

من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن) ، كما يجيزه إقرار المالك الحقيقي أو انتقال الملكية منه إلى الداع أو الراهن . وإذا كان العقار المرهون مستقبلاً معيناً بالذات وغير مملوك لراهن ، فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً نسبياً . أما إذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات . واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار . فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً . لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن . ولم ير المشروع إدخال أى استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد في التشريع الفرنسى (انظر م ٢١٣٠ - ٢١٣١ من هذا التقنين)^(١) .

ونتكلم هنا في رهن ملك الغير رهناً رسمياً . لا في رهن المال المستقل . ويلاحظ أن التقنين المدنى الفرنسى لم يرد فيه نص في هذا الموضوع . ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يذهبان إلى أن الرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً . ولم يكن هناك نص صريح في هذا المعنى في التشريع المدنى المصرى السابق . فكان الفقه والقضاء في مصر يتبعان الفقه والقضاء في فرنسا ويذهبان إلى أن الرهن الرسمى في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد ميز ما بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقل ، فجعل الأول قابلاً للإبطال والثانى باطلاً . فنستعرض هذه التقنيات الثلاثة . ووجه خاص التقنين المدنى المصرى الجديد .

١٣٦ - رهن ملك الغير في التقنين المدنى الفرنسى : يجب . حتى يكون الرهن الرسمى صحيحاً في التقنين المدنى الفرنسى . أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون ، أو صاحباً للحق العقارى الذى برهنه . وقد نصت المادة ١/٢١٢٩ من هذا التقنين على أنه لا يوجد رهن رسمى اتفاقى صحيح إلا ما ينشئه المدين على عقاراته ، ثم تضيف المادة ٢/٢١٢٩ أن الأموال

المستقبل لا يجوز رهنها رهنًا رسميًا ، وهذا النص الأخير يمنع رهن الأموال المستقبلية رهنًا رسميًا سواء كان العقار غير معين أو كان معيناً^(١) .

ويذهب القضاء والفقهاء في فرنسا إلى أن بطلان رهن ملك الغير رهنًا سميًا هو بطلان مطلق لا بطلان نسبي ، ويبقى البطلان مطلقاً حتى لو كسب الراهن غير المالك ملكية العقار فيما بعد ، وفي هذه الحالة لا يستطيع الراهن أن يرهن العقار إلا بعد أن يتملكه ومن وقت أن يتملكه^(٢) .

ولما كان بطلان الرهن الرسمي الصادر من غير مالك العقار المرهون بطلاناً مطلقاً ، جاز أن يتمسك به مالك العقار المرهون نفسه وخلفه^(٣) . كما يجوز أن يتمسك به كل شخص له مصلحة في ذلك ، فيتمسك به الدائنون الشخصيون للراهن^(٤) ، وكذلك الغير الذي باع له الراهن أو وهب أو رهن العقار الموهوب بعد أن أصبح هذا العقار ملكاً له^(٥) .

(١) جيوار ٢ فقرة ٩٣٧ - فقرة ٩٣٨ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٤ وهامش ٤ - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٤ - فقرة ١٣٠٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٧٤ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٤ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٣٢٧ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٤٣٣ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٤ وهامش ٣ مكرر - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٦ وفقرة ١٣٠٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٧٥ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٩ - بيدان وثواران فقرة ٧٨١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٤ .

(٣) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ هامش ٧ - بودري ودي لوان ٢

فقرة ١٣١١ .

(٤) بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١٢ .

(٥) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٦٦ وهامش ٨ - بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣١٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٦٧٤ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٤٦ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٩ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١

ويتميز الفقه والقضاء في فرنسا بين رهن ملك الغير رهنًا رسمياً وهو باطل وبين ملك الغير وهو قابل للإبطال (م ١٥٩٩ مدني فرنسي) ، فلا يجوز أن يتمسك بقابلية بيع ملك الغير للإبطال إلا المشتري ، وتزول هذه القابلية للإبطال إذا أقر المالك البيع أو أصبح البائع مالكا للعقار المبيع^(١) .

١٣٧ - رهن ملك الغير في التقنين المدني المصري السابق : سار

الفقه والقضاء في مصر ، في عهد التقنين المدني السابق ، في انطريق الذي سار فيه الفقه والقضاء في فرنسا فيما يتعلق ببطلان رهن ملك الغير رهنًا رسمياً . فكانا يقضيان بأن هذا الرهن الرسمي يكون باطلا ، وكأنا يستندان في ذلك إلى نصين في التقنين المدني السابق لا يعرضان بالذات إلى رهن ملك الغير ، فكانت المادة ٦٨١/٥٥٧ تنص على أنه « لا يثبت رهن العقار إلا بموجب عقد رسمي . . . بين الدائن ومالك العقار تأمينا لوفاء الدين » . وكانت المادة ٦٨٧/٥٦٣ تنص على أن « رهن العقارات التي تؤول إلى الراهن في المستقبل باطل » . فالنص الأول يقضى بأن من يرتب الرهن على عقار يجب أن يكون مالكا لهذا العقار ، ويقضى النص الثاني ببطلان الرهن الذي يصدر من شخص لا يملك العقار المرهون ولو اعتقد الراهن أن هذا العقار ستؤول ملكيته إليه في المستقبل . فكان الفقه والقضاء يجعلان الرهن الرسمي الصادر من غير مالك العقار المرهون باطلا بطلاناً مطلقاً ، لا فرق في ذلك بين عقار معين بالذات مملوك للغير وعقار غير معين بالذات سيؤول إلى الراهن في المستقبل^(٢) . والذي حمل الفقه والقضاء في مصر على هذا

(١) نقض فرنسي ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٤٣٤ - ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٩٧ - بلانبول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢١ ص ٤٥٦ .

(٢) دى هلتنس في الرهن الرسمي فقرة ٣٠ - ج. انمولان فقرة ٣٠٩ - استئناف مغلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٩ .

النهج تقليدهما للفقهاء والقضاء في فرنسا ، كما سبق القول .
وقد أغفلت محكمة الاستئناف المختلطة . أنه لا يوجد فرق بين رهن ملك الغير رهناً رسمياً وبيع ملك الغير . إذ كانت تقضى بأن بيع ملك الغير^(١) قابل للإبطال لا باطل . وإذا كانت قد قضت في أول عهدها بأن رهن ملك الغير رهناً رسمياً يجب اعتباره قابلاً للإبطال لا باطلاً . قياساً على بيع ملك الغير^(٢) . إلا أنها هجرت هذا الحكم وجنحت إلى اعتبار رهن ملك الغير رهناً رسمياً باطلاً بطلاناً مطلقاً على النحو الذي رأيناه^(٣) .

١٣٨ - بطلان بيع ملك الغير في التقنين المدني المصري الجديد :

رأينا فيما تقدم^(٤) أن التقنين المدني المصري الجديد أراد أن يسوى بين حكم بيع ملك الغير ورهن ملك الغير ، فجعل كلا منهما قابلاً للإبطال لا باطلاً . وقد أورد من النصوص ما هو صريح في هذا المعنى .

