصلحته قد تنازل عن التمسك بها[23](286).

- جزاء عدم قيد الرهن العقاري:

متى توفرت في الرهن العقاري شروط انعقاده الموضوعية والشكلية فإنه يقوم صحيحاً بين طرفيه ولكنه حتى يرتب أثره سواء في العلاقة بين المتعاقدين، وهما الراهن والمرتهن أو في العلاقة مع الغير، فإنه يجب أن يتم قيده في البطاقة العقارية وفي هذا المعنى تنص المادة 16 من الأمر 75-74 المذكور أعلاه. كما تنص المادة 15 من نفس المرسوم. فالرهن غير المقيد إذن عديم الأثر ولا يخول لدائن لا ميزة التقدم على غيره من الدائنين المرتهنين ولا ميزة التتبع إذا ما انتقل العقار إلى الغير وأكتسب هذا الغير حقاً عينياً عليه، ويظل الدائن في هذه الحالة مجرد دائن عادي كبقية الدائنين العاديين الآخرين [19](248).

لقد تناولنا في هذا الفصل مفهوم الرهن العقاري، حيث تم تعريفه وتمييزه عن النظم المشابهة له، وتم التطرق إلى خصائصه كونه يحمل في طبيعته خصائص الرهن الحيازي وبعض خصائص الرهن الرسمي، وبعدها عرجنا على كيفية إنشائه، وتطرقنا إلى الشروط الموضوعية العامة والخاصة وكذا الأموال التي يجوز رهنها نظراً للصفة الخصوصية فيه، ثم رأينا شروط نفاذه في حق الغير والتي تمثلت في الحيازة والقيود، حيث عرضنا إلى الحيازة المطلوبة في هذا العقد، وكذا القيد وتجديده والاستثناءات التي أوردتها المشرع حيث أن المشرع الجزائري لم يأخذ بنظام واحد في طريقة القيد، الشيء الذي قد يؤثر على النظام القانوني للرهن العقاري، الذي أضح أنه مختلف عما يماثله من أنظمة، هذا الشيء الذي سيؤثر حتماً على فاعلية هذا النظام من الناحية العملية والتطبيقية والتي سنتطرق لها في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفصل 2

فعالية ضمانات الرهن العقاري.

إن تطور العقلية القانونية وبالتالي تطور فكرة الالتزام، أدت إلى تغيير عميق في نطاق ومفهوم الجزاء القانوني لعدم تنفيذ الالتزام. ومما لاشك فيه إن احترام الالتزام أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية والاقتصادية، وأنه لمن السهل تصور ما يلحق هذه الحياة من اضطراب إذا ما تخلف المدينون فجأة عن الوفاء بالتزاماتهم. إن عدم تنفيذ الالتزام يعد انقطاعاً للتوازن الاقتصادي المؤسس على الثقة المشروعة في المعاملات والتي في نهاية الأمر قد انخسعت، لأنه إذا كان الالتزام علاقة قانونية بين شخصين هما الدائن والمدين إلا أن عدم تنفيذه قد يمس الغير من قريب أو من بعيد، لما له من صدى اجتماعي و اقتصادي، فالحياة الاقتصادية والاجتماعية ما هي إلا سلسلة من الالتزامات متداخلة الحلقات، ولذلك فإن القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن في الحياة الاقتصادية ولتحميها من الاضطراب[1](8).

و في هذا الفصل سنتعرض إلى فعالية الضمانات التي أحاط بها المشرع الرهن العقاري، بالنسبة للمتعاقدين أو للغير، من خلال الآثار التي يترتبها، أو من حيث طرق انقضائه كما يلي:

1.2. آثار الرهن العقاري.

لدراسة الرهن آثار الرهن العقاري لابد من الرجوع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالرهن الحيازي ثم التطرق إلى بعض الأحكام الخاصة التي خص المشرع بها الرهن العقاري.

ويرتب الرهن الحيازي آثاراً بين طرفيه، وآثاراً في مواجهة الغير، نعرض لها على

التوالي[23](399).

1.1.2. آثار الرهن العقاري بين المتعاقدين.

عقد الرهن الحيازي على خلاف الرهن الرسمي، من العقود الملزمة للجانبين فيلزم كل من طرفيه الراهن والمرتهن بالتزامات في مواجهة الآخر، ولا يترتب على الرهن حرمان الراهن من ملكية الشيء المرهون، فيبقى متمتعاً بمزايا الملكية إلا ما يتعارض منها مع حقوق المرتهن، كما أن المرتهن يكسب بمقتضى العقد حقاً عينياً على الشيء يخوله سلطات معينة. ولذلك سنعرض لالتزامات الراهن والمرتهن على التوالي[1](237).

1.1.1.2. التزامات الراهن وحقوقه.

سنتكلم أولاً عن التزامات الراهن ثم نعرض بعد ذلك لما له من حقوق.

- التزامات الراهن:

يلتزم الراهن حيازةً بالتزامات أربعة هي[22](611): 1- ترتيب حق عيني على العين المرهونة لمصلحة الدائن المرتهن، هو حق رهن الحيازة، 2- تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن، 3- ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه، 4- ضمان الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه.

- التزام الراهن بترتيب حق الرهن:

إن الالتزام الرئيسي الذي يترتب عليه عقد الرهن في ذمة الراهن هو إنشاء حق الرهن لصالح الدائن المرتهن على العقار المرهون، وهذا الالتزام يماثل التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا كان العقار مملوكاً للراهن نشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن بمجرد انعقاد العقد وبحكم القانون، وذلك تطبيقاً لنص المادة 165 ق م. فنشوء حق الرهن إذن يتم بهذه الحالة بمجرد العقد ولا يتوقف على أي إجراء كالقيد مثلاً، وإذا كانت المادة 165 ق م قد أوردت في نهاية متنها تحفظاً بوجوب مراعاة قواعد الإشهار العقاري فليس المقصود القيد بدليل أن المادة 904 ق م تشترط القيد في نفاذ حق الرهن في مواجهة الغير لا في نشوء حق الرهن في ذمة الراهن لصالح المرتهن[20](191).

ينشأ حق الرهن للدائن المرتهن بمجرد إبرام عقد الرهن، وذلك متى كان الشيء مملوكاً للراهن، ومعيناً بالذات، ونشوء الحق في الرهن وتنفيذ الراهن لالتزاماته في هذا الصدد أمر يختلف عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لنفاذه في حق الغير، فالدائن المرتهن يستطيع التنفيذ بحقه على الشيء المرهون، ولو لم

يكن الرهن نافذاً على الغير طالما لا يوجد دائنون آخرون للراهن يزاحمون الدائن في قيمة الشيء، وعلى ذلك فإن الحق في الرهن ينشأ بمجرد الاتفاق بين الأطراف أما إجراءات نفاذه في مواجهة الغير فهي أمر مستقل [23](400).

ومع ذلك يرى جانب من الفقه أنه ليس صحيحاً ما يقال أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن بين المتعاقدين، وإن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير، فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن العقد حق الرهن وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق الغير، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده، ولذلك فإن الرهن مصدره القيد لا العقد [33](314).

وقد تولى العميد السنهوري الرد على أصحاب هذا القول بحجة غير مقنعة أبرزها قوله أن من آثار الرهن كحق عيني لا كعقد، التزام الراهن بضمان سلامة الرهن، ومادام لحق الرهن آثار فيما بين المتعاقدين، وذلك قبل القيد، فهذا يعني أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد، ومن ثم فلا يمكن أن يكون مصدر حق الرهن هو القيد، بل يتعين أن يكون مصدره العقد، ولما كانت هذه الحجة غير مقنعة فقد رد عليها الأستاذ شفيق شحاتة بقوله إن الالتزام بضمان سلامة الرهن ينشأ عن العقد لا عن الحق، وهو التزام شخصي شأنه في ذلك شأن الالتزام بالضمان الناشئ عن عقد البيع وهو ينشأ عن عقد البيع بمقتضى عقد البيع وقبل انتقال الملكية إلى المشتري، فمصدره إذن العقد وليس الحق العيني [20](192).

وفي حقيقة الأمر يظهر أن القول بأن حق الرهن ينشأ بمجرد العقد هو الأصوب من الناحية القانونية للأسباب التالية:

- أن القيد لا ينشئ حق الرهن وإنما يجعله نافذاً في مواجهة الغير بدليل ما نصت عليه المادة 904 ق م صراحةً، وطبقاً لهذا النص تكون وظيفة القيد جعل حق الرهن نافذاً بالنسبة للغير، وهذا يعني أنه، أي الحق العيني، كان موجوداً قبل القيد، ومن ثم فإن القول بأن القيد ينشئ حق الرهن فيه مخالفة للمنطق القانوني، وفيه أيضاً إخراج للقيد عن وظيفته الأساسية والوحيدة التي ذكرتها المادة 904 ق م.

- أن الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار المرهون وهو ما نصت عليه المادة 1/904 ق م صراحةً، ويلاحظ أن هذه المادة لم تشترط القيد حتى يباشر المرتهن حقه في التنفيذ مما يعني أن حق الرهن نشأ بمجرد العقد وكل ما في الأمر أن حق الدائن المرتهن في التنفيذ يتعطل في حالة مزاحمة دائن آخر، أو في حالة انتقال ملكية العقار إلى شخص آخر. ففي مثل هذه الأحوال لا يستطيع الدائن المرتهن مباشرة حقه في التقدم والتتبع مادام حقه لم يقيد، ولكن كما لا يخفى إن عدم إمكانية مباشرة سلطتي التقدم والتتبع لا تمنع من وجود حق الرهن. وجدير بالذكر أن الدائن المرتهن عندما يستعمل حقه في التنفيذ على العقار المرهون

لا يكون ذلك استناداً إلى حقه في الضمان العام بل استعمالاً لحقه في الرهن والدليل على ذلك أنه غن كان الراهن شخص آخر غير الراهن وهو الكفيل العيني، فإنه يجوز للدائن التنفيذ على العقار المرهون قبل قيد الرهن ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلاً على ذمة الكفيل العيني فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين [20](193).

وإذا كان الأمر كذلك فغن المادة 16 من الأمر 74-75 سالف الذكر رتب على عدم الشهر ألا يكون للحق العيني أثر حتى بين الأطراف، وهذا نص صريح في أن حق الرهن ينشأ بشهره عن طريق القيد، وهذا ما يخالف أحكام القانون المدني لاسيما المادة 904 ق م. فبينما هذه الأخيرة تجعل وظيفة القيد إعلام الغير، فإن المادة 16 تجعل وظيفته إنشاء الحق العيني وإعلام الغير. وفي اعتقادنا أن سبب هذا التعارض في الأحكام هو أن المشرع الجزائري اقتبس نص المادة 904 ق م من القانون المصري في مادته 1053. وهذا المادة جاءت متناسقة مع المادة 12 من قانون الشهر العقاري المصري الذي يمثل نظام الشهر الشخصي، ووظيفة القيد في هذا النظام هي إعلام الغير، أما المشرع فبموجب الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، أخذ بنظام السجل العيني ووظيفة القيد في هذا النظام هي إنشاء الحق العيني إلى جانب إعلام الغير ومن هنا برز التعارض بين المادة 904 والمادة 16 من المر 74-75. وما حدث في الجزائر حدث في مصر، حيث اصدر المشرع هناك قانون التسجيل العيني رقم 142 سنة 1964 ومن بين مواد المادة 29 هذه المادة التي جعلت جزاء عدم القيد عدم سريان الحق العيني التبعية العقاري بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، ومن ثم جاءت مخالفة للمادة 1/1053 من القانون المدني المصري. و لذلك إذا ما طبق نظام السجل العيني فلا مناص من القول أن هذا القانون باعتباره لاحقاً في الصدور يعد معدلاً لإحكام القانون المدني في شأن الرهن وما يتعلق به من نشأته في علاقة المتعاقدين، ويصبح تبعاً لذلك منشئاً للالتزامات شخصية بين المتعاقدين قبل القيد، أما آثاره فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير فلا تترتب إلا بعد إجراء القيد [20](195).

ويلحظ أخيراً أن نشوء الحق في الرهن من وقت القيد كما نرى، مشروطاً بان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون [33](216). وإذا كان العقار غير مملوك للراهن فلا ينشأ حق الرهن، لأن رهن ملك الغير في قانوننا المدني باطل بطلاناً مطلقاً، وفي هذه النقطة بالذات، يختلف قانوننا عن القانون المدني المصري، حيث أن رهن ملك الغير في ظل هذا القانون باطل بطلان نسبي، ومن ثم فإن الفقه المصري يرى طبقاً للمادة 1/1033 فانون مصري أن حق الرهن لا ينشأ إلا إذا أقر المالك الرهن أو أمتلك الراهن العقار [20](191).

- تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن:

يرتب عقد الرهن على عاتق الراهن التزاماً بتسليم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن، أو إلى عدل يعينه المتعاقدان، والتسليم يعد التزاماً لا ركن في العقد، وتكمن أهمية التسليم في أن يَمَكِّن الدائن من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه، ويستطيع أن يحافظ على العين ويستغلها، ويحبس غلتها حتى يستوفي حقه[23](401).