ففي البيع ، نص في المادة ٤٦٦ على أنه « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأثر

— بل ذهبت محكمة الاستئناف لتنظير حكم لها إلى أن رهن ملك الغير رهناً رسمياً غير موجود (*inexistent*) ، لأن النص الفرنسي للمادة ٦٨١ من التقنين المدني المختلط يقول :
"Le droit d'hypothèque n'existe que quand il a été stipulé .. contre le créancier et le propriétaire"
(استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٩٣٧ م ٩ ص ٢٤١) .

(١) وإلى هذه الحجة يضيف الأستاذ سليمان مرقس حجتيْن أخريَيْن : (أ) إن المادة ٥٥٧ / ٦٨١ من التقنين المدني السابق إنما قررت بطلان الرهن الرسمي بطلاناً مطلقاً جزاء لعدم تحريره في عقد رسمي ، ولا يوجد ما يدل على أن المشرع قصد أن يجعل هذا البطلان جزاء لعدم ملكية الراهن للمقار المرهون أيضاً . (ب) إن المادة ٥٦٣ / ٦٨٧ ، عندما جمعت الرهن الرسمي باطلاً ، قررت ذلك جزاء لمخالفة مبدأ تخصيص الرهن ، أما إذا رهن شخص عقاراً معيناً قبل أن يملكه فإن علة البطلان هنا تكون متعمدة لأن مبدأ تخصيص الرهن في هذه الحالة لا يتخلل (سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦١) .

(٢) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللى على المادة ٣٣٣ نبذة ١ .

(٣) سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

كذلك لو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل . وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشتري العقد .
ونص في المادة ٤٦٧ على أنه ١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري . ٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري ، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

وفي الرهن ، رأينا (١) أن الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ تنص على أنه « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون . فان عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الإقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن » .

وهذه النصوص صريحة في أن رهن ملك الغير رهناً رسمياً حكمه هو نفس حكم بيع ملك الغير ، كلاهما قابل للإبطال لا باطل . فإذا رهن شخص عقار غيره رهناً رسمياً ، فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال ، سواء كان الراهن لا يعلم بعدم ملكيته للعقار أو كان يعلم ، وسواء كان الدائن المرتهن لا يعلم كذلك أو يعلم . ففي جميع هذه الأحوال يكون رهن ملك الغير رهناً رسمياً قابلاً للإبطال لا باطلاً ، وهو قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن لا لمصلحة الراهن . ومن ثم يجوز للدائن المرتهن أن يطالب بإبطال الرهن . فيبطل . وكذلك يجوز للمرتهن أن يجيز عقد الرهن الرسمي ، فيصبح هذا العقد صحيحاً بإجازة الدائن له . ولكن ليس معنى ذلك أنه يسرى في حق مالك العقار الحقيقي ، فإن هذا يبتى أجنبياً عن العقد لا صلة له به . وعلى ذلك حتى لو أجاز الدائن المرتهن العقد ، فليس معنى ذلك أن حق الرهن الرسمي ينشأ لمصلحته ، بل إن هذا الحق لا ينشأ إلا إذا أقر المالك الحقيقي

عقد الرهن بورقة رسمية^(١) ، أو إذا أصبح الراهن مالكا للعقار المرهون ومن وقت ملكيته له لا قبل ذلك .

فرهن ملك الغير رهنا رسمياً ، كبيع ملك الغير ، ينشأ أولاً قابلاً للإبطال . وفي هذه الفترة يبقى عقد الرهن قائماً فيما بين الراهن والدائن المرتهن ، ولكنه لا ينفذ في حق المالك الحقيقي . فإذا أبطله الدائن المرتهن ، زال واعتبر كأن لم يكن . أما إذا أجازاه ، فإنه ينقلب صحيحاً فلا يعود للدائن المرتهن حق إبطائه ، ولكنه لا ينشئ حق رهن رسمي لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز في هذه الحالة للدائن المرتهن أن يطلب فسخ العقد ضد الراهن ، فإذا فسخ العقد زال بأثر رجعي . ويجوز كذلك أن يقر للمالك الحقيقي العقد ، وعند ذلك لا يصبح العقد صحيحاً فحسب ، بل أيضاً ينشئ حق رهن رسمي من وقت وجوده لمصلحة الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً أن تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الراهن ، وعند ذلك ينشئ العقد ، وقد أصبح صحيحاً كما قدمنا ، حق رهن رسمي لمصلحة الدائن المرتهن ، ولكن من وقت انتقال ملكية العقار المرهون إلى الراهن .

ونحن فيما قدمناه إنما نقيس رهن ملك الغير رهناً رسمياً على بيع ملك الغير ، وننقل أحكام الثاني إلى الأول في غير عناء^(٢) . ويبقى بعد ذلك أن نوضح قابلية رهن ملك الغير رهناً رسمياً للإبطال ، بعد أن سبق أن أصلنا ذلك في بيع ملك الغير^(٣) . وتأسيس القابلية للإبطال واحد في بيع ملك الغير

(١) وقد رأينا فيما تقدم (انظر آتياً فقرة ١٣٥ في الماشئ) أن لجنة مجلس الشيوخ ضاقت عبارة « بورقة رسمية » لأن الرهن لا يتم إلا باستيفاء الرسمية ، فن الواجب أن ينسحب هذا الحكم على إقرار المالك للرهن فيما لو كان الرهن قد صدر من شخص آخر .

(٢) انظر مع ذلك فيما يوجهه بعض الفقهاء من انتفاء حكم القابلية للإبطال لرهن ملك الغير وعصران هذا الحكم من الاستجابة إلى أحكام رهن ملك الغير : شمس الدين الأوكيل حفرة ٤٠ ص ٨٨ - ص ٩٤ .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١٥٥ - فقرة ١٥٨ .

وفي رهن ملك الغير رهناً رسمياً ، فالبيع والرهن من أعمال التصرف ،
فالتأصيل يكون واحداً في الحالتين .

وهناك نظريتان لتأصيل القابلية للإبطال في كل من الحالتين ، قال
بإحداهما الأستاذ سليمان مرقس ، وقال بالنظرية الثانية الأستاذ شفيق شحاتة .