ويلعب التسليم في عقد الرهن الحيازي دوراً هاماً، إذ به تتحقق حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون وهي شرط لازم لنفاذ العقد في حق الغير، كما أنه يَمَكِّن المرتهن من استغلال الشيء وخصم الغلة مما يستحقه في ذمة المدين، ويكون التسليم للمرتهن أو الشخص الأجنبي إذا اتفق المتعاقدان على هذا، ويطلق على هذا الأجنبي اصطلاح العدل[1](239).

وقبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العيني، ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين، ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً، لا باعتباره دائناً عادياً. ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع، لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم[23](400). و الالتزام بالتسليم ينشأ عن عقد الرهن لتمكين المرتهن من حيازة الشيء وهو في نفس الوقت شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير[6](340). وقد نص المشرع الجزائري على الالتزام بالتسليم في المادة 951 ق م، التي بمقتضاها يلتزم الراهن بتسليم المال المرهون إلى المرتهن أو إلى العدل.

وقد أحالت الإرادة التشريعية في تنظيم التزام الراهن إلى أحكام تسليم الشيء المبيع[15](238). فإذا لم يفي الراهن بهذا الالتزام، جاز للمرتهن، وفقاً للقواعد العامة طالما كان ذلك ممكناً، إجبار الراهن على الوفاء به، فيتسلم المرهون رغماً عنه[2](398).

وبمقتضى الإحالة إلى أحكام التسليم في المبيع، ومع مراعاة الغرض من التسليم في الرهن تسري الأحكام التالية:

- فيما يتعلق بمحل التسليم، يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون وملحقاته بالحالة التي كانت عليها وقت الرهن[1](239). وذلك إعمالاً للمادة 364 ق م. التي نصت أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

- وفيما يتعلق بوقت التسليم يتم ذلك في الوقت المتفق عليه من المتعاقدين، فإذا لم يتفقا على وقت معين لزم تنفيذ الالتزام بالتسليم فور التعاقد، باعتباره مصدر هذا الالتزام [27](593). ولكن لا شيء يمنع أن يكون التسليم بعد ذلك بمدة قد تطول ما دام عقد الرهن قائماً. والمهم أن يتم التسليم قبل أن يتخلى الراهن عن إدارة أمواله، بناءً على حكم يقرر مثلاً إفلاس الراهن، ويمكن أن يتم التسليم بعد عقد الرهن بزمن، ويحتج به على الغير، إلا إذا حصل الغير بعد التسليم على حقوق متعارضة مع الرهن على الشيء المرهون [22](621).

- وفيما يتعلق بمكان التسليم يكون في المكان المتفق عليه، فإذا لم يحدد المتعاقدان مكاناً معيناً للتسليم، كان المكان الموجود به الشيء المرهون إذا كان معيناً بالذات [27](594).

- أما فيما يتعلق بكيفية التسليم، فيكون بوضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن، أو الأجنبي، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء مادياً، مادام الراهن قد أعلمه بذلك، وهذا هو التسليم القانوني الذي يبرئ ذمة الراهن من التزامه، لكن يجب ملاحظة أن عدم استلام الدائن أو الأجنبي على الشيء استيلاءً مادياً يحول دون تحقق شرط الحيازة اللازمة لنفاذ الرهن في حق الغير [1](239).

ويتم التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المرهون [22](622). فإذا كان الشيء مادياً فلا صعوبة إذا تم التسليم بنقل الحيازة فعلاً، أما بالنسبة للتسليم الحكمي وهو الذي يتم بمجرد التراضي دون نقل الحيازة المادية فيجب أن نفرق بين صورتين [1](240):

- الأولى: إذا بقي الشيء في يد الراهن ولكن بسند آخر، كالإيجار أو العارية فالأصل أن هذا لا يبرئ ذمة الراهن ويحق للدائن المرتهن أن يطلب التسليم الفعلي، حتى يجعل الرهن نافذاً في حق الغير، ويستثنى من هذا الأصل حالة ما إذا كان المرهون عقاراً، وأستبقى الراهن حيازته على سبيل الإجارة، بشرط شهر الإيجار كما رأينا من قبل.

- والثانية: هي أن يكون الشيء من قبل في حيازة الدائن المرتهن (أو شخص أجنبي)، لسبب آخر كالإيجار أو العارية، ويتفق على أن تبقى له الحيازة، ولكن على سبيل الرهن، وهنا يكفي هذا التسليم لبراءة ذمة الراهن ونفاذ الرهن في حق الغير.

أما إذا لم يتم الرهن بتنفيذ التزامه بالتسليم اختيارياً جاز إجباره، على التنفيذ كل ما كان ذلك ممكناً، فإذا تعذر ذلك كان للمرتهن طلب إبطال العقد مع التعويض، إن كان له محل. وإذا حكم بالفسخ سقط أجل الدين المضمون لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات[27](594).

- ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه:

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، بمعنى أن ليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد. ويضمن الراهن من ناحية، سلامة الرهن، فلا يأتي عملاً يترتب عليه إنقاص حق الرهن عن طريق إنقاص قيمة المال المرهون، كان يخرب العين قبل تسليمها، أو يعطي للغير عليها حقاً عينياً يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن، ويضمن من ناحية أخرى، نفاذ الرهن بالمساهمة في الإجراءات التي تستلزم لنفاذه في مواجهة الغير، كقيد الرهن إذا كان المرهون عقاراً، وللدائن في حالة الاستعجال، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون[2](399).

كما ألزم المشرع في المادة 953 ق م. الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه، ومقتضى التزام الراهن بضمان سلامة الرهن، التزام بالامتناع شخصياً عن كل عمل من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، سواء كان هذا العمل مادياً أو قانونياً، كما يضمن كل تعرض قانوني صادر من الغير من شأنه لو صح لعرقل نفاذ حق المرتهن، أو أنتقص منه. وعلى ذلك يعتبر تعرضاً يضمنه الراهن، كل عمل يصدر منه بالمخالفة لالتزامه بالمحافظة على الشيء المرهون، إلى حين تسليمه وتنفيذ التزامه، بنقل حيازته للمرتهن، كما يضمن كل ما من شأنه الحيلولة بين الدائن وبين مباشرة حقه، في إدارة واستثمار المال المرهون[27](595).

ويلاحظ أن ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه، هو شبيه لضمان البائع للتعرض، تعرضه الشخصي وتعرض الغير، فنتكلم هنا لضمان الراهن لتعرضه الشخصي، وضمانه لتعرض الغير[22](624).

ذلك وقد أحسن المشرع إذا استخدم في بيان التزام الراهن تعبير "سلامة الرهن" إذ يتسع، لضمان سلامة المال المرهون نفسه، ولضمان سلامة حق الرهن، وعدم الانتقاص من الحقوق التي يخولها للمرتهن[27](595).

فلا يجوز أن يقوم الراهن لمصلحة شخص آخر، بترتيب أي حق على الشيء المرهون يشهر قبل قيد الرهن، وإذا نزع الراهن شيء من المال المرهون، أو من ملحقاته، كان يبيع جزءاً من الأناقض بعد هدم

المباني، فتقع في يد مشتري حسن النية فيملكها خالصة من الرهن، كان للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بالضمان، وإذا لم يتسلم المشتري الأنقاض، أو تسلمها وهو سيء النية، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن، والرهن يجب قيده أو 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 التجديد، ثم يرجع الراهن حيازة بما دفعه في ذلك على الرهن الضامن للدين[22](625).

وإذا كان إلتزام الراهن بالمحافظة على الرهن، كالتزام بتحقيق نتيجة، قبل تسليمه المال المرهون للمرتهن، فإنه يظل متحملاً به حتى بعد تسليمه للمال المرهون للمرتهن، فيما لا يرجع إلى تقصير المرتهن الذي يتحول إليه الإلتزام، بالمحافظة والصيانة بتسلمه للشيء المرهون، بالعناية المتطلبة للرجل العادي في المحافظة على المال المرهون[27](595).

وفيما يتعلق بتعرض الغير، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل إيداع للغير بحق على العين المرهونة، من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن. فإذا ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حقه أولاً، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون حيازةً، وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه، على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد، فعلى الراهن أن يدفع هذا الإيداع من الغير. فإن لم يستطع، كان للدائن المرتهن حيازةً أن يطالب بتقديم تأمين كافي، أو بتكملة التأمين المقدم، أو بسقوط أجل الدين أو دفعه فوراً. ونرى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرض الغير ولتعرض الشخصي هو في الواقع من الأمر الجزاء الكافي، على التزام الراهن بضمان الرهن ونفاذه. فالراهن ملزم أن يكون الرهن مستجيباً للأغراض التي عقد من أجلها، فإن أختل غرض، سواء بخطاء الراهن أو بغير خطئه، وجب على الراهن الضمان[22](925).

- ضمان الراهن هلاك الشيء أو تلفه:

تنص المادة 954 ق م " يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة."

وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين 899 و 900 ق م المتعلقة بهلاك الشيء المرهون، رهنًا رسمياً، أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من الحقوق.

ويتضح من النصين 899 و 900 المشار إليهما[15](241):

- إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين، أن يطلب تأميناً كافياً، أو أن يستوفي حقه فوراً لسقوط الأجل، وهذا هو جزاء إخلال المدين الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن.

- أما إذا كان الهلاك راجع لسبب أجنبي، ولم يقبل الدائن بقاء الرهن بدون تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأمين كافياً، أو أنه يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل.

- وفي جميع الأحوال إذا ترتب على هلاك الشيء المرهون أو تلفه حق ما كالتعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، فإن الرهن ينتقل بمرتبته إلى هذا الحق.

وكما هو واضح من النص أنه يتكلم في فقرته الأولى عن الهلاك أو التلف الحاصل بفعل الراهن أو خطئه، ويعتبر هذا من أفعال التعرض المادي التي يضمنها ويسأل عنها الراهن، وقد حددت المادة الجزاء المناسب في هذا الفرض وهو غير الدائن المرتهن، بين اقتضاء تأمين كافٍ أو سقوط الأجل وحلول الدين فوراً، وهذا النص يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة [1](105)، وهذا حكم عادل إذ الهلاك أو التلف وقع بخطأ من الراهن، فوجب إذاً أن يكون الخيار للدائن المرتهن وليس للراهن، ومن ثم فلا يمكن لهذا الأخير إجبار الدائن المرتهن على اختيار احد الأمرين السابق ذكرهما، فمثلاً لا يكتفى بإجبار المرتهن على قبول التأمين ولو كان كافياً إذا اختار المرتهن الوفاء فوراً [20](204).

أما الفقرة الثانية فإن النص يتكلم عن ضمان الهلاك أو التلف الناشئ عن سبب أجنبي عن المدين [1](105)، أي بسبب لا دخل لإرادة المدين فيه سواء كان ذلك راجع على فعل الغير أو قوة قاهرة، ورفض الدائن المرتهن بقاء الدين بلا تأمين، فإن الخيار في هذه الحالة يكون حسب المادة 2/899 ق م للمدين وليس للدائن، فيختار المدين بين أمرين: الأول تقديم تأمين كافٍ، والثاني إسقاط أجل الدين والوفاء بالدين فوراً قبل حلول أجل، وهذا الحكم يتفق أيضاً مع قواعد العدالة، إذ أن المدين لم يكن مخطئاً ومن ثم كان يختار الصلح له من الأمرين [20](206)، وقد أعطت الفقرة الخيرة من المادة السابقة للدائن حق الالتجاء إلى الوسائل الوقائية والتحفظية التي من شأنها الحفاظ على العقار المرهون من الأعمال التي تعرضه للهلاك أو التلف أو تجعله غير كافٍ للضمان [1](105).

أما الهلاك أو التلف بخطأ من المرتهن، وهي الفرضية التي لم ينص عليها المشرع، ويرجع ذلك ربما لندرة وقوعها، إذ من المعلوم أن العقار المرهون يبقى في حيازة الراهن، ومن ثم يكون بعيداً عن المرتهن، وعلى كل حال إذا حدث وان هلك العقار المرهون أو تلف بخطأ المرتهن، فليس له أن يطالب بشيء، لأن

الهلاك أو التلف كان بخطأ منه، بل عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلّفه، وهذا طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وينتقل حقه في الرهن إلى هذا التعويض [20](206).

أما إذا حدث وأن هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب من الأسباب واستحق المدين الرهن أي مبلغ نتيجة لذلك، فما مصير الرهن في هذه الحالة؟ [1](105).

ولقد نظمت المادة 900 ق م انتقال حق الدائن المرتهن بمرتبته إلى الحق الذي يحل محل العقار المرهون نتيجة هلاكه أو تلفه سواء بفعل مادي من جانب الراهن أو المرتهن أو الغير، وسواء بفعل قانوني كما هو الحال في نزع الملكية للمنفعة العامة، كتطبيق لنظرية الحلول العيني، ذلك لن هذا الحق استحق مقابل أو نتيجة لهلاك أو تلف العقار المرهون، ومن ثم فإنه يحل محله حلاً عينياً وينتقل إليه حق المرتهن في الرهن [27](394).

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك التزامات أخرى يلتزم بها الراهن وفقاً للمبادئ العامة، بأن يدفع للمرتهن المصروفات الضرورية التي أنفقها هذا الأخير للمحافظة على المال المرهون، وكذلك المصروفات النافعة في حدود ما نشأ عنها من زيادة في القيمة [2](399).