قال الأول بأن بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً
لاستحالة المحل استحالة مطلقة ، ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول
العقد الباطل . فيتحول بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من
بيع ناقل للملكية فوراً أو من رهن منشيء لحق الرهن فوراً إلى بيع أو رهن
منشيء للالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف
إلى ذلك لوعلمنا أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب انعدام الملكية . وانصراف
نية البائع أو الراهن المحتملة إلى تحول العقد على هذا النحو مفروض فرضاً غير
قابل لإثبات العكس ، أما انصراف نية المشتري أو الدائن المرتهن إلى ذلك
فمفروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك المشتري أو الدائن المرتهن
بإبطال البيع أو الرهن فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول^(١) .
ونأخذ على هذا الرأي أمرين : (أولاً) القول بأن بيع ملك الغير أو رهن
ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض مع نص صريح من
نصوص التقيين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن
بيع ملك الغير ورهن ملك الغير كلاهما قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً .
(ثانياً) والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشيء للالتزامات
يتعارض مع نظرية التحول المعروفة ، فهذه تقتضي أن نية المتعاقدين كانت
تنصرف وقت العقد إلى العقد الجديد لا إلى العقد الباطل ، ونية المشتري
أو الدائن المرتهن تستعصى على هذا التأويل . فإما أن تكون هذه النية قد
انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية فلا يجوز إثبات العكس ،

(١) سليمان مرقس ، رهن ، بقرة ٤٣ ص ٦٦ - ص ٦٧ .

وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أو للدائن المرتهن أن يطلب إبطال البيع أو الرهن . أو ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الحديد فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع أو الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا ما يتعارض مع النص الصريح (١) .

وقال الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني » ما يأتي : « وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق بيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً ... والعقد الموقوف بتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين ونسبته إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد بطل معنوم الأثر كما كان . وقد أخضع القانون المدني الحديد عقد الرهن الصادر من غير مالك للحكم ببيع ملك الغير وينبغي على ذلك أن الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقداً موقوفاً ، لا صحيحاً ولا باطلاً . ولو تم قيد الرهن بناء على العقد ، فإن أثر القيد بطل متوتراً هو الآخر على الإقرار . ولا ينشأ الرهن إلا إذا أقره المالك الحقيقي ، أما إذا لم يقره فان الرهن لن يتحقق له وجود (٢) . ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي : (أولاً) لو كان بيع ملك الغير أو رهن ملك الغير موقوفاً ، لما أنتج أي أثر قبل أن يجزه المالك الحقيقي كما تقضى بذلك أحكام الفقه الإسلامي . ولكن كلا من العقدين ينتج أثره في الحال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري أو الدائن المرتهن إبطاله . ثم إن المشتري والدائن المرتهن يملك كل منهما الإجازة ، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجزه

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٦ .

(٢) شفيق شحاتة في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ٩٢ - فقرة ٩٣ .

إلا المالك الحقيقي . (ثانياً) نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصري نقلاً عن الفقه الإسلامي باعتباره مصدرًا من مصادر هذا القانون (م ٢/١ مدني) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بالفقه الإسلامي في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من ذلك . أما هنا فيوجد نص تشريعي صريح يجعل كلا من بيع ملك الغير ورهن ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة لإعمال النص الصريح (١) .

وكما قلنا في بيع ملك الغير ، نقول هنا أيضاً إنه لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء في تأصيل رهن ملك الغير ، إلا أن نتلمس العلة في هذا البطلان ، فهي منافية للعقد لطبيعة الرهن . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . إذ أن سبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ جواز إبطال رهن ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للإبطال لا كاشف عنه ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن رهن ملك الغير قابل للإبطال . بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للنسخ ، كما قيل ذلك في إيجار ملك الغير حيث لا يوجد نص يقرر الإبطال . فلا بد إذن من القول بأن جواز إبطال رهن ملك الغير ، كجواز إبطال بيع ملك الغير ، هو إبطال خاص لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة (٢) .

(١) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٤٧ .

(٢) انظر الوسيط ٤ فقرة ١٥٨ .

١٣٥ - رهن الملك المستقبل - نص قانوني : تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٣ مدني على ما يأتي :

« ويقع باطلا رهن المال المستقبل » (١).

وقد سبق أن بينا الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل ، فإذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن (٢).

وعلة بطلان رهن المال المستقبل بطلاناً مطلقاً ليست هي عدم ملكية الراهن للعقار المرهون ، فقد رأينا أن رهن ملك الغير يكون قابلاً للإبطال لا باطلاً . ولكن العلة هي عدم تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً ، فيكون بطلان رهن المال المستقبل هو جزاء لمخالفته مبدأ التخصيص . وقد أراد المشرع حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقبل (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٧ من المشروع التمهيدى حل الوجه الآتي : « يكون الرهن باطلاً إذا وقع على أموال مستقبلة ، ما لم يكن العقار المرهون مميّناً بالذات ، ففي هذه الحالة تسرى أحكام المادة ١٤٤٠ . » وقررت لجنة المراجعة حذف هذه المادة . ولكن مجلس النواب أضاف فقرة جديدة (إل المادة ١٠٣٣ مدني) ضمنها حكم رهن المال المستقبل ، حل الوجه الذي استقرت عليه في التفتين المدني الجديد ، حتى يظهر الفرق بين رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل فالأول قابل للإبطال والثاني باطل ، وذلك تحت رقم المادة ٢/١١١٤ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠٣٣ / ٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٣ - ص ١٧) .

ويتأهل النص في التفتين المدني السابق م ٥٦٣ / ٦٨٧ : رهن استقارات التي تقول إلى الراهن في المستقبل باطل .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٥ .

(٣) بيدان وثوران ٣ فقرة ٨٠٨ .

وعلى ذلك يجب قصر رهن المال المستقبل على الأحوال التي يكون فيها العقار المرهون غير معين تعييناً كافياً ، أما إذا كان العقار معيناً تعييناً كافياً فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال لأنه يكون رهناً لملك الغير^(١) .

فرهن ما لا يملكه الراهن إنما يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن العقار المرهون غير معين ، لا لأنه غير مملوك للراهن^(٢) . فلا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً رهن العقار المعين بالذات ، ولو لم يكن مملوكاً للراهن . وعلى ذلك إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه حسب تقديره من عقار ، كان هذا رهناً لمال مستقبل وباطلاً بطلاناً مطلقاً . أما إذا رهن ما لا معيناً بالذات ، وقصد أن يكون الرهن فوراً ، وكان لا يملك العقار المرهون ، كان هذا رهناً لملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال .

١٤٠ - رهن المالك الظاهر : المالك الظاهر للعقار المرهون ليس

بمالك حقيقي له ، ومن ثم يكون الرهن الصادر منه صادراً من غير مالك . ولو أننا طبقنا في هذا الصدد قاعدة إبطال رهن ملك الغير ، لوجب اعتبار الرهن الصادر من المالك الظاهر قابلاً للإبطال وغير سار في حق المالك الحقيقي ، ولجاز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال عقد الرهن . ولو أنه لم يطلب ذلك بل لو أجاز عقد الرهن الرسمي ، لما أنتج هذا العقد حق رهن للدائن المرتهن ، ما لم يقر المالك الحقيقي عقد الرهن أو ما لم تنتقل ملكية العقار المرهون إلى المالك الظاهر . ولكن الرهن الرسمي الصادر من المالك الظاهر لا تنطبق عليه هذه القواعد ، لأن المالك الظاهر وإن كان غير مالك حقيقي يظهر أمام الناس أنه هو المالك . فإذا ما تعامل معه الغير ، معتقداً بحسن نية أنه هو المالك الحقيقي ، أجاز القانون هذه المعاملة ، وسمح للغير بحسن النية الذي ارتهن

(١) سليمان مرقس نقرة ٣١ ص ٤٥ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي نقرة ٢١٥ - سليمان مرقس نقرة ٣١ ص ٤٦ .

العقار من المالك الظاهر بالتمسك بهذا الرهن . ونستعرض فئات ثلاثاً لهذا المالك الظاهر ، وهم الوارث الظاهر ، والمالك الظاهر بسند صوري ، والمالك الظاهر كاسم مستعار .

فالرهن الرسمي الذي يرتبه الوارث الظاهر (أو الموصى له الظاهر) على العقار الذي ورثه ظاهر أبكون رهناً صحيحاً ، ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ما دام أنه حسن النية ، أي يعتقد وقت أن تعاقد على الرهن أن الوارث الظاهر هو الوارث الحقيقي للعقار . وله في هذه الحالة أن يتمسك بالرهن ضد الوارث الحقيقي ، وأن يحتج بالقاعدة التي تقضي بأن الغلط السائع يولد الحق (error communis facit jus) (١) .

ويختلف المالك الظاهر بسند صوري عن الوارث الظاهر في أن سند ملكية الأول هو عقد صوري يحرر به عادة سند صوري كبيع أو هبة ، في حين أن سند ملكية الآخر هو الميراث وليس حقيقياً . ولكن المالك الظاهر بسند صوري كالوارث الظاهر معروف بين الناس أنه هو المالك للعقار المرهون ، ولذلك يصح تعامله مع الغير إذا كان هذا الغير وقت التعامل يعتقد بحسن نية أنه تعامل مع المالك الحقيقي للعقار . فإذا باع شخص لآخر

(١) نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ والاوز ١٩٠٠ - ١ - ٣٣ - ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي پاليه ١٩٤٠ - ٢ - ١٥٠ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ الأسبوع القضائي ١٩٤٦ - ٢ - ٣١٢٥ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ - بودري ودي لوان ٢ فقرة ٣٠٣ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٥٠ - چوسران ٢ فقرة ١٩٩٠ - بيدان وثواران فقرة ٧٨٠ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

وانظر في هذا المعنى أيضاً شمس الدين الوكيل فقرة ٤٦ ص ١٢٦ - ص ١٣١ - وانظر مع ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ ص ٧٣ - ص ٧٤ (ويذهب إل عدم جواز الاحتجاج بتصريف الوارث الظاهر على الوارث الحقيقي لصدوره من غير مالك) - عز الدين عبد الله في حماية خاصة بالدائن المرتهن في القانون المصري ص ٣٠٨ (ويستبعد الأخذ بنظرية الوارث الظاهر لأنها نظرية مجهولة في القضاء المصري) .

عقاراً بعقد صوري ، واحتفظ بورقة ضد (contre-lettre) هي العقد الحقيقي الذي يثبت أن عقد الشراء الذي يوجد عند المشتري ليس إلا عقداً صورياً ، فإن المشتري يعتبر مع ذلك في نظر الناس أنه قد اشترى العقار ، وأنه قد ملكه إذا كان قد سجل عقد الشراء . فمن يتقدم إلى هذا المشتري ليتعامل بحسن نية معه في العقار . كأن يرهنه منه . يجب أن يحمي وإن كان قد ارتهن العقار من غير مالك . ولا يجوز تطبيق قواعد رهن ملك الغير في هذه الحالة ، بل يجب اعتبار الرهن صحيحاً كأنه صادر من المالك . وقد نصت المادة ٢٤٤ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - إذا أبرم عقد صوري ، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص . متى كانوا حسني النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري . ٢ - وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأوليين » . ونرى من ذلك أن المالك الظاهر بسند صوري من حق الناس حسني النية أن يعتبروا أنه هو المالك الحقيقي ، وأن يتعاملوا معه على هذا الأساس ، فإذا تقدم شخص حسن النية وارتهن العقار من المالك الظاهر بسند صوري ، كان الرهن صحيحاً كما قدمنا ، وجاز للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن ، لا قبل المالك الظاهر وحده . بل أيضاً قبل المالك الحقيقي ومن تعامل معه . فإذا رهن المالك الحقيقي العقار ، ولو لشخص حسن النية ، فإن الدائن المرتهن من المالك الصوري هو الذي يصح رهنه (١) .

بقي الاسم المستعار ، وهذا أيضاً مالك ظاهر وليس بمالك حقيقي . فإذا

(١) نفض فرنسي ٢٥ يناير سنة ١٨٤٧ دالوز ٤٧ - ٤ - ٣٤٢ - ٢٠ يولية سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ١٢ - أول مايو سنة ١٩٣٩ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ - ١٧٥٠ - بودري ودتي لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ - ١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٣٦٧٣ - كولان وكايبشان ودتي لامورانديير ٢ فقرة ١٧٥٠ - سمير تناغر فقرة ٢٢ ص ٧٠ - وانظر عكس ذلك أوبري ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٧٣ وهاش ٢٥ مكرر .

أعطى شخص لآخر توكيلاً لشراء منزل له ، فاشترى الوكيل باسمه هو لا باسم موكله متفقاً معه على ذلك ، فإن الوكيل يصبح مالكاً للمنزل أمام الناس . وهو اسم مستعار (prête-nom) لا مالك حقيقي . فإذا تعامل معه شخص حسن النية يعتقد أنه هو المالك ، وارتهن منه المنزل ، فإن الرهن يكون صحيحاً ، وبسبب أن يتمسك به الدائن المرتهن قبل الاسم المستعار وقبل المالك الحقيقي ومن يخلفه لنفس الاعتبارات التي ذكرناها (١).

ولكن مالك العقار يستطيع . إذا باعه ولم يسجل البيع ، أن يرهن العقار لأنه لا يزال مالكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً إذا قيد قبل أن يسجل البيع (٢).

١٤١ - رهن المشتري للعقار قبل تسجيل عقد شرائه : وإذا اشترى

شخص عقاراً ولم يسجل عقد الشراء ، فإن ملكية العقار لا تنتقل إليه لعدم التسجيل . فإذا رهن المشتري العقار قبل التسجيل ، فإن الرهن يعتبر صادراً من غير مالك ، ويكون قابلاً للإبطال باعتباره رهناً لملك الغير (٣) .

(١) نقض فرنسي ١٧ يولييه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٨ - ١ - ١١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٣٩٦ - ٣٣ مارس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ١١٤ - ١٢ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ١ - ٣٧٢ - ولكن انظر نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ - ٢٥٩ - ومن الرأي السائد بودري ودي لوان ٢ فقرة ١٣٠٣ - ١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٢ .

(٢) بودري ودي لوان فقرة ١٢٩٥ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢٦ ص ٤٦٤ .