- حقوق الراهن:

لا يترتب على الرهن انتقال ملكية المرهون من الراهن إلى المرتهن، بل تظل له الملكية وذلك مع بعض القيود، كما تبقى للراهن حيازة حق الملكية وعلى ذلك فلنتكلم على هاتين النقطتين [1](242):

- ملكية الراهن للمال المرهون:

تظل ملكية المال المرهون للراهن، فيحق له أن يتصرف تصرفاً قانونياً في المال المرهون، فيجوز أن ينقل ملكية الشيء المرهون، كما يجوز له ترتيب حق عيني عليه مادام التصرف لا يضر بحق الدائن المرتهن، وذلك بأن يكون صدور التصرف بعد نفاذ الرهن في مواجهة الغير، ويستطيع أن يرهن الشيء رهناً رسمياً، أو رهناً حيازياً آخر تالياً في المرتبة للرهن الأول [15](242).

وإذا كان لا يترتب على الرهن انتقال ملكية المال المرهون إلى المرتهن، فإن مباشرة الراهن لملكته تتقيد بما لا يتعارض مع الغرض من الرهن وما يترتب من التزامات على عاتقه. فلا يكون للراهن استعمال أو استغلال المال المرهون، بل يثبتان للمرتهن على أن يخصم قيمة ذلك مما يستحق له، مما سيتبين لا حقا.

ويحتفظ الراهن بالقدرة على مباشرة سلطة التصرف فيما لا يتعارض مع التزامه بضمان سلامة الرهن ونفاذه وضمان هلاك وتلف المال المرهون[27](597).

أما بالنسبة للتصرفات المادية فيمتنع على الراهن القيام بها، إذا كانت تؤدي إلى المساس بسلامة الشيء المرهون، فإذا لم يكن من شأنها المساس به فللراهن أن يقوم بها. و إذا اعترض عليه الدائن المرتهن فيكون للقضاء سلطة الفصل فيها، إذا كان من شأن ما يرغب الراهن في القيام به المساس بسلامة الرهن أم لا[1](243).

ويترتب على احتفاظ الراهن بملكية المال المرهون، أن يكون له الحق باسترداده بعد زوال الرهن، ذلك لأن وجود الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن، هو على سبيل الضمان، فإذا استوفى الدائن حقه المضمون بالرهن، أنقض الرهن، وحق للدائن أن يسترد الشيء المرهون باعتباره مملوكاً له، وهذا الحكم وإن لم يرد عليه نص خاص إلا أنه من مما تقضي به طبيعة الرهن، وحق الراهن بأن يسترد الشيء المرهون، باعتباره مالكاً له. وإذا امتنع الراهن عن رد المرهون رضاً، أمكن إلزامه برده قضاءً، مع الحكم عليه بالتعويض عما يكون قد لحق الراهن من ضرر بسبب هذا الامتناع[8](146).

و إذا كان الراهن كفيلاً عينياً كان من حقه أن يتمسك في مواجهة الدائن، لا بالدفع الناشئة عن الرهن فقط، بل و بالدفع الثابتة للمدين كلها، إلا ما كان متعلقاً بشخص المدين خاصة، وله التمسك بهذه الدفع ولو تنازل المدين عن التمسك بها أو اعترض على تمسك الكفيل العيني بها[21](198).

- حيازة المال المرهون:

وكما تبقى الملكية للراهن تبقى له حيازة الملكية بالرغم من وجود الشيء في يد المرتهن أو في يد الأجنبي، الذي يتفق عليه لأن المرتهن أو الغير يحوز الرهن فقط، وتعتبر حيازته بالنسبة للملكية حيازة عارضة[1](243). ويعتبر المرتهن في حيازته للمال المرهون نائباً عن الراهن. بحيث إذا كان المال المرهون مملوكاً لغير الراهن، فإن مدة حيازة المرتهن له تعتبر من قبيل التقادم الساري لمصلحة الراهن[27](598). فإذا كان الشيء المرهون عقاراً، وكان الراهن غير مالك إلا أنه يضع يده عليه حيازة قانونية، بنية التملك فإنه يكسب ملكيته بالتقادم متى توافرت شروطه[23](406).

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن للمرتهن أن يكتسب ملكية الشيء المرهون بالتقادم مهما طال مدة حيازته[1](244).

2.1.1.2. التزام المرتهن وحقوقه.

لقد سبق أن بينا أن عقد الرهن العقاري، عقد ملزم للجانبين، وقد ترتب على ذلك أن التزام وحقوق الدائن المرتهن في الرهن العقاري، أوسع منها في الرهن الرسمي، والسبب في اتساع نطاق والتزامات الدائن المرتهن، هو ما يستلزمه هذا الرهن من نقل الحيازة، وبالتالي فإنه ينقل على عاتقه التزام بالمحافظة على المرهون و ضمانه، والتزام بإدارة هذا الشيء واستثماره، وفي النهاية التزام برد هذا الشيء بعد أن يستوفي كامل حقه، وفي الجانب المقابل فإن للدائن المرتهن حق في التنفيذ على الشيء المرهون لاستيفاء حقه، كما أننا سوف نعرض عند الكلام عن التزاماته ما للدائن المرتهن من حق في خصم الغلة مما يستحقه[1](244).

- التزامات المرتهن:

يلتزم المرتهن بالمحافظة على المال المرهون، واستثماره، وإدارته، ورده إلى الراهن بعد استيفاء حقه[1](406). ويسري على رهن الحيازة ما يسري على الرهن الرسمي، إذا كان الراهن غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال[22](630). حسب المادة 901 ق م التي أحالت عليها المادة 960 ق م وكذلك أحكام المادة 903 ق م المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء، وشرط البيع دون إجراءات.

وعلى ذلك فإذا أتفق على أن يكون التسليم لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان فهذه الالتزامات لا تكون على الدائن المرتهن بل على الأجنبي إذا ما تسلم الشيء[1](244).

- الالتزام بالمحافظة على المال المرهون وصيانته:

إذا استلم الدائن الشيء المرهون كان مسؤولاً عن حفظه و صيانته، والتزم أن يبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد، وهذه المسؤولية تعاقدية، فهو مسؤول عن هلاك الشيء، إلا إذا أثبت أن الهلاك يرجع على سبب أجنبي لا يد له فيه[46](323). طبقاً ما نصت عليه المادة 955 ق م.

وعلى ذلك فإن المشرع قد طبق الأصل العام الوارد في المادة 172 ق م. والذي يقضي أن كل من يلتزم بحفظ شيء عليه أن يبذل في تنفيذ التزامه من العناية، ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، وعلى ذلك فإن التزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فيكفي أن يبذل الدائن المرتهن في حفظ الشيء وصيانتها ما يبذل الرجل المعتاد، لا ما يبذله من عناية في شأن أمواله الخاصة. وعلى ذلك فإن المعيار هنا معيار عضوي لا شخصي وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع[1](245).

فيجب على الدائن القيام بالمحافظة على الشيء المرهون و صيانتها لإبقائه على الحالة التي كان عليها وقت أن تسلمه، ويختلف مضمون الالتزام بحسب طبيعة الشيء المرهون، فالبناء يحتاج إلى ترميمات معينة تختلف عن الآلات التي غالباً ما تكون في حاجة إلى صيانة، ويدخل في أعمال الصيانة دفع الضرائب والرسوم المفروضة على الشيء، وينفق المرتهن المصروفات اللازمة للمحافظة على المرهون وصيانتها ثم يرجع بها على المستفيد الحقيقي منها، الراهن أو المدين وغالباً ما يكون شخصاً واحداً[23](407).

وقد جاء المشرع بتطبيقات خاصة لالتزام الدائن بالحفظ الصيانة وهذا بصدد الرهن العقاري فأورد في المادة 968 ق م التي تنص بأنه: " يجب على الدائن المرتهن أن يقوم بصيانة العقار وبالنفقات 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". والالتزام المرتهن بدفع الضرائب والتكاليف ليس إلا تطبيقاً لالتزامه بالحفظ[1](244). والالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون وصيانتها يقتضي أن يبادر المرتهن بإخطار الراهن بكل ما يستدعي تدخله لو كان الشيء مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة[15](244).

ثم أن 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 إثبات فما دام الشيء لم يصبه أي مكروه، ولم يهلك ولم يتلف، فالمفروض أن الدائن المرتهن قائم بالتزامه من المحافظة بعناية الرجل الشخص المعتاد. أما إذا هلك الشيء أو تلف أو أصابه خلل فإن الراهن لا يكلف بأي إثبات، ومن حقه أن يعتبر أن الدائن لم يحمه بالتزامه من المحافظة على الشيء بعناية الشخص المعتاد، وأنه مسؤول عن الخلل، وعبء الإثبات يتحملة الدائن المرتهن فهو مسؤول عن الخلل إذا أثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه[22](632).

ولا يجوز للمرتهن بدهاءة أن يتصرف في الشيء المرهون، بنقل ملكيته إلى آخر، أو يترتب حق عيني عليه[2](402).

فإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه بحفظ الشيء وصيانته كان مسؤولاً بتعويض الراهن عن الضرر الناشئ عن هذا الإخلال[15](244).

- التزام المرتهن بإدارة و استثمار المال المرهون:

نقل حيازة المال المرهون من الراهن إلى المرتهن يحرم الراهن من استعماله واستثماره، والاستفادة من غلته التي يمكن أن يستخدمها في الوفاء بأصل الدين وملحقاته، لذلك كان من الطبيعي أن يقابل التزامات الراهن بتسليم المال المرهون، التزام هذا الأخير بإدارته واستثماره، استثمار كاملاً، حتى لا يضيع عن الراهن عائد محتمل، بحيث أن استثمار العين المرهونة ليس حقاً فقط للمرتهن، بل التزام عليه ما لم يتفق على تركه من غير استثمار. ومما يقتضيه الالتزام بإدارته في حدود أعمال الإدارة المعتادة، أن يتولى ان يتولى استثماره بالطريقة المألوفة لأمثاله من الأعيان[27](601).

وعلى ذلك فإن على الدائن استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً[1](249). ويلتزم الدائن باستثمار الشيء المرهون الاستثمار الذي يصلح له، وأن يبذل في استثماره وإدارته عناية الرجل المعتاد، ولا يغير من الطريقة المألوفة لاستغلاله إلا برضي الراهن ويبادر إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل[23](409).

إن واجب الدائن المرتهن في إدارة الشيء المرهون بعناية الرجل المعتاد يقتضي، إذا كان الشيء مثمراً، أن يقوم باستثماره بنفسه عن طريق استعماله أو بواسطة الغير عن طريق تأجير[1](249). وقد نصت المادة 956 ق م على أنه: "

- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء دون مقابل.

- وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك.

- وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاد من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات ثم من أصل الدين.

ويعالج النص المذكور أعلاه تنظيم استغلال المال المرهون على النحو التالي: 1- وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل، 2- كيفية الاستثمار ومعياره وصفة المرتهن فيه، 3- خصم ثمار الشيء، 4- جزاء إخلال المرتهن بالتزامه بالاستثمار.

- وجوب استثمار الشيء المرهون بمقابل: على الراهن أن يستثمر الشيء المرهون بمقابل استثماراً كاملاً، وإلا تعرض الراهن للخسارة، غنما يجوز، كما اشرنا الاتفاق على أن يحتفظ الراهن بالشيء المرهون دون استثمار. و إذا كان الدائن يلتزم باستثمار الشيء المرهون، فإنما يلتزم باستثماره لمصلحة الراهن، إذ ليس له كما اشرنا أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، و إلا استطاع أن يحصل على فوائد ربوية يحرمها القانون[2](406).

فليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، فلا يصح اشتراط المرتهن أن تكون غلة المرتهن له، فإن شرط ذلك بطل الشرط وصح الرهن، والحكمة من ذلك منع الدائن من الحصول على فوائد ربوية، في صورة انتفاع بالشيء دون مقابل، لذلك يقع باطلاً أي اتفاق يخالف ذلك[23](408).

- كيفية الاستثمار ومعياره وصفة المرتهن فيه: المرتهن يستثمر الشيء المرهون كاملاً، في الوجه الذي يصلح له بالطريقة المألوفة إلا إذا رضي الراهن بغير ذلك بذلك، فإذا كان الشيء المرهون أرضاً زراعية، فيكون الاستثمار عن طريق زراعتها بالمحصولات العادية، كالقطن والقمح والذرة وما إلى ذلك، كما يمكن تأجيرها لمن يقوم بزراعتها على هذا النحو، واستغلال حدائق الفاكهة أو الأزهار أو الورود، يكون بزراعتها فاكهة أو ورداً أو زهوراً، أو القيام بتأجيرها لهذا الغرض. واستغلال المنازل أو البيوت يكون بسكنها أو بتأجيرها للسكن ولا يجوز للدائن أن يحولها إلى فندق أو مصنع إلا برضا الراهن[15](244).

ويذهب الفقه الغالب إلى اعتبار المرتهن، في استغلاله الشيء المرهون وكيلاً عن الراهن، أو نائباً قانونياً عنه، لا أصيلاً عن نفسه، فنصوص القانون صريحة في إلزام الدائن باستغلال المرهون ما لم يوافق الراهن على إعفائه منه، كما أنها تقطع على أن لا ينتفع الدائن دون مقابل، وإنما لحساب الراهن ويجب أن يؤدي له حساباً عن الغلة، وهذه الأحكام تتنافى مع إمكان القول بأن الرهن يعطي للمرتهن الحق في أن يستولي على الغلة أصيلاً عن نفسه، لا نائباً عن الراهن[2](406).