(٣) وقد كان عقد الرهن يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً قبل التقنين المدني الجديد ، لأن رهن ملك الغير كان يعتبر باطلاً في عهد التقنين المدني السابق كما قدمنا (انظر استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٦٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٧) . وإذا سجل الراهن عقد شرائه ، فإن هذا التسجيل لا يجوز للدائن المرتهن التمسك برهنه وقيدته حتى من تاريخ هذا التسجيل (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٨ - ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤) .

وعلى ذلك يجوز للدائن المرتهن أن يطلب إبطال العقد فيعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يجوز لهذا الدائن أن يطلب فسخ عقد الدين إذا كان الرهن شرطاً جوهرياً فيه . ويجوز أيضاً ، إذا أقر مالك العقار (وهو البائع له قبل تسجيل البيع) الرهن ، أن ينقلب عقد الرهن صحيحاً ، وأن ينشأ حق الرهن لصالح الدائن المرتهن . ويجوز أخيراً ، إذا سجل المشتري عقد شرائه فأصبح مالكاً للعقار . أن يصبح عقد الرهن صحيحاً ، وأن ينشأ الرهن لصالح الدائن المرتهن من وقت سيرورة المشتري مالكاً ، أى من وقت تسجيل عقد الشراء (١) .

١٤٢ - رهن الوارث قبل سداد ديونه الشركة : وقد نص قانون

الشهر العقاري (م ١/١٣) على وجوب شهر حق الإرث ، وإلى أن يتم هذا الشهر لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من حقوق الشركة . وأوجب قانون الشهر العقاري (م ٢/١٤) التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل حق الإرث . وجعل هذا التأشير بالدين يمتنع به من تاريخ حصوله ، إلا إذا تم في خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث فيكون عندئذ للدائن أن يمتنع بخقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التسجيل .

وعلى ذلك إذا لم يسجل الوارث حق إرثه ، ورهن عقاراً في الشركة ، لم يجوز للدائن المرتهن أن يقيد حق الرهن . فلم يعد للرهن أثر بالنسبة إلى الغير .

أما إذا سجل الوارث حق إرثه ، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يقيد حق الرهن . ويحتج به على الوارث ودائنيه وعلى دائني الشركة إذا أشر هؤلاء الدائنون بحقوقهم بعد سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه . أما إذا

(١) انظر في ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٥ .

أشروا بحقوقهم في خلال سنة من تسجيل الوارث لحق إرثه ، فإنهم يتقدمون
بديونهم العادية على الدائن المرتهن (١) .

١٤٣ - رهن من تقرر بعد الرهن بإبطال سند ملكيته أو فسخه أو

إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٤ ملذ
على ما يأتي :

« يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر
إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا
الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن (٢) » .

(١) انظر فى ذلك سليمان مرقس فقرة ٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤١ من المشروع التمهيدي حل وجه
مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، إلا أن نص المشروع التمهيدي كان يتضمن
فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ويكون صحيحاً كذلك الرهن الصادر من غير المالك ،
إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزاً للمقار المرهون منذ خمس سنوات ، حل أن يثبت
الدائن المرتهن أن لديه أسباباً مقبولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للمقار المرهون » . وفى
لجنة المراجعة ، حذف هذه الفقرة الثانية « لأن حكمها تنطرف فى مخالفة القواعد العامة لغير
سوغ » ، وأقرت الفقرة الأولى وأصبح رقمها ١١٢٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس
النواب حل النص تحت رقم ١١١٥ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٤ (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٨ - ص ٢١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق نصراً عديدة هى ما يأتي :

م ٢٧ / ٤٦ : ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له أو بترك المنتفع حقه فيه
أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع أو باستعماله استعمالاً غير جائز ، هذا مع مراعاة
حقوق الدائنين المرتهنين .

م ٥٥ فقرة ثانية / ٧٨ فقرة ثانية : أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الأموال الثابتة
بسبب تجاوز النصاب الشرعى أو عدم إبقاء القدر المفروض شرعاً أو نحو ذلك ، فلا يضر
بمحقق من انتقلت إليهم الملكية ولا بمحقق للدائنين المرتهنين الحسى النية .

م ٧٩ مكررة / ١٠٧ : بالرغم من القيود السابقة يجوز للدائن المرتهن المقار إذا كان -

وعذا النص . وقد حل محل نصوص متعددة متناثرة في التقنين المدني السابق ، كان لا بد من وجوده لأنه يقرر حكماً يخالف الأحكام التي تستخلص من القواعد العامة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقتضي بأن المالك : إذا زال ملكه بأثر رجعي ، يعتبر كأنه لم يكن مالكاً نعتار الذي تصرف فيه ، وزوال ملكيته لهذا العقار بأثر رجعي يجعل تصرفاته في هذا العقار كأنها لم تكن ، وعلى ذلك إذا كان قد رهن هذا العقار رهناً رسمياً اعتبر الرهن كأن لم يكن . فتنطبق القواعد العامة إذن تضحى بمركز من زالت ملكيته للعقار بأثر رجعي ، وتضحى كذلك بمركز كل من تصرف له هذا المالك قبل زوال ملكيته ، ويدخل في ذلك الدائن المرتهن رهناً رسمياً . ومن ثم فإن من يرهن العقار من مالكة ، ثم تزول ملكية هذا المالك عن العقار المرهون بأثر رجعي ، يسقط رهنه هو أيضاً بأثر رجعي . وهذا هو

= حسن النية أن يتسكك بوضع اليد الحاصل من المدين الراهن مدة خمس سنوات ، إذا ثبت وجود أسباب قوية أوجب اعتقاده وقت الارتهان ملكية الراهن .

م ١١٨ مكررة / ١٧٦ : نسخ العقد الناقل لملكية العقار لا يضر بحق الدائنين برهون مسجلة .

م ١٣٦ مكررة / ١٩٧ : بطلان المشاركة الواوئة تسلكية لا يضر بحق الدائنين برهون مسجلة إذا كانوا حتى النية .

م ٢٦٩ مكررة / ٣٤٠ : وفي الحالتين السبقتين في المادة السابقة لا يضر وقوع الشرط الذي يجعله الدائن المرتهن لعقار بالحقوق الآيلة إليه من البائع تحت شرط توقيف أو من المشتري تحت شرط فاسخ .

م ٢٩٨ / ٣٧٢ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه ، بحيث لو كان هذا العيب موجوداً قبل العقد لانتج المشتري عن الشراء ، كان المشتري مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالتمن المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رهنه .

م ٢٢٧ / ٤٢٠ : يسقط حق إقامة الدعوى بالنبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين ، ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحق أصحاب الرهون العقارية المسجلة .

حل القانون الفرنسى ، لا يغير منه أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن الرسمى .