والعناية المطلوبة منه هي عناية الرجل المعتاد، لا أكثر من ذلك ولو كان يبذل عناية فائقة، تزيد عن عناية الرجل المعتاد في شؤونه الخاصة، و لا أقل ولو كان معروفاً بالإهمال في شؤونه الخاصة، ويبذل فيها

عناية أقل من عناية الرجل المعتاد، وعلى الدائن المرتهن أن يبادر إلى إخطار الراهن بكل ما يقتضيه أن يتدخل [22](639).

- خصم ثمار الشيء: يصبح المرتهن مديناً للراهن بغلة الشيء المرهون، ويقصد بها المبالغ التي تتبقى من ثماره بعد خصم نفقات الاستغلال، وإذا كان المرتهن يستعمل الشيء المرهون بنفسه، كما إذا سكن الدار المرهونة، تعين تقدير قيمة الفائدة التي عادت إليه، وللقاضي أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة [23](409).

ومن المصروفات الأخرى التي أدخلها المشرع، فيما يضمنه الرهن، مصروفات العقد الذي انشأ الدين المضمون بالرهن، كسمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء وتجديد القيد، والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي، مثل نقل الحيازة، وكذلك مصروفات الإدارة والاستثمار، والضرائب والرسوم. بالإضافة إلى التعويضات الناشئة عن عيوب الشيء، وهذا بالرغم من أن مصدر الالتزام بها العمل الغير مشروع، ألا أنها تضمن بالرهن لعلاقتها الظاهرة به [27](603).

ويتم خصم مقابل الانتفاع، وثمار الشيء المرهون من الدين المضمون بالرهن، و لو لم يكن قد حل أجله، وفي هذا خروج عن القاعدة العامة في المقاصة التي تقضي بأن يكون الدينين مستحقين الأداء. ومن ثم فإن الربيع يعتبر وسيلة من وسائل سداد الدين [23](410).

- جزاء إخلال المرتهن بالتزامه بالاستثمار: فالدائن المرتهن عليه واجب هو أن يبذل في استثمار الشيء المرهون عناية الرجل المعتاد، لما قدمنا، وعليه توزيع ما ينتج من الاستثمار على نحو معين، فإن قصر في شيء من ذلك تقرر للراهن حقين [22](640):

- 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 الرجل 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 انقضى الرهن على هذا النحو.

- الالتزام برد الشيء المرهون:

يلتزم الدائن برد الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات، ويجب رد الشيء المرهون كذلك في حالة انقضاء الرهن، ولو بقي الدين

المضمون، كما لو انقضاء الرهن بصفة تبعية، تبعاً لانقضاء الدين المضمون، أو بصفة أصلية بالتنازل عنه مثلاً [23](415).

وقد نصت المادة 959 ق م أنه: " يجب على الدائن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات".

يستفاد من النص أن الدائن المرتهن لا يلتزم بالرد إلا إذا استوفى كامل حقه، وذلك لأن مقتضى عدم التجزئة يقضي بأن يبقى الرهن قائماً ما بقي جزء من الدين المضمون ولو كان يسيراً [1](255).

ويقابل الالتزام بالرد حق شخصي للراهن بأن يسترد الشيء المرهون، و للراهن أن يطالب بحقه عن طريق الدعوى الشخصية، الناشئة عن عقد الرهن، تسمى دعوى الرهن [23](415). وتتقدم بمضي 15 سنة وهي مدة التقادم العادية بالنسبة للالتزام، و تبدأ هذه المدة في السريان من وقت انقضاء الرهن وهو الوقت الذي يستطيع الراهن المطالبة بالاسترداد. على أن الراهن له دعوى أخرى عينية، هي دعوى الاسترداد المقررة لكل مالك وهي لا تسقط بالتقدم، ولن يعوق استعمال هذه الدعوى ما للمرتهن من حيازة، لأنها حيازة عرضية في مواجهة الراهن، وهي لن تؤدي بذاتها إلى اكتساب المرتهن الملكية بالتقدم، بل لابد أن يقوم بتغيير سند حيازته بعمل ايجابي فيه معنى المنازعة في حق المالك [6](353).

ويلتزم المرتهن برد الشيء المرهون وملحقاته بالحالة التي كانت عليها وقت التسليم، والالتزام المرتهن برد الشيء المرهون التزام بنتيجة، فيكون مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه، ما لم يثبت أن ذلك الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه [23](415)، وللمرتهن أن يتخلص من جميع التزاماته السابق ذكرها إذا هو نزل عن حقه في الرهن، وأعاد الشيء المرهون إلى الدائن وهذا النص بصدد رهن العقار [1](256). ويستخلص من الفقرة الثانية من المادة 968 ق م أن المرتهن إذا ترك حقه في الرهن أصبح دائناً عادياً [15](252).

- حقوق المرتهن:

بما أن الهدف الرئيسي للدائن المرتهن من الرهن هو استيفاء حقه، فإن سلطته على العقار المرهون لا تظهر بصورة ملموسة إلا بعد حلول أجل الدين، أما قبل ذلك فلو يكن له سوى حق الاعتراض على إنفاص الراهن لضمان أو المساس به، فبعد حلول أجل الدين يشرع له التنفيذ على العقار المرهون، بعد تنبيه المدين بالوفاء، تمهيداً لبيعه في المزاد العلني لاستيفاء حقه من ثمنه، هذا ما يعرف بحق الدائن المرتهن في التنفيذ

على العقار المرهون، وبما أن إجراءات هذا التنفيذ متعلقة بالنظام العام فإن المشرع قيد حق الدائن المرتهن في التنفيذ بجملة من القيود، وذلك من خلال الحكم ببطلان كل شرط يهدف من ورائه الدائن المرتهن إلى الحصول على حقه بأيسر الطرق دون اتباع الإجراءات المرسومة قانوناً [20](240). وكذا حق الدائن المرتهن في إيجار العقار المرهون إلى الراهن.

- حق المرتهن في التنفيذ على الشيء المرهون في مواجهة المدين:

يرتب الرهن للدائن المرتهن حق حبس الشيء المرهون إلى حين استيفاء حقه، هذا بالإضافة إلى الحق في التنفيذ على هذا الشيء للحصول على ذلك الحق، ويباشر المرتهن في سبيل ذلك إجراءات التنفيذ استعمالاً لدعوى الرهن [23](416).

إن الدائن المرتهن بهذه الصفة يكون صاحب حق عيني هو حق الرهن، ومن ثم يكون حقه متركزاً في العقار المرهون، الأمر الذي يخوله التنفيذ عليه وتتبعه في أي يد يكون واقتضاء حقه بالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، وهو في كل هذا يتوجب عليه إتباع الأجل والأوضاع التي رسمها قانون الإجراءات المدنية، وهذا ما نصت عليه المادة 902ق م حيث قضت بأنه: "يمكن للدائن بعد التنبية على المدين أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الأجل وفقاً للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية" [20](242).

ويستطيع الدائن كذلك باعتباره صاحب حق شخصي التنفيذ على جميع أموال المدين استعمال لحقه في الضمان العام، إلا أنه في هذا يتزاحم ويتساوى مع باقي الدائنين العاديين للمدين، أما إذا كان الراهن غير المدين فإن حق الدائن يقتصر على الشيء المرهون لأن مسؤولية الراهن ككفيل عيني تنحصر في قيمة المال المرهون [23](416).

- حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائناً مرتهناً: وبناءً على ما تقدم نص المشرع في المادة 903ق م على بطلان الشروط التي تهدف إلى تفادي الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، ذلك أن هذه الإجراءات وضعت خصيصاً لمراعاة حق كل من الراهن والمرتهن بحيث يتحقق التوازن بين مصالحهما المتعارضة، ومن ثم يمتنع على الدائن المرتهن الإخلال بها ولو رضي الدائن بذلك، فمن الممكن جداً أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وحصل على رضاه، كما أن هذا الإجراء يعد من النظام العام. ومن أهم هذه الإجراءات: شرط تملك العقار عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به، وشرط البيع

بلا إجراءات، وهو المر الذي سنبحثه عند كلامنا على القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون[20](243).

- حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائناً عادياً: ليس هناك ما يحرم الدائن المرتهن من أن يبدأ بالتنفيذ استيفاء لحقه مستنداً له من ضمان عام على جميع أموال المدين الموجودة على ملكه وقت التنفيذ، تم يلي ذلك بالتنفيذ على المال المرهون استيفاءً للباقي من حقه[27](428).

إن الرهن لا يسلب الدائن المرتهن حقه كدائن عادي، بمعنى أن الرهن لا ينتقص من حقوق الدائن المرتهن التي تكون لكل الدائنين العاديين، وهذا واضح من خلال تسميته بالدائن المرتهن، فهو دائن من جهة ومرتهن من جهة أخرى، وباعتباره دائناً عادياً يكون له حق الضمان العام على جميع أموال مدينه الحاضرة والمستقبلية ويترتب على هذا الأمور التالية[20](241):

- يحتفظ بكل الدعاوى التي تحمي الضمان العام للدائنين، وهي وسائل التنفيذ التي نص عليها المشرع في المواد من 189 إلى 199 ق م والمتمثلة في الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوصية والدعوى الصورية.

- لا يكون له عند التنفيذ ميزة التقدم، بل يشترك مع باقي الدائنين في قسمة المال محل التنفيذ قسمة غرماء.

- يحق له التنفيذ على أموال مدينه غير المرهون دون أن يكون مجبراً على البدء بالتنفيذ على العقار المرهون.

- كما يحق له التنفيذ على باقي أموال المدين إذا لم يف ثمن العقار المرهون بحقه.

فأصبح اليوم من حق الدائن المرتهن أن يبدأ بالتنفيذ على أموال المدين غير المرهونة، كمال له أيضاً هذا الحق عند عدم كفاية المال المرهون للوفاء بحقه غير انه في مثل هذه الأحوال يتساوى مع الدائنين العاديين، إذ أن حقه في التقدم مقصور على الأموال المرهونة فقط[25](362).

ومن الناحية العملية تبدو أهمية السماح للدائن المرتهن بالتنفيذ باعتباره دائناً عادياً، ودون إجباره على البدء أولاً بالتنفيذ على العقار المرهون في الأحوال التي يكون فيها لمدينه مبالغ من النقود (المودعة في أحد المصارف مثلاً) يسهل التنفيذ عليها والحصول على حقه منها، فمثل هذا الطريق للحصول على حقه أفضل وأسرع من الطريق الذي يظهر فيه بصفته كدائن مرتهن يرغب في الحصول على حقه بالتنفيذ على العقار المرهون، لأن هذا الطريق الأخير يقتضي المرور بإجراءات طويلة ومعقدة، وإذا نحن ألزمت الدائن المرتهن بوجوب ان ينفذ على العقار المرهون أولاً قبل أن ينفذ على أموال المدين غير المرهونة لكان في

ذلك إضراراً به، ووضعه في مرتبة أدنى من مرتبة الدائن العادي، وهو مالميس من المنطق أو العدل في شيء، لأن الدائن حين طلب من مدينه أن يقرر له ضماناً خاصاً على أمواله إنما أراد أن يضمن لنفسه مركزاً أفضل مما عليه الدائن العادي، ومن ثم فلا يجوز أن يؤدي مركزه هذا إلى الإضرار به وحرمانه من الحقوق التي يتمتع بها الدائنون العاديون، فصفته كدائن مرتهن لا تنزع عنه صفة الدائن العادي، ولا ينبغي من ثم أن نحرمه من أي حق من الحقوق التي يتمتع بها الدائنون العاديون[20](242).

حق المرتهن في التنفيذ على الكفيل العيني:

وقد يتفق أن يكون الراهن هو غير المدين، وهذا هو الكفيل العيني، وقد رأينا أنه إذا كان الراهن شخص آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك[22](640).

إن التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني يختلف عما رأيناه بصدد التنفيذ في مواجهة المدين في نقاط أهمها[20](243):

- نصت المادة 901ق م على أنه: "إذا كان الراهن شخص آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله..."، ومؤدى هذا النص أن مسؤولية الكفيل العيني محصورة في حدود ما قام برهنه، بمعنى أنها محددة في العقار الذي قدمه للرهن فحسب، ومن ثم يتمتع على الدائن المرتهن التنفيذ على أموال الكفيل العيني غير المرهونة، لكن هذا لا يعني حرمانه من جواز التنفيذ على أموال غير المرهونة بما للدائن من ضمان عام، ففي الحالة الأولى يتم التنفيذ باعتباره دائناً مرتهنًا، وفي الحالة الثانية باعتباره دائناً عادياً.

- وتنص المادة 901ق م على أن لا يكون للكفيل العيني: "... حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك"، ومؤدى هذا النص أنه في حالة ما إذا شرع الدائن المرتهن في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون لاستيفاء حقه من ثمنه، فإنه لا يجوز للكفيل العيني أن يمنع من ذلك بحجة وجوب البدء في التنفيذ على أموال المدين، ذلك أنه يتمتع على الكفيل العيني التمسك بالدفع بالتجريد، وبناءً على هذا كان للدائن المرتهن الخيار عند الشروع بالتنفيذ، بل ويقرر الفقهاء أن هذا الخيار يبقى للدائن المرتهن حتى ولو كان للمدين عقار مرهون مع العقار المرهون من الكفيل العيني في نفس الدين.

- تنص المادة 2/902ق م على ما يلي: "و إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له تفادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفق الأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار"، ولما كان الكفيل العيني غير مسؤول عن الدين إلا في حدود العقار المرهون، فإن له أيضاً 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 تخلية العقار [22](331) حسب المادة 922ق م.

- وتنص المادة 2/893ق م على ما يلي: " وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما لمدينه من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ويبقى له الحق ولو تنازل عنه المدين، فبما أن التزام الكفيل العيني تابع لالتزام المدين، فإنه يجوز له أن يتمسك ضد الدائن المرتهن بالدفع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين والتي تؤدي إلى انقضاء التزامه كالدفع بالوفاء أو المقاصة [20](246).

- القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون:

قد يحاول الدائن المرتهن أن يفرض على الراهن - سواءً كان هو المدين أو الكفيل - بعض الشروط الجائزة مستغلاً حاجة المدين إلى المال وهذا بغية الحصول على التنفيذ بأيسر الطرق، الأمر الذي تفتن له المشرع فبادر إلى تقييد حرية الدائن المرتهن في التنفيذ، فألزمه باحترام القواعد المحددة في قانون الإجراءات المدنية من جهة، وقضى من جهة أخرى ببطلان كل شرط يخالف ذلك إذا كان قبل أجل حلول الدين أو قسط منه [20](284)، وقضى ببطلان شرط التملك عند عدم الوفاء، كما يقع باطلاً كذلك كل اتفاق يمنح الدائن الحق في أن يبيع العقار المرهون دون أن يراعي الإجراءات التي فرضها القانون، وهذا ما يعرف بشرط الطريق الممهد [25](338).

- وجوب إتباع الإجراءات المقررة في التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية: تنص المادة 1/902ق م على أنه: "يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال وفقاً للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية".

ويستفاد من هذا النص أن الدائن المرتهن باعتباره صاحب حق عيني - هو حق الرهن - ان ينيبه المدين على لوفاء بالدين إذا حل أجله، فإذا لم يتم هذا الأخير بالوفاء به اختيارياً، جاز للدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ تمهيداً لبيعه بالمزاد العلني و استيفاء حقه من ثمنه، لكن كل هذا مشروط بوجوب إتباع الإجراءات والمواعيد والأوضاع المقررة [20](249)، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [27]. والتي نص عليها المشرع في المواد 721 إلى 765.

والمهم في كل هذا أن هذه الإجراءات من النظام العام، لأنها وضعت أصلاً لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين مصالحهما المتعارضة، ومن ثم كان كل اتفاق على الإخلال بها باطلاً بطلاناً مطلقاً [20](249).

- شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين: يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن عند عدم استيفاء الدين عند حلول أجله أن يملك العقار المرهون، نظير ثمن معلوم أيّاً كان [23](271).

وهذا ما نصت عليه المادة 1/903 ق م. ويتضح من هذا النص أنه يقع باطلاً الاتفاق الذي يعقده الدائن المرتهن مع الراهن، سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني، قيل حلول أجل الدين أو قسط منه، والذي بموجبه يملك الأول عند عدم وفاء الثاني بالدين عند حلول أجله، العقار المرهون بثمن معلوم أيّاً كان، سواء كان هو قيمة الدين المستحق أو مبلغاً آخر أكبر أو أقل، والأكثر من هذا قرر الفقهاء عن طريق القياس بطلان شرط تملك الدائن المرتهن مالاً آخر للراهن وفاءً للدين، وكذلك شرط حصول الدائن المرتهن على ثمن بيع العقار المرهون بالمزاد، ولو كان أكثر من الدين المضمون. ولقد أرجع الفقهاء سبب بطلان شرط التملك إلى عدة اعتبارات أهمها [20](252):

- أن الدائن يلجأ لهذا الشرط استغلالاً منه للمركز الاقتصادي الضعيف للمدين كي يحصل على ملكية العقار المرهون بأقل من القيمة الحقيقية، فالمدين ونظراً لحاجته للمال، قد يرضخ لما يملى عليه من شروط، خاصة إذا ظن أنه باستطاعته الوفاء بالدين عند حلول الأجل.

- أن شرط التملك قد يخفي ورائه في أغلب الأحيان فوائد ربوية تتمثل في الفرق بين الثمن المتفق لتملك العقار والقيمة الحقيقية له، فالدائن يحصل على العقار المرهون مقابل الدين، المستحق على أساس أن قيمة العقار تساوي مبلغ الدين، مع أن قيمة العقار الحقيقية تزيد في الغالب عن قيمة الدين.

- أن شرط التملك يعتبر إخلالاً بالتوازن، الذي أقامه المشرع بين المصالح المتعارضة للدائن المرتهن والراهن.

- إن في تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون إخراجاً للعقار من الضمان العام للدائنين، وهو الأمر الذي يلحق بهم ضرر، ويخالف ما يقضي به القانون من أحكام في هذا الشأن.

ولكن يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه [20](271). حسب ما نصت عليه المادة 2/903 ق م.

ولا يصح هذا الاتفاق إلا إذا ابرم بعد حلول الدين أو حلول قسط منه، فإن مظنة ضعف الراهن تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه[22](333).

ولكن يرى الأستاذ شوقي بناسي عكس ذلك: " وفي اعتقادنا أن هذه التبريرات غير مقنعة، وذلك أن شبهة الاستغلال تبقى قائمة، حتى ولو تم الاتفاق بعد أجل حلول الدين أو قسط منه، إذا لم يكن للراهن مال آخر غير العقار المرهون، كذلك تبقى شبهة إخفاء الفوائد الربوية قائمة، فقد يستفيد الدائن المرتهن من الفرق بين قيمة العقار الحقيقية وقيمة الدين. فإلا ليت المشرع يعيد النظر في هذه المسألة فيبادر إلى حذف الفقرة الثانية من المادة 903ق م للأسباب المذكورة أعلاه، أسوة بمشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية[20](254).

- بطلان شرط الطريق الممهد: قد يشترط المرتهن على الراهن بيع العقارات المرهونة عند حلول أجل الدين دون الوفاء، بدون إتباع الإجراءات والأوضاع التي رسمها المشرع لحماية المدين الذي تنزع ملكيته، كما لو اتفق على بيع العقار ودياً أو بالممارسة، ويسمى هذا الشرط بالطريق الممهد[20](254).

وصورته أن يتفق الدائن مع الراهن، مديناً كان أو كفيلاً عينياً، على بيع العقار بدون مزاد، أو بمزاد يجرى دون تدخل المحكمة، أو بغير ذلك من الأوضاع المخالفة لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية المقصود بها حماية الراهن وبيع العقار بأكبر قيمة ممكنة[23](272).

وبطلان هذا الشرط لا يؤثر على صحة الرهن ذاته، ما لم يثبت الدائن المرتهن أن هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى الرهن ذاته. والبطلان المنصوص عليه في المادة 1052 قانون مدني مصري، وتقابلها المادة 903ق م هو بطلان مطلق لا ترد عليه إجازة، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك به[1](112).

وجدير بالذكر أن القول ببطلان شرط البيع بلا إجراءات لا يمنع الدائن المرتهن من الدخول في المزاد العلني، عند بيع العقار المرهون جبراً، وإمكانية تملكه إذا رسا عليه المزاد ولو بثمن يساوي الدين أو يقل عنه، هذا من جهة ومن جهة أخرى، أن القول بصحة البيع بلا إجراءات لا يقيد باقي الدائنين في اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون إلا بالقدر الذي ينفذ عليهم في حق الدائن المرتهن الصادر لصالحه الشرط[20](257).

- حق المرتهن في إيجار العقار المرهون:

نصت المادة 967ق م على أنه: " يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن...".

فيجوز إذاً للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون لغير الراهن، والراهن نفسه. فإذا ما أجره وسلمه لمستأجر، أعتبر هو الحائز القانوني، ولا يخل الإيجار بنفاذ الرهن في حق الغير ما دام 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[22](693).

والمشرع قدر أن تأجير العقار للراهن نفسه قد يكون أنسب وجه لاستثمار العقار أمام المرتهن، سواء لان المرتهن كان عديم الخبرة، أو قليلها في إدارة العقار المرهون، أو لا تسمح ظروفه باستغلاله أو لم يجد مستأجراً بشروط مناسبة أو كانت البيئة المحيطة بالعقار لا تقبل المرتهن كدخيل عليها[27](622).

وتجديد الإيجار ضمناً إيجار جديد، وكان الواجب التأشير به في هامش القيد، لأنه لا يكون إلا بعد الرهن، ولكن القانون أبقى الدائن المرتهن والراهن من شهر التجديد الضمني بالتأشير به في هامش القيد. فإذا جدد الإيجار تجديداً ضمناً، فإنه يكتفي بشهر الإيجار نفسه في القيد أو في هامش القيد، ولا حاجة إلى التأشير بالتجديد الضمني[22](694).

وبالنسبة إلى الإيجار الذي يعقده المرتهن إلى الغير فقد سبق وبيننا أن هناك خلافاً فقهيّاً في صفة الدائن المرتهن، وأن الفقه الغالب يذهب إلى اعتبار صفة المرتهن في استغلال الشيء المرهون وكيلان أو نائباً قانونياً عنه، لا أصيلاً عن نفسه.

وتظهر أهمية الخلاف بين الرأيين من الناحية العملية في بيان حكم الإيجار الذي يعقده الدائن المرتهن أثناء الرهن، ومدى الاحتجاج به في حق الراهن إذا ما أنقضى الرهن قبل انقضاء مدة الإيجار. الرأي الأول - الرأي الذي يرى أن المرتهن يعتبر نائباً - ذهب إلى تطبيق نص المادة 559 مدني مصري التي تقابلها المادة 468ق م، ومقتضى هذا النص أن الإيجار الذي يزيد عن ثلاث سنوات لا ينفذ في حق الراهن بغد انقضاء الرهن، أما إذا كانت مدة الإيجار لا تتجاوز ثلاث سنوات نفذ بكامل مدته حتى بعد انقضاء الرهن. أما الفقهاء من الرأي الثاني - القائل بان المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه - في الاستثمار ذهب إلى تشبيه الإيجار الصادر منه بالإيجار الصادر من صاحب حق الانتفاع، وطبقاً لنص المادة 560 مدني مصري التي

تقابلها المادة 469ق م ينقضي الإيجار إذا انقضى حق الانتفاع، وعلى ذلك أن الإيجار الذي يعقده المرتهن ينقضي بانقضاء الرهن أيًا كانت مدته ما لم يقره الراهن[1](255).

وبالرغم من أن الدكتور إبراهيم سعد يؤيد الرأي الذي يعتبر صفة المرتهن أصيلاً، إلا أنه يرى ضرورة تطبيق المادة 559 مدني مصري التي تقابلها المادة 468ق م حيث يقول: " ومع ذلك فنحن نؤيد الرأي القائل أن المرتهن يعتبر أصيلاً عن نفسه فيما يقوم به من أعمال في سبيل إدارة الشيء المرهون و استثماره إلا أننا نرى مع ذلك تطبيق المادة 559 مدني مصري التي تقابلها المادة 468ق م، على ما يعقده الدائن من إيجارات، لأنها لا تستلزم أن يكون من عقد الإيجار نائباً وإنما تنص على أنه: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة..."، والدائن المرتهن يملك هذا الحق طبقاً لنص المادة 1106 مدني مصري، ولا يملك أكثر من ذلك[1](255). هذه الخيرة التي تقابلها المادة 958ق م.

2.1.2. آثار الرهن العقاري بالنسبة للغير.

يترتب على نفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير، تمتع الدائن المرتهن بعدة حقوق في علاقته مع الغير، وهي حق الحبس، وحق التقدم، وحق التتبع[23](433).

وقد سبق أن بينا المقصود بالغير عند كلامنا عن نفاذ الرهن العقاري في مواجهة الغير ولا بأس أن نعيد توضيح المقصود بالغير في هذا المقام.

والمقصود بالغير في هذا المقام هو كل شخص له حق يضر من وجود الرهن، بما يخوله للمرتهن من حق حبس وتقدم وتتبع، حيث يدخل في هذه الطائفة كل فئة الدائنين العاديين، وكل من تقرر له تأميناً عينياً على العين المرهونة. وكل من اكتسب عليها حقاً عينياً أصلياً[27](615).

1.2.1.2. حق الحبس.

يستطيع المرتهن حبس الشيء المرهون، حتى يستوفي كامل دينه، يخول الرهن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون، فالحق في الحبس ميزة تنفرع عن الحق في الرهن الحيازي[15](263). فهو سلطة يتمتع بها الدائن المرتهن ضمناً لحقوقه، وهو بهذا يختلف عن الحق في الحبس المعروف في النظرية العامة للالتزام[23](433).

ويلاحظ أن حق الحبس أعطي 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، لان هذا دفع بعدم التنفيذ وليس بحق عيني[22](669).

وقد نصت المادة 962ق م بقولها: "يخول الرهن للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة".

فالدائن المرتهن يستطيع حبس المال المرهون بانتقال الحيازة إليه أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، والذي يقوم بالحبس لمصلحة الدائن المرتهن ويكون مسؤولاً إذا ما أخل بذلك[23](262).