فلما رأى التقنين المدنى المصرى . السابق والحديد . متمشياً فى ذلك مع كثير من التشريعات الحديثة ، أن يجعل الرهن الصادر من مالك رهناً صحيحاً حتى لو زالت ملكية هذا الراهن للعقار المرهون بأثر رجعى . أوجد النص الخاص بذلك وهو النص الذى نحن بصددده . ويبين من هذا النص أن هناك شروطاً ثلاثة لا بد من توافرها حتى يكون الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بعد ذلك بأثر رجعى رهناً صحيحاً ، وهذه الشروط هى :

أولاً - يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وقت انعقاد الرهن الرسمى ، ويجب أن يكون سند هذه الملكية قابلاً للإلغاء بأثر رجعى ، كأن يكون هذا السند قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ أو قابلاً للرجوع فيه أو نحو ذلك . أما أن يكون سند هذه الملكية باطلاً بطلاناً مطلقاً . فهذا لا يجوز . ذلك بأن الراهن يجب أن يكون مالكا للعقار المرهون كما قدمنا . والسند الباطل بطلاناً مطلقاً لا أثر له فلا ينقل الملكية إلى الراهن^(١) . فإذا فرض أن الراهن كان قد اشترى العقار المرهون لسبب غير مشروع . فإن الشراء يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا ينقل ملكية العقار إلى الراهن . فإذا قرر الراهن بعد ذلك حق رهن رسمى لدائن مرتهن ، فإن هذا الرهن يكون باطلاً أيضاً بطلان البيع ، ولا يكون للدائن المرتهن أى حق على العقار^(٢) .

(١) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٣ وهامش ٢ - وانظر عكس ذلك عبد الباسط جيمى فى نظرية الأوضاع الظاهرة على الآلة الكاتبة ص ٣٥٠ .

(٢) كذلك إذا كان المشتري لم يسجل عقده ، ورهن العقار الذى اشتراه ، فإن للرهن يكون قابلاً للإبطال لأنه رهن ملك الغير ، والرهن فى الوقت ذاته لا يكون نافذاً فى حق البائع للعقار . فإذا فسخ الشراء فإن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يحنج بعقد الرهن فى مواجهة البائع للعقار ، لا لأن الرهن غير صحيح إذ هو قابل للإبطال وليس باطلاً ، بل لأنه ليس نافذاً فى حق البائع قبل الفسخ ويبقى كذلك من باب أولى به الفسخ (استئناف مخلط ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤) .

ثانياً - يجب أن يكون الدائن المرتهن ، وقت أن أبرم عقد الرهن ، حسن النية . وتقول المادة ١٠٣٤ مدني كما رأينا « إذا كان الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ومعنى حسن نية الدائن المرتهن هو ألا يكون هذا الدائن عالماً بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي ، فإذا كان عنده أي شك في ذلك لم يكن حسن النية . وحسن النية يفترض أصلاً ، فإذا أبرم الدائن المرتهن عقد الرهن افتراض حسن النية ، ومع ذلك إذا أثبت الخصم أنه كان أمام الدائن المرتهن سبيل للشك في ملكية الراهن ، بأن كان هذا الراهن مثلاً لا يزال مدينياً بالثمن أو ببعضه فإذا لم يدفع ما هو مدين به فسخ البيع ، كان على الدائن المرتهن أن يثبت أنه لم يكن يعلم أن الراهن لا يزال مدينياً بالثمن أو ببعضه^(١) . أما إذا رفع المدعى دعوى لإزالة ملكية الراهن بأثر رجعي قبل أن يقيد الدائن المرتهن رهنه وأشر المدعى

(١) وإذا كان قد ذكر في سند ملكية الراهن أنه لا يزال مدينياً ببعض الثمن ، فعل الدائن المرتهن أن يثبت علمه لليقين بأن الباقي من الثمن قد دفع ، وإلا كان سيئ النية (شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٨ - ص ١٣٩) .

وقد نصت محكمة النقض بأن حسن النية التي تقتضيه الحماية التي أسماها المشرع في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني على الدائن المرتهن في حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ، يفتى حتى كان هذا الدائن يعلم وقت إبرام الرهن ، أو كان في مقدوره أن يعلم ، بأن ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال لأي سبب من الأسباب . واستخلاص قاضي الموضوع لسوء النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، إلا من جهة مطابقتها لتعريف القانوني لسوء النية . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تفسير عقد البيع المسجل - سند ملكية الراهن ، وجود باقٍ من الثمن قدره أربعة آلاف من الجنيهات لم يدفع ، أن البنك المرتهن كان في مكت أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشتري (الراهن) عن الوفاء بهذا المبلغ ، وأنه لذلك يعتبر البنك سيئ النية غير جدير بالحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ من القانون المدني ، فإن الحكم يكون قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرتهن على أسباب من شأنها أن تؤدي عقلاً إن ما انتهى إليه في هذا الخصوص (نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٨) .

بدعواه على هامش تسجيل سند ملكية الراهن (١) . فإن المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى تفرض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن يعلم برفع الدعوى ، فإذا حكم فيها لمصلحة المدعى كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن . وتقول المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى : « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصيل لم يشهر ، تسجل تلك الدعاوى » . ثم تقضى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى بأنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم موثّر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . وعلى ذلك يتوقف الأمر على الوقت الذى قيد فيه حق الرهن الرسمى . فإذا كان هذا الوقت سابقاً على التأشير بدعوى المدعى فى هامش تسجيل سند الراهن ، كان المفروض أصلاً أن الدائن المرتهن حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، أى لا يعلم بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعى ، إلا إذا ثبت وجود سبب للشك فى هذا الأمر فعند ذلك يكلف الدائن المرتهن بإثبات حسن نيته . أما إذا كان هذا الوقت لاحقاً لتأشير المدعى بدعواه فى هامش تسجيل سند الراهن ، فإن هذه قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس بأن الدائن

(١) ذلك لأن الرهن يجب أن يكون مزيدياً قبل شهر فى صحيفة الدعوى التى طعن بها فى سند ملكية الراهن ، إذ يعتبر رافع الدعوى من الغير فوجب قيد الرهن حتى يخرج عليه به (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٨ ص ٣٣١ - محمد على إمام فقرة ١٥٠ ص ٢٤٤ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣ ص ٤٦ - أحمد سلامة فقرة ٥٤ ص ١٨٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٢١ ص ٦١ .

المرتهن يعلم برفع الدعوى . فإذا حكم فيها لصالح المدعى ، كان هذا الحكم حجة على الدائن المرتهن^(١) . ونرى من ذلك أنه يجب الاستعانة بالمادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى فى هذا الصدد ، واعتبار التأشير بدعوى المدعى على الوجه السابق ذكره قبل قيد الرهن الرسمى قريئة قاضية على علم الدائن المرتهن بهذه الدعوى ثم بالحكم الذى يصدر فيها لصالح المدعى^(٢) .