وحق الحبس هنا هو أحد السلطات التي حولها الحق العيني التبعية للدائن المرتهن رهن حيازة، ويكون له بمقتضاه الامتناع عن التخلي عن الشيء المرهون طالما ان حق الرهن لم ينقضي، وبصفة خاصة طالما أنه لم يستوفي حقه كاملاً[1](260).

- المال الذي يحبس:

المال الذي يحبس هو المال المرهون وقد يكون عقاراً أو منقولاً[22](696). ولكن ما يهمننا في دراستنا هذه هو المال العقاري.

فكل الشيء المرهون من أصل وملحقات كالعقار بالتخصيص وحقوق ارتفاق وتوابع وغير ذلك يحبس حتى يؤدي الدين المطلوب[22](669). وحق الحبس شأنه شأن الرهن المرتبط به، لا يقبل التجزئة، فالمرتهن يمارس حقه في الحبس حتى يستوفي جميع مستحقاته، وهو يحبس كل الشيء المرهون حتى لو تبقى له جزء يسير من مستحقاته[23](434).

وقد يكون للغير حقوق على الشيء المرهون تم حفظها وفقاً للقانون كحقوق ارتفاق سجلها المرتفق قبل أن يقيد الدائن رهنه، أو حق رهن أو اختصاص قيده صاحبه قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه، فهذه الحقوق تبقى خارجة عن الحق في الحبس[22](669). وفي ذلك تقول المادة 962ق م: " يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون".

- ضد من يكون الحق في الحبس:

يمكن التمسك بالحق في الحبس في مواجهة الراهن والغير [23](434). والمالك الجديد والراسي عليه

المزاد.

- في مواجهة الراهن:

للدائن حق الحبس في مواجهة الراهن، فيحبس الشيء المرهون حتى يستوفي كل حقوقه قبله، كما يستطيع استعمال حق الحبس في مواجهة الكفيل العيني، مادام لم يستوفي حقه كله وحتى لو ادعى الراهن أن الشيء المرهون مملوك لغيره [15](263).

- في مواجهة الدائنين الآخرين:

فله على الخصوص حبس العقار في مواجهة الغير الذي يكتسب حقاً عليه، أو الدائن المرتهن رهنًا رسمياً إذا كان شهر حقه من قبلهما، وبالأولى في مواجهة الدائنين العاديين [23](106).

- في مواجهة الغير:

ولكن يشترط لإمكان الاحتجاج بحق الحبس أن يكون الرهن نافذاً في مواجهة الغير، أما بغير اكتمال شروط نفاذ الرهن على الغير، ليس للمرتهن أن يتمسك في حقه في حقه في الحبس في مواجهتهم [23](435)، أي أنه ليس للمرتهن أن يحتج بحقه في الحبس تجاه الغير ممن حفظ حقه طبقاً للقانون، شأن من اكتسب حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً على الشيء المرهون قبل نفاذ الرهن تجاههم، لأن المرتهن يحبس الشيء بالحالة التي كان عليها وقت أن كان رهنه نافذاً في مواجهة الغير [27](631).

أما هؤلاء الذين كسبوا حقوقهم على المال المرهون بعد أن أصبح الرهن نافذاً في مواجهتهم، فيستطيع المرتهن الاحتجاج عليهم في حقه في الحبس [23](435).

- في مواجهة المالك الجديد:

ذلك انه و إن كان لمن يكتسب ملكية العقار المرهون رهنًا رسمياً، أن يتخلص من الدائنين المرتهنيين رهنًا رسمياً، وذلك بواسطة إجراءات التطهير بأن يعرض عليهم الثمن الذي أشتري به، إلا انه ليس

لمشتري العقار المرهون هذا الحق في مواجهة الدائن المرتهن رهن حيازة عقاري، لان للدائن المرتهن رهن حيازة حق الحبس على العقار المرهون[18](106).

ولكن إذا كان العقار ذاته مرهوناً رهنأ رسمياً ورهنأ حيازياً، فإن من تنتقل إليه ملكيته يعتبر حائزاً بسبب وجود الرهن الرسمي ويجوز له التطهير، وعلى الحائز أن يوجه هذا الإجراء إلى جميع ذوي الحقوق المقيدة، ومنهم الدائن المرتهن رهن حيازة، ويترتب على ذلك سريان التطهير على هذا الأخير سريانه على الدائنين المرتهنين رهنأ رسمياً، والدائنين ذوي حقوق الاختصاص أو حقوق الامتياز العقارية، فإذا قبل هؤلاء العرض صراحةً أو ضمناً تطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ومنها الرهن العقاري متى قام الحائز بدفع الديون في حدود ما عرضه من قيمة أو أودع هذه القيمة الخزينة العامة[15](176).

وعليه لا يمكن للمرتهن رهنأ عقارياً حبس العقار المرهون في هذه الحالة الأخيرة.

- في مواجهة الراسي عليه المزاد:

والسؤال المطروح هل للمرتهن أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد إذا ما بيع الشيء جبراً؟[27](632). ويتم ذلك في حالة مباشرة التنفيذ الجبري على المال المرهون، بناء على طلب المرتهن نفسه، أو على طلب دائني الراهن.

إذا كان المرهون عقاراً فإنه يترتب على تسجيل حكم رسوا المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع، ويترتب على ذلك أن البيع الجبري يؤدي إلى تطهير العقار من الرهن العقاري ولا يجوز للدائن الحابس أن يحبس العقار المرهون عن الراسي عليه المزاد، ولو لم يستوفي حقه كله أو بعضه، وأياً كان طالب البيع لأن رسوا المزاد يطهر العقار من كافة الحقوق المقيدة ومنها حق الرهن الحيازي، وينتقل حق المرتهن حيازة على ثمن العقار المبيع، يستوفي منه دينه وفقاً لترتيب نفاذ الرهن في حق الغير[23](436). حسب ما أشارت إليه المادة 764 قفرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- متى يثبت الحق في الحبس:

والحبس يثبت للدائن المرتهن من وقت أن ينتقل الشيء المرهون إلى حيازته، ويبقى حتى يؤدي الدين بتمامه كما قدمنا، ولو بقي بعد حلول الدين بمدة طويلة، أم التنفيذ فلا يثبت للدائن المرتهن إلا عند حلول أجل الدين، ويبقى إلى أن ينقضي الدين. وهناك وقت يكون فيه للدائن المرتهن الحق في الحبس وفي التنفيذ، وذلك من وقت حلول الدين. فإذا ما حل الدين ولم يكن هناك ما يدعوا الدائن المرتهن إلى التنفيذ يختار أيهما

شاء، وقد يبقى حابساً للعين، ويستوفي دينه من غلتها إلى أن ينقضي الرهن بانقضاء الدين وينتهي حق الحبس، فيعيد الدائن المرتهن العين إلى صاحبها[22](670).

ويثبت حق الحبس فيما بين المتعاقدين بمجرد إبرام العقد ولو كان الرهن لم يستكمل إجراءات نفاذه في مواجهة الغير[2](414).

- استرداد الشيء المرهون:

ويظل الحق في الحبس قائماً ولو خرج الشيء المرهون من حيازة الراهن دون علمه أو رغم إرادته، ويكون له في هذه الحالة الحق في استرداده وفقاً لأحكام الحيازة، طبقاً للمادة 952ق م. ويعتبر الشيء المرهون في هذه الحالة في حكم الشيء المسروق أو الضائع، ويباشر المرتهن حقه في الاسترداد حتى في مواجهة الراهن[6](359).

وله أيضاً أن يسترده من الغير إذا خرج من يده غصباً دون إرادته أو خلصة دون علمه، وإنما يجب على الدائن المرتهن أن يحترم ما يكون الغير قد كسبه بحسن نية على الشيء من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن، إذا كانت هذه الحقوق نافذة في حق المرتهن[22](674).

ولكنه لا يستطيع أن يحتج بحق الحبس على الغير الذي يكسب حقاً على العقار ولا على الدائنين إذا كان قد تخلى برضاه على العقار وتركه يرجع إلى الراهن. وليس ذلك أن ليس له حق التتبع ولكن لأن حق الرهن الحيازي لا يبقى إلا ما بقي الدائن حائزاً للعقار. والمحاكم في فرنسا مستقرة على أن للدائن المرتهن رهنًا حيازياً عقارياً حق أفضلية على ثمن بيع العقار المرهون رغم انه لا يوجد نص صريح في هذا الصدد بالنسبة لرهن الحيازة العقاري وإن كان يوجد نص صريح بذلك بالنسبة لرهن الحيازة في المنقول، وهكذا يكون رهن الحيازة العقاري تأميناً من نفس طبيعة رهن الحيازة في المنقول[18](107). وفي هذا نصت المادة 952ق م "...إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان لسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون إخلال بحقوق الغير".

2.2.1.2. حق التقدم.

وفقاً للمادة 948 م التي نصت "...وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

فيقتض استعمال ميزة التقدم، كما في الرهن الرسمي، تنازعاً بين الدائن المرتهن و دائن آخر أو دائنين آخرين للراهن[2](416).

فميزة التقدم معناها أن الدائن المرتهن يتقدم في اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون، على جميع الدائنين العاديين و الدائنين الذين ترتب لهم حقوق عينية تبعية على الشيء المرهون بعد استكمال إجراءات نفاذ رهنه المشار إليها سابقاً[23](437).

أما إذا كان التزام بين أكثر من مرتهن حيازي على عقار، كانت الأسبقية للمرتهن الذي سبق غيره في حيازة العقار و قيد رهنه، ويتقدم على غيره من المرتهنين حيازة و لو كانوا أسبق منه إلى قيد حقوقهم، أما إذا كان العقار مثقلاً بحق امتياز معفى من الشهر (حقوق الامتياز العامة وحق الامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخرينة العامة)، فهذه الامتيازات تتقدم على الحقوق الممتازة مهما كان تاريخ قيدها[27](634).

ونذكر أن مرتبة الرهن الحيازي على العقار تتحدد بالقيد مع انتقال الحيازة، ويشمل حق المرتهن المضمون بالرهن أصل الدين وملحقاته، كالمصروفات الضرورية التي أنفقت على حفظ الشيء وصيانته، ومصروفات العقد الذي أنشأ الدين وعقد الرهن، ومصروفات تنفيذ الرهن الحيازي والتعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء، ويفتضى المرتهن حقه من الشيء المرهون أو أي مقابل آخر يحل محله، كالتعويض الذي يدفعه الغير المتسبب في هلاك الشيء، ومبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين، عند احتراقه وذلك في حالة التأمين عن الحريق. وفي هذه الحالات يحل التعويض محل الشيء المرهون حلواً عينياً، ويكون مرهوناً مثله[23](437).

3.2.1.2. حق التتبع.

مقتضى الحق في التتبع، أن للمرتهن اقتضاء لحقه أن ينفذ على الشيء المرهون في أي يد يكون[27](636). ما نصت عليه المادة 948 م.

و يلاحظ أن الدائن المرتهن حيازة يتتبع العين، مع أن حيازتها في يده، ذلك لأن التتبع هنا ليس تتبعاً مادياً للحيازة، وإلا لما احتاج الدائن المرتهن تتبع العين، فحيازتها في يده، وإنما هو تتبع معنوي للملكية[22](465).

فإذا باع الراهن العين المرهونة، فإن ملكيتها تنتقل إلى المشتري، إلا أنها تظل في حيازة المرتهن الذي يستطيع التنفيذ عليها في مواجهة المالك الجديد ولا يستطيع هذا المالك أن يعترض على ذلك طالما كان

الرهن الحيازي نافذاً في مواجهته، ولكن يجوز لهذا المالك أن يدفع الدين فيحل محل الدائن في رهن الحيازة، فإن لم يفعل، وجب أن يتحمل إجراءات التنفيذ [23](437). وليس له أن يخلي العقار أو أن يطهره [22](666).

2.2. انقضاء الرهن العقاري.

الرهن العقاري حق عيني تبعي، فهو يستند إلى الالتزام الأصل الذي وجد لضمانه، ويترتب على هذا أن الرهن الحيازي كالرهن الرسمي وككل حقوق الضمان الأخرى ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي تطبيقاً لقاعدة، التابع يتبع المتبوع في وجوده وصحته وزواله، وفي هذا تنص المادة 893/1ق م بقولها: "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته و انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك". وقد أحالت على هذه المادة المشار إليها أعلاه المادة 950ق م بقولها: "تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي" [15](271).

وفضلاً على ذلك، هناك بعض الحالات ينقضي فيها الرهن الحيازي بصفة أصلية، بالرغم من بقاء الدين الأصلي [23](437). وهناك حالات محددة يزول فيها الرهن الحيازي بصفة أصلية، أي يزول وحده دون أن ينقضي تبعاً لانقضاء الدين [22](675).

1.2.2. انقضاء الرهن العقاري بصفة تبعية.

الدين المضمون بالرهن العقاري قد يزول لأنه لم يوجد صحيحاً، وقد ينقضي لأنه بعد أن وجد صحيحاً انقضى بسبب من أسباب انقضاء الدين [22](675). وهذا ما يعرف بمبدأ تبعية الرهن للدين المضمون، وهذا المبدأ الذي نص عليه المشرع في المادة 893ق م السالفة الذكر، و تنص المادة 964ق م على أنه: "ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون إذا زال السبب الذي انقض به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته ويستفاد من هذه المادة أمران مهمان: أولهما انقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون، وثانيهما عودة الرهن عند زوال سبب الدين المضمون [20](435).