ثالثاً - يجب أن تزول ، بعد الرهن ، ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعى يرتبه القانون . مثل ذلك أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بعقد قابل للإبطال لصالح البائع ، فأبطل البائع هذا البيع بعد أن رتب الراهن رهنه . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الراهن قد اشترى العقار المرهون بشحن لم يسده كله ، وبعد رهنه طالب البائع بفسخ البيع لعدم دفع الباقي من الثمن وفسخ البيع لذلك . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون جزءاً من عقار شائع ، ثم اقتسم العقار الشائع فأصاب الراهن العقار الذى رهنه ، ثم فسخ عقد القسمة للغبين أو لغير ذلك من الأسباب . ومثل ذلك أن يكون العقار المرهون موهوباً للراهن ثم رجع الواهب فى هبته ، بعد الرهن ، لسبب من أسباب الرجوع . كل هذه الأسباب وغيرها من

(١) وإذا كان الدائن المرتهن يجب أن يكون حسن النية وقت إبرام عقد الرهن ، إلا أنه إذا تقرر الرهن ضماناً لدين مستقبلي فالعبرة بوقت وجود الدين المضمون بالرهن . أما أن مرتبة الرهن تثبت من تاريخ القيد حتى لو تم هذا القيد قبل وجود الدين ، فهذه الأنضلية استثناء مقرر بنص فى القانون يجب أن يقف عند الغاية المقهودة منه (عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٢٩ هامش ٣ فى التعليل على استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٧ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٩ هامش ٣) .

(٢) ويمكن إطلاق الحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ ، فلا تقتصر على الرهن الرسمى وحده ، بل تشمل كل حق يماثل الرهن الرسمى كحق الاختصاص وحق الرهن الحيازى (شفيق شحاتة فقرة ٩٩ ص ٨٦ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢١٧ - شمس الدين الوكيل فقر ٤٧ ص ١٤٠) .

أسباب زوال ملكية الراهن للعقار المرهون بأثر رجعي^(١) . فيجب أن تزول ملكية الراهن بسبب منها وعند ذلك يحق للدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، بقي الرهن لمصلحة الدائن المرتهن ولو أن ملكية الراهن قد زالت بأثر رجعي . وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تبرير ذلك إلى أنه « يمكن القول إن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية ، تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال إن الرهن الرسمى ، كما يكسب العقد ، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير مالك فى أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية »^(٢) . ويضاف إلى هذين الرأيين رأى ثالث ،

(١) والأثر الرجعى هنا هو حكم القاذون . وقد يكون هناك أثر رجعى بحكم الاتفاق ، كما فى التقايل ، فإذا اتفق البائع والمشتري على التقايل من البيع بأثر رجعى ، فإن تقابلها بعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع وكان البيع لم يكن (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٦٩٨) . وهذا الأثر الرجعى بحكم الاتفاق لا يؤثر فى صحة الرهن الصادر من المشتري قبل التقايل (جيجو : دراسة فى الأثر الرجعى الاتفاق فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣١ ص ٩٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٧ ص ١٣٤ - ص ١٣٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٠ - وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أيضاً ما يأتى : « جمع المشروع فى المادة ١٤٤١ (رقم ١٠٣٤ مدنى) ما تناثر فى التقنين الحالى (السابق) من نصوص أريد بها حماية الدائن المرتهن حسن النية ، فنص على أن الرهن يبق صحيحاً إذا صدر من مالك تقرر من ذلك بطلان سند ملكيته . . . أو فسده . . . أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر (انظر مثلين لذلك فى المادة ٦٤٥ وتناول رهن ما باعه المريض مرض الموت ، والمادة ١٣٥٢ وتناول رهن ما يجاوز نصاب الوصية) ، على أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن . . . وفى الأحوال التى يصبح فيها الرهن الصادر من غير مالك (وهى الأحوال المتقدمة الذكر) ، يمكن القول إن غير المالك الذى صدر منه الرهن هو نائب عن المالك نيابة قانونية تبررها حماية الدائن المرتهن حسن النية . أو يقال =

هو الرأى القائل بأن حق الرهن ينشأ مباشرة على عقار المالك الحقيقي به زوال ملكية الراهن بأثر رجعى ، كما لو كان العقار لا يزال على ملك الراهن ، إذ الراهن يعتبر مالكا ظاهرا في هذا الفرض . وهذه حيلة شرعية ، تفترض بقاء المال على ملك الراهن (١) . وهناك رأى رابع يفسر بقاء الرهن بعد زوال ملكية الراهن بالحد من إطلاق الأثر الرجعى لزوالها ، وهذا ما ذهب إليه المشرع فعلا في المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى حماية لأصحاب الحقوق العينية التى تم كسبها بحسن نية قبل زوال الملكية . فإذا روعيت الحماية المقررة في قانون تنظيم الشهر العقارى ، لم تكن المادة ١٠٣٤ استثناء القواعد العامة بل تطبيقاً لقاعدة عامة جديدة بموجبها يحد المشرع من الأثر الرجعى لزوان الملكية بما لا يؤثر في حقوق الغير حسن النية (٢) .

— إن الرهن الرسمى ، كما يكسب بالعد، يكسب كذلك بالسبب الصحيح الصادر من غير المالك في أحوال معينة ، إذا اقترن السبب الصحيح بحسن النية . وعلى كل حال يجب اعتبار المالك الحقيقى للعقار ، لا الشخص الذى يصدر منه للرهن ، هو الراهن ، وهو الذى يتخطه الدائن المرتهن ضده إجراءات نزع الملكية ، أو يستمر في اتخاذها إذا كان قد بدأ هذه الإجراءات في من صدر منه الرهن . ويلاحظ في هذا الصدد أن الشخص قد يجد عقاره مرهونا في دين ليس في ذمته ، ويتدرج مركز هذا المالك من شخص هو الذى ترتب الرهن وهذا هو الكفيل المبنى ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولكن الرهن نشأ والعقار في ملكيته وهذا هو مركز المالك الذى يسرى في حقه الرهن الصادر من غير مالك كما في الفرض المتقدم ، إلى شخص لم يرتب الرهن ولم ينشأ الرهن والعقار في ملكيته بل انتقلت إليه ملكية العقار وهو مرهون وهذا هو الخائن للعقار . ويمكن تمييز هذه الحالات بعضها عن بعض ، فقد تختلف الأحكام التى تطبق في كل حالة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ١٩ - ص ٢٠) .

(١) شفيق شحاتة ص ٨٨ .

(٢) سمير تناغر فقرة ٢٣ ص ٧٦ - ص ٧٧ - وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يجيز الرهن الصادر من غير المالك إذا وضع يده خمس سنوات متوالات على العقار المرهون ، إذا كانت هذه السنوات سابقة مباشرة على الرهن ، وأثبت الدائن المرتهن أن لديه أسبابا مقنونة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون (انظر أيضاً في هذا المعنى م ٧٩ مكررة / ١٠٧ من التقنين المدنى السابق) . ولكن لجنة المراجعة حذف هذا النص ، لأن -

١٤٤ - رهن العقار السائع - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٩

مدني على ما يأتي :

١ - يبنى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع . أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكانه قسمته .

٢ - وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفزراً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد بين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء . ولا بامتياز المتقاسمين (١) .