1.1.2.2. انقضاء الرهن العقاري تبعاً لانقضاء الدين المضمون.

ومن أسباب زوال الدين أنه يوجد في عقد باطل، فيبطل العقد ويبطل معه الدين، ويبطل معهما الدين بصفة تبعية، 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 معه الرهن العقاري. وقد يوجد الدين صحيحاً، ويبقى ولكنه ينقضي بسبب من أسباب انقضاء الدين[22](676).

وعلى ذلك إذا انقضى الدين المضمون لأي سبب من الأسباب انقضى الرهن. ومن المعلوم أن أسباب انقضاء الدين هي: الوفاء، والوفاء بمقابل، والتجديد، والمقاصة، و اتحاد الذمة، والإبراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم. وليس من المناسب في هذا المقام دراسة هذه الأسباب وأثرها على الرهن، ذلك أن دراستها تدخل في النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام-[20](436).

غير أن هناك حكماً خاصاً بالرهن الحيازي فيما يتعلق بتقادم الدين المضمون، فحيازة المرتهن للشئ المرهون تمنع من سقوط الدين المضمون بالتقادم، إذا كان الرهن قرره المدين، أما في حالة تقرير الرهن من غير المدين (الكفيل العيني) فإنه لا يمنع من سقوط الدين بمرور المدة. ذلك أن ترك المدين للشئ المرهون هنا حيازياً تأميناً لوفاء الدين يكون بمثابة إقرار مستمر في جانبه بمديونيته، ومن المعروف أن الإقرار يقطع التقادم. وهذا ما نصت عليه المادة 2/318 ق م بقولها. "...ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين". ويترتب على الوفاء بالدين الأصلي، انقضاء الرهن الحيازي بالتبعية، سواء تم الوفاء من الراهن أو من غيره، المهم أن يترتب على الوفاء براءة ذمة المدين من الدين. ولا ينقضي الدين في حالة الوفاء الجزئي لأن الرهن لا يقبل التجزئة[20](439).

2.1.2.2. عودة الرهن العقاري عند زوال سبب انقضاء الدين المضمون.

إذا انقضى الدين لأي سبب من الأسباب انقضى الرهن تبعاً له، ولكن أحياناً قد يحدث و أن يزول السبب الذي أدى إلى انقضائه بأثر رجعي ففي هذه الحالة يعود الدين للوجود من جديد وبما، أن الرهن تابع له فإنه يعود هو الآخر للوجود[20](439).

حيث نصت المادة 964 ق م إنه: " ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته".

ويتبين في هذا النص أن حق الرهن الحيازي ينقضي، كما ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون بالرهن، وقد حددنا فيما تقدم أسباب انقضاء الدين، وكل منها إذا توافر ينقضي به الدين المضمون بالرهن الحيازي، وإذا زال السبب الذي انقضى به الدين، فعاد الدين كما كان، عاد ومعه الرهن الحيازي الذي كان قد زال، والذي يرجع لضمان الدين مرة ثانية [22](647).

ومن أمثلة ذلك: إذا انقضى الدين بالإبراء، وكان هذا الإبراء قد صدر من ناقص الأهلية وتم إبطاله. أو إذا انقضى بإتحاد الذمة، ثم زال إتحاد الذمة. ففي هذه الأحوال يعود الدين للوجود، ويعود معه الرهن باعتباره من توابع الدين، لكن يلاحظ أن عودة الرهن ليست مطلقة، بل هي مقيدة بعدم الإضرار بالغير حسن النية الذي كسب حقاً عينياً على العقار المرهون في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته [20](437).

فإذا فرضنا أن الدين انقضى بالوفاء وزال بانقضاء الرهن الحيازي، فرتب المدين على محل الرهن الحيازي رهناً رسمياً لشخص حسن النية، أعتقد أن الرهن الحيازي انقضى 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 [22](679).

ويرى بعض الفقه أن اشتراط حسن النية في هذا المقام، "ينطوي على تضيق في حماية الغير بإنقاص الثقة في سجلات التسجيل القاري وإضعاف الاعتماد عليها. فلم يكتفي المشرع باعتماد الغير على السجلات من حيث عدو وجود رهن مقيد وقت اكتساب الحق، بل استلزم حسن نية الغير، ويعتبر هذا خروجاً عن المبدأ مقرر في مجال الشهر العقاري بصفة عامة، وهو الاعتداد ببيانات السجلات بصرف النظر عن حسن نية أو سوء نية من سجل أو قيد الحق، فالأصل أن العلم الذي يعتد به هو الذي يتم عن طريق التسجيل والقيد" [20](438).

2.2.2. انقضاء الرهن العقاري بصفة أصلية.

ينقض الرهن الحيازي على العقار بصفة أصلية إذا أبطل عقد الرهن، أو هلك العقار المرهون هلاكاً كلياً، أو كان الرهن معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط، أو حل الأجل الفاسخ له، أو وقع تقايل بين الراهن والمرتهن [21](231).

إذا يجوز أن ينقضي الرهن الحيازي بصفة أصلية، دون أن ينقضي الدين المضمون به [23](440). وهناك عدة أسباب لهذا الانقضاء حيث نصت المادة 965 ق م أنه: "ينقضي أيضا حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب التالية:

- إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق، على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمناً بتخلي الدائن باختياره على الشيء المرهون أو موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، غير أنه إذا كان الشيء مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا برضائه.

- إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.

- إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون".

و سنعرض لهذه الأسباب على التوالي، ثم نتكلم عن انقضاء الرهن بالتطهير، وأثر البيع الجبري [1](266).

1.2.2.2. النزول عن الرهن.

ينقضي الرهن بصفة أصلية بنزول المرتهن عنه، والنزول عن الرهن الحيازي تصرف من جانب واحد، يقع كالنزول عن الرهن الرسمي، بالإرادة المنفردة للدائن المرتهن، ويجب حتى يكون النزول صحيحاً أن يكون الدائن المرتهن أهلاً للقيام به، والأهلية اللازمة، هي الأهلية اللازمة لإبراء زمة المدين من الدين [2](419). وهي أهلية التصرف، وذلك لأن النزول عن الرهن ولو أن لا يؤثر عن وجود الدين إلا أنه قد يؤدي إلى عدم إمكان استيفائه [23](440). وعلى ذلك إن كان الدائن المرتهن صيباً مميزاً، أو من في حكمه فيكون النزول باطلاً بطلاناً مطلقاً، لأن الإبراء في هذه الحالة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً [1](266).

والمشرع الجزائري لم ينص على شرط توفر أهلية التصرف حيث يقول الدكتور محمد صبري السعدي: "يستطيع الدائن المرتهن التنازل عن حق الرهن دون أن يتنازل عن الحق المضمون ولم يشترط القانون أن يكون للدائن المرتهن أهلية الإبراء من الدين المضمون كما نص القانون المصري" [15](273).

لكن شرط توافر الأهلية يستفاد من القواعد العامة في مثل هذه التصرفات كما قدمنا. ولأن أهلية النزول عن الرهن الحيازي هي أهلية إبراء زمة المدين من الدين، وهذه الأهلية هي أهلية تبرع، وعلى ذلك

يجب أن يكون الدائن المتنازل بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، ولا يستطيع نائبه القانوني أن يمثله في ذلك، ولو بإذن المحكمة لأن التنازل يعتبر تبرعاً [23](440).

والنزول قد يكون ضمناً وقد يكون صريحاً وقد ذكر المشرع صورتين متصور النزول الضمني فيهما، الأولى أن يتخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون لكن هذا لا يعدوا أن يكون قرينة بسيطة عن النزول، يمكن للدائن ان يثبت عكسها. والثانية أن يوافق الدائن على التصرف في الشيء المرهون دون تحفظ، وهذه أيضاً قرينة بسيطة عن النزول، يمكن للدائن المرتهن أن يثبت عكسها [1](267). وذلك بإثبات أن لم يقصد من سلوكه النزول عن الرهن، وقد نصت على هذا الحكم المادة 952ق م بقولها: " إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون الإخلال بحقوق الغير" [15](273).

وعليه فإنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا اقره. وعلى ذلك إذا كان الدين 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 [2](419).

2.2.2.2. إتحاد الذمة.

ينقي الرهن الحيازي كذلك بإتحاد الذمة بأن يجمع الرهن وملكية العين المرهونة في يد واحدة، كما إذا اشترى الدائن المرتهن العين المرهونة [23](441). وقد رأينا مراراً لا يعدوا أن يكون إلا مانعاً من مباشرة الحق فإذا زال المانع أمكن استعمال الحق [1](267).

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 لحق رهن الحيازة، فتتحد الذمة وينقضي حق الرهن الحيازي، ويجتمع هذان الحقان في يد أجنبي إذا اشترى هذا الأجنبي ملكية العين المرهونة من مالكاها واشترى الدين المضمون بالرهن الحيازي، فيصبح الأجنبي مالكاً للحقين فتتحد الذمة وينقضي الرهن الحيازي [22](684).

ويذهب الفقه أن إتحاد الذمة – وقياساً على حال النزول عن حق الرهن- يجب ألا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، ويُضرب مثلاً حال قيام الدائن المرتهن برهن حقه المضمون بالرهن إلى شخص آخر ثم يكسب ملكية الشيء المرهون فهنا يتحقق اتحاد الذمة، ولكن الرهن لا ينقضي ولا يتعطل استعماله لأنه أصبح ضماناً لحق الدائن المرتهن الجديد[15](274).

كما يرى الفقه أن اتحاد الذمة لا يؤدي إلى انقضاء الرهن إذا كان للمالك مصلحة في الاحتفاظ بالرهن على العقار، كما إذا اشترى الكفيل العيني الدين المضمون بالرهن فاصبح الآن يملك الرهن فيزول الرهن باتحاد الذمة، ثم باع الدين وعلى ذلك، فينتقل حقه المضمون بالدين إلى الغير (المشترى) فإن الرهن يبقى، ويرجع الكفيل كفيلاً عينياً كما كان له عين مرهونة في الدين، ولكن صاحب هذا الدين شخص آخر هو الذي اشترى الدين مضمون بالرهن فيما قدمنا[15](275).

وكذلك لا ينقضي الرهن إذا زال اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي كما إذا فسخ العقد الذي اشترى به المرتهن العين[2](420). ومثالها أن يشتري المرتهن حيازة العين المرهونة فصار صاحب رهن حيازي وصاحب ملكية العين المرهونة، فاتحدت الذمة وانقضت 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 مالكا للعين المرهونة، ويزول اتحاد الذمة بأثر رجعي، ويعود المرتهن دائناً مرتهاً فحسب لا مالكا، وتعود الأمور كما كانت قبل اتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي، ويعود الرهن حافظاً قوته الأصلية، بعد أن كان قد زال باتحاد الذمة[22](686).

3.2.2.2. هلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون.

يزول الرهن إذا هلك الشيء أو انقضت الحق المرهون، لأن الشيء المرهون لم يعد له وجود، فيزول الرهن بزوال محله، والمقصود هنا الهلاك الكلي، أما إذا كان الهلاك جزئياً فإن الرهن يبقى على الجزء الباقي ويظل ضامناً لكل الدين إعمالاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن[23](441).

والشيء المرهون قد يهلك بخطأ الراهن، أو بخطأ المرتهن أو بسبب أجنبي، فإذا هلك بخطأ الراهن كان مسؤولاً عن الهلاك ودفع تعويضاً عنه يحل محل الشيء المرهون الهالك، وينتقل الرهن بذلك من الشيء المرهون إلى التعويض، وإذا هلك بسبب أجنبي، فإن كان هذا السبب هو خطأ الغير حل التعويض محل الشيء و انتقل إليه الرهن، وأن كان السبب القوة القاهرة أو القضاء والقدر لم يكن أحد مسؤول عن

التعويض، فلا يدفع تعويضاً، ويزول الشيء فيزول الرهن بزواله ، وعلى هذا الوجه ينقضي الرهن[22](687).

ولكن ينبغي التنبيه إلى أن حق الرهن قد ينتقل في هذه الحالة الأخيرة إلى مبلغ التأمين أن وجد.

ويقول الدكتور صبري السعدي: " ولكن القانون يقرر انتقال حق الدائن المرتهن عند إذن إلى ما يحل محل الشيء المرهون من حقوق، كالتعويض أو مبالغ التأمين أو مبالغ نزع الملكية وقد سبق بيان ذلك[15](275).

وإذا كان محل الرهن حق من الحقوق فإن الرهن يزول بانقضاء هذا الحق، كما لو كان المرهون حق انتفاع وانقضى بحلول أجله أو بموت المنتفع، فلا يخل هذا التنازل بحقوق الدائن المرتهن، ويبقى حق الانتفاع متقلاً بالرهن، لأنه لا يجوز للمنتفع أن يضر بإرادته بحق المرتهن[23](441).

4.2.2.2. التطهير.

يجب أن نؤكد ما سبق أن قلنا أن مشتري العقار المرهون رهن حيازة لا يعتبر حائزاً كما هو الحال في الرهن الرسمي وبالتالي ليس له أن يقوم بإجراءات التطهير لمجرد وجود الرهن الحيازي، لكن إذا كان العقار محمل بالإضافة إلى الرهن الحيازي برهن رسمي أو اختصاص أو امتياز مقيد، فيكون للحائز أن يطلب التطهير كما سبق أن رأينا، فإذا قبل الدائنون المقيدة حقوقهم على العقار، ومنهم الدائن المرتهن رهنًا حيازياً، العرض صراحةً أو ضمناً فيتطهر العقر من كل الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازي إذا قام الحائز بدفع ديون الدائنين في حدود القيمة التي عرضها أو أودع هذه القيمة خزانة المحكمة، وعلى ذلك فينقضي الرهن الحيازي ولو لم يحصل الدائن على كامل حقه[1](268).

5.2.2.2. البيع الجبري.

يؤدي البيع الجبري للعقر إلى تطهيره من جميع الحقوق المقيدة عليه بما في ذلك الرهن الحيازي، حيث يترتب على تسجيل حكم رسو المزاد أو التأشير به تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز و الاختصاص و الرهون الرسمية و الحيازية التي أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع، وأخبروا بتاريخ جلسته، ولا يبقى لهؤلاء إلا حقهم في الثمن، وعلى ذلك ينقضي الرهن الحيازي على العقار بالبيع الجبري،

ولو لم يستوف الدائن المرتهن كامل حقه بسبب مزاحمة دائنين آخرين أصحاب حقوق عينية تبعية على نفس العقار نافذة في مواجهته[23](442).

وهذه الرهون هي التي يصدق عليها القول أنها انقضت دون ان تنقضي الديون، وهذا النوع من التطهير نظمته المادة 939ق م ويلاحظ في هذا الصدد انه رغم اقتصار المادة على عبارة "... فإن حقوق الرهن على هذا العقار..."، إلا أن الفقه مستقر على شمول التطهير لكل الحقوق العينية التبعية، فهو يشمل أيضاً الرهن العقاري وحقوق التخصيص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة، ويترتب على بيع العقار بالمزاد العلني انقضاء كل حق عيني تبعي مقيد على العقار، سواء تم البيع في مواجهة المالك السابق أو الحائز أو الحارس التخلية، ويشترط لتمام تطهير العقار فضلا عن دفع الراسي عليه المزداد الثمن للدائنين الذين تسمح مرتبتهم بهذا أو إيداع الثمن الخزينة العامة، شهر مرسى المزداد أي شهر حكم إيقاع البيع[20](421).

وقد نصت المادة 2/764 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على ذلك بقولها: "...يترتب على قيد حكم رسو المزداد بالمحافظة العقارية تطهير العقار و/أو الحق العيني العقاري من كل التأمينات العينية".

الخاتمة:

لئن كانت التأمينات العينية حديثة الظهور، فإن الرهن العقاري أقدمها لتألف الناس على العمل به، نظراً لما كان يكتسبه هذا الأخير من ثقة واثمان، وما يبعثه في من راحة في نفوس المقرضين لاسترداد أموالهم، لا لشيء إلا لتعلقه بحياسة العقار، هذا الأخير الذي كان ولزال يلعب دوراً مهماً في رقي وازدهار الأمم، والمحافظة عليه. واستغلاله الاستغلال الأمثل هي من المقدرات عند الشعوب في كافة المعمورة، الشيء الذي جعل الرهن العقاري يمر بعدة مراحل صمد فيها وحافظ على خصوصيته الائتمانية، وقضى على الشروط المجحفة التي كان يخضع لها مالك العقار المرهون في حالة عدم وفائه بدينه عند حلول الأجل، ضف إلى ذلك ظهور الدائن المرتهن بمظهر المالك الذي قد ينخدع به الغير.

ولعل من أهم الانتقادات التي وجهة للرهن العقاري هو أنه يحرم المالك من استغلال ملكيته والانتفاع بها نظراً لأنه يتخلى عن حيازته للعقار، للدائن المرتهن أو لأجنبي. كما أنه يلقي بمسؤوليات على الدائن المرتهن، بالمحافظة على الشيء واستثماره، واستغلاله الاستغلال الأمثل حتى لا يحرم الراهن من فرصه في استرداد الدين في المدة المتفق عليها، وعدم تنفيذ هذا الالتزام قد يؤدي إلى فسخ الرهن وذهاب الضمان.

وفكرة الاستثمار قد تطرح إشكالات كبيرة إذا كان الدائن قليل الخبرة، أو قليل الدراية في هذا المجال خاصة مع تطور العقارات، وضرورة التخصص في بعض مجالات الاستثمار الفنية التي تفرسها طبيعة العقار، فلاحياً كان أو صناعياً أو خدماتي.

الشيء الذي جعل الكثير من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، لا يلجئون إلى هذا النوع من التأمينات العينية بالرغم من الضمانات التي يقدمها، أضف إلى ذلك أن البنوك المؤسسات المالية التي تعنى بمنح القروض وعمليات التسليف، غالباً ما تلجأ إلى الرهن الرسمي أو الرهون القانونية من أجل ضمان تحصيل قروضها، ذلك لأنها تخشى الأعباء التي يلقها الرهن العقاري في مقابل حيازة العقار، أو ربما لأن المشرع يلزمها بالجوء إلى الرهون القانونية، خاصة وأن أغلب هذه المؤسسات تابعة للدولة.

بالرغم من أن الرهن العقاري يخول الدائن المرتهن سلطات أوسع مقارنةً بغيره من الرهون الأخرى، فهو يخول للدائن المرتهن حيازة العقار وقبض ثماره، وخصمها من مبلغ الدين والمصاريف، كما له الحق

في حبس العقار حتى استيفاء دينه، ولا يحتج بإجراءات التطهير في مواجهته، كما له حق التقدم والتتبع إذا ما وجد دائنون آخرون أو انتقلت ملكية العقار لمالك آخر، كما أن الدين المضمون بالرهن العقاري لا يسقط بالتقادم، لأن ترك المدين الراهن للعقار في حيازة الدائن هو اعتراف بالدين ووقف للتقادم.

كما أن المدين الراهن يستطيع استرجاع عقاره متى رأى أن الدائن المرتهن لا يحافظ على عقاره أو لا يستثمره الاستثمار الأمثل، ويتحققهما لا يلقي لقضاء الدين بال طالما أن الدين يخصم من ريع العقار، وقد أعفاه المشرع من إثبات أن الدائن المرتهن لا يبذل العناية اللازمة للاعتناء بالعقار، وجعل عبء الإثبات يقع على الدائن المرتهن، أضف إلى ذلك أن للمدين الراهن أن يستأجر عقاره المرهون مقابل أجره يدفعها تخصم من مبلغ الدين. أو أن يعهد بحيازة العقار إلى أجنبي يعينه باتفاق مع الدائن المرتهن، وأحاط المشرع أيضاً المدين الراهن بضمانات في حالة عدم وفائه بدينه، واختار الدائن المرتهن التنفيذ على العقار، ومنها وجوب احترام إجراءات البيع بالمزاد العلني، ومنع الدائن المرتهن من تملك العقار بإجراءات الطريق الممهّد.

إلا أن المشرع الجزائري لم يُفعل هذا الرهن بدليل أنه لم يتطرق له في أي صيغة من صيغ الاستثمار السكني أو الصناعي أو حتى الزراعي، بالرغم ما تواجهه بلادنا من أزمات في قطاع السكن وصعوبات التمويل العقاري، خاصة في إنجاز المشاريع السكنية، مما يجعل الدولة تتحمل الجزء الكبير منها، الشيء الذي يثقل كاهل الخزينة العمومية. كما أن المواد القانونية التي تنظم هذا الرهن جاءت مقتضبة الشيء الذي أدى إلى غموض هذا الأخير وعدم وضوح نظامه القانوني.

كما أن النقائص والفراغات القانونية التي أغفلها المشرع جعلت من هذا النظام يبدو ناقص الفعالية مقارنة بالأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي، ومن أهمها أن المشرع أغفل الإحالة إلى المادة 892 ق م المتعلقة بمبدأ عدم تجزئة الرهن، خاصة أن هذا المبدأ جوهرى، كما أن المشرع لم ينص صراحة على رسمية عقد الرهن العقاري كما فعل في الرهن الرسمي، بالرغم من أن الرسمية مستقاة من نصوص أخرى كما رأينا، وكذلك الأمر بالنسبة للمادة 886 ق م التي تتعلق بتعيين العقار إذا أنه لا توجد إحالة لهذه المادة.

كما أن المشرع سكت عن الأهلية اللازمة لإبرام عقد الرهن العقاري لكلا طرفيه، ولم يفصل المشرع فيها كما فعل في الرهن الرسمي، ولم يحل على هذه الأحكام. كما لا نجد إحالة على نص المادة 884 ق م التي توجب ملكية الراهن للعقار المرهون.

وللأسف الشديد بقي هذا الرهن غير معمول به في بلادنا بالرغم من الضمانات التي لاحظناها لكلا طرفيه، ويرجع ذلك ربما لجهل الناس بأحكامه القانونية، أو أنه لم يولى بالدراسة القانونية الكافية، الشيء

الذي يساعد المشرع على الاهتمام به وتعديل أحكامه بما يتماشى والمستجدات الاقتصادية، أسوة بتشريعات الدول الأخرى.

وفي الأخير لا يفوتنا أن ننوه إلى أنه يمكن تفعيل الرهن العقاري نظراً للضمانات التي يتميز بها، والطبيعة التقنية له، في الكثير من الصيغ المستحدثة في البناء والتعمير، والترقية العقارية بمختلف صيغها، وجعله مصدراً لتمويلها وضمان القروض، خاصة مع إمكانية تأجير العقار للمدين الراهن. بل أكثر من ذلك يمكن إعماله في مجال الاستثمارات الصناعية والفلاحية، خاصة وأنه يُمكن تفادي عدم الخبرة في استثمار العقار بمنح الحيابة إلى شخص أكثر خبرة ودراية، باتفاق المتعاقدين كما رأينا.

قائمة المراجع:

- 1- د/ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 2- د/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، ط3، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1978.
- 3- الآية رقم 283 سورة البقرة.
- 4- د/ صابر محمد سيد، تبعية الرهن للدين المضمون دراسة مقارنة، دون ط، دار الكتب القانونية ودار شتات لنشر البرمجيات، مصر، 2009.
- 5- د/ محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ط2، دار بغداد لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 6- د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، دون ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1996.
- 7- د/ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 8- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمينات العينية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.
- 9- سورة المدثر الآية 38.
- 10- سورة البقرة الآية 273.
- 11- الأمر 58/75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج - ر، عدد 78.

12- إبراهيم غانم، رسالة ماجستير بعنوان نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني و التجاري الجزائري، جامعة الجزائر، جانفي 1985.

13- د/محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج2، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011.

14- أ د/ محمد ووحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

15- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دون ط، دار الهدى، الجزائر، 2010.

16- Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLMAN, traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles, éd Delta, LGDJ, Paris, 1997.

17- Michel CABRILLAC et Christian MOULY, droit des sûretés, 7^{éd} Paris 2004.

18- د/ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

19- جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دون ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

20- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دون ط، دار هومة، الجزائر، 2009.

21- د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، التأمينات العينية في القانون المصري المقارن، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

22- د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني التأمينات العينية، جزء 10، دون ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

- 23- د/ محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 24- المرسوم 63-76 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 1976/03/25، ج - ر، عدد 30.
- 25- د/ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دون ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 26- د/ علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني- الحقوق العينية-، ط8، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 27- د/همام محمد محمود زهران، التأمينات العينة والشخصية، دون ط، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 28- د/ بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 29- قانون رقم 10-02 مؤرخ في 2002/12/14 يعدل ويتمم القانون رقم 10-91 المؤرخ في 1991/04/27 والمتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم ج-ر عدد 83.
- 30- د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج4 في الحقوق العينية، ط3، دار الكتب القانونية، مصر، 1995.
- 31- مرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج - ر، عدد 30.
- 32- د/ سي يوسف زاهية، عقد الرهن الرسمي، دون ط، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2006.
- 33- د/ رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها -، دون ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

34- المرسوم التنفيذي 254-91 المؤرخ في 1991/07/27 يحدد كفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها
ج - ر عدد 36.

35- القانون رقم 25-90 المؤرخ في 1991/11/18 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم ج - ر
عدد 49.

36- أ/ سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، ط1، دار هومة للطباعة والنشر
والتوزيع، الجزائر، 2004.

37- د/ محمودي عبد العزيز و حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية
في القانون العقاري الجزائري، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2012.

38- د/ حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها-، ط3،
منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.

39- marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, droit civil, sûretés, publicité foncière,
éd Dalloz, paris, 2002.

40- مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،
1991.

41- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية،
الجزائر، 2003.

42- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دون ط، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع،
الجزائر، 2004.

43- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل
العقاري ج - ر عدد 92.

44- مذكرة عامة رقم 1848 بتاريخ 2007/03/11 عن المديرية العامة للأموال الوطنية، متعلقة بمدة نفاذ قيد الرهن العقاري.

45- المرسوم 47-77 المؤرخ في 1977/02/19 يتعلق بتجديد قيود الامتياز والرهن العقاري لفائدة بعض المؤسسات والجماعات المحلية، ج ر عدد 16.

46- د/ محمد كمال مرسى باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

47- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج - ر عدد 22.