ويستخلص من هذا النص أنه إذا كان هناك عقار شائع . فيمكن أن يرهنه جميع الشركاء ، ويكون الرهن نافذاً في حق الجميع . أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . ويمكن أيضاً أن يرهن العقار الشائع أحد الشركاء . وهذا الشريك الراهن إما أن

= حكمه منصرف في مخالفة القواعد العامة لغير مسوغ ، (انظر آتياً فقرة ١٥٣ في المناشر - وانظر أيضاً هذا الحكم و التفتين المدني السابق في سايمان مرفس فقرة ٥٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما حدا أن المشروع التمهيدي لم يكن يتضمن النص بأن يكون زمين القدر الذي ينتقل إليه الرهن بأمر حل عريضة . وفي لجنة المراجعة أضيف هذا النص ، وأصبح رقم المادة ١١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ١١٢٠ ، ثم وافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٩ - ص ٣٢) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق .

يرهن حصته الشائعة في العقار . أو يرهن جزءاً مقررأ في هذا العقار بقدر عادة أنه هو الجزء المفروز الذي سيصيبه من قسمة العقار . أو يرهن جميع العقار الشائع وهذا الفرض الأخير لم يتعرض له النص .

فنبحث إذن : (١) رهن جميع الشركاء للعقار الشائع . (٢) رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع . (٣) رهن أحد الشركاء لجزء مفروز من العقار الشائع . (٤) رهن أحد الشركاء لجميع العقار الشائع .

١٤٥ - رهن جميع الشركاء للعقار الشائع : رأينا^(١) أن الفقرة الأولى

من المادة ١٠٣٩ مدني تنص على أنه « يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع . أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيها بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » . فالنص يفرض أن هناك عقاراً شائعاً بين عدة شركاء ، ثلاثة مثلاً . وأن هؤلاء الثلاثة رهنوا هذا العقار الشائع . فالرهن الصادر من هؤلاء الثلاثة . وهم جميع الشركاء المشاعين . يكون رهنأ صحيحاً نافذاً في حق الجميع . سواء كان ذلك قبل القسمة . أو بعد القسمة . أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة .

فالرهن يكون صحيحاً نافذاً قبل القسمة . لأنه صدر من الثلاثة الشركاء وهم جميع الشركاء المشاعين . فإذا باع هؤلاء العقار الشائع بعد رهنه . فإنه ينتقل إلى المشتري مثلاً بالرهن . ويتبع الدائن المرتهن العقار الشائع في يد المشتري وهو الحائز للعقار . وإذا بقي العقار الشائع في ملكية الشركاء . وأراد أحد دائني شريك منهم التنفيذ عليه ، فإن الدائن المرتهن يتقدم على هذا الدائن العادي لأنه دائن مرتهن . وإذا مات بعض الثلاثة الشركاء أو كلهم . انتقل العقار مرهوناً إلى الورثة . وعلى ذلك يسرى الرهن في

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٤ .

حق الشركاء الثلاثة ، وفي حق دائنهم ، وفي حق الخلف الخاص والخلف العام .

والرهن يكون صحيحاً نافذاً أيضاً بعد القسمة ، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة عيناً .

فإذا اقتسم الثلاثة الشركاء العقار الشائع ، وأخذ كل منهم حصة مفرزة من هذا العقار ، فإن هذه الحصة المفرزة التي تقع في نصيب كل من الشركاء الثلاثة تكون مثقلة بحق الرهن ، لأن الشركاء الثلاثة كلهم قد رهنوا العقار عندما كان شائعاً ، فيبقى مرهوناً عند إفرازه . أما إذا وقع العقار الشائع في نصيب أحد الشركاء الثلاثة ، وأخذ كل من الشريكين الآخرين نصيبه مفرزاً في عقار أو عقارات أخرى شائعة بين الثلاثة ، فإن العقار الشائع المرهون ينتقل مرهوناً إلى الشريك الذي وقع في نصيبه . وقد يعترض على ذلك بأن العقار كله وقع في نصيب واحد من الثلاثة الشركاء ، وهذا الشريك لم يرهن عند الشروع إلا نصيبه شائعاً ، فيجب أن ينتقل إليه العقار مثقلاً بالرهن بمقدار نصيبه في الشروع فحسب . فإذا كانت حصص الشركاء الثلاثة متساوية . وجب أن ينتقل العقار مثقلاً بالرهن في ثلثه على الشروع فقط . لأن هذا الثلث هو الذي رهنه من وقع في نصيبه العقار ، أما الشريكان الآخرون فلم يرهنا شيئاً بحكم الأثر الرجعي للقسمة إذ يعتبر أنهما لم يملكا العقار أصلاً . وهذا الاعتراض يتمشى مع فكرة الأثر الرجعي للقسمة إذا أخذت على إطلاقها . وكان التقضا الفرنسي يسير على هذا النحو فيقضى بأن العقار ينتقل كله إلى أحد الشركاء الثلاثة مثقلاً بالرهن في ثلثه على الشروع فقط^(١) . ولكن الموثقين (notaires) في فرنسا اعترضوا على قضاء محكمة النقض . وذهبوا إلى أن جميع الشركاء قد وافقوا على رهن العقار الشائع ، فوجب أن يبقى الرهن صحيحاً نافذاً في حقهم حتى بعد القسمة ، وحتى

(١) انظر نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ دالبوز ١٩١٠ - ١ - ٣٣ .

لو كانت نتيجة القسمة أن أخذ كل العقار الشائع أحد الشركاء المشتاعين وحده . فصدر في فرنسا قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٠ يضيف فترة إلى المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى ، تنص على أن الرهن الذى يقرره جميع الشركاء يبقى أراه القانونى مهما كانت نتيجة البيع بالمراد أو القسمة الحاصلة بعد ذلك . وبهذا الحكم الأخير أخذ التقنين المدنى المصرى الجديد . فقرر أن الرهن الذى يعقده كل الشركاء على الشيوع يبقى نافذاً « أياً كانت النتيجة التى ترتب على قسمة العقار فيما بعد . أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » (م ١/١٠٣٩ مدنى) .

وينتقل العقار مرهوناً كله . حتى لو لم تمكن قسمته عيناً فبيع (١) . فإذا وقع البيع لأحد الشركاء الثلاثة . فإن العقار ينتقل إليه كله كما قدمنا . وهذا ما يقضى به نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ مدنى فيما رأينا . ومن باب أولى إذا بيع العقار لأجنبي . فقد رهن الثلاثة الشركاء العقار كله ، ثم باعوه إلى أجنبي . فينتقل العقار مرهوناً إلى المشتري (٢) .

وقد يقع أن يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة أو جزءاً مفرزاً من المال الشائع ، ثم يرهن جميع الشركاء بما فيهم الشريك الراهن جميع العقار الشائع . ثم يقسم العقار الشائع ، فيقع في نصيب الشريك الراهن جزء مفرز من هذا العقار الشائع غير الجزء المفرز الذى رهنه . وسرى أن الدائن

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويتبين مما تقدم أن المشروع بلأى إن تطبيق مبدأ الحلول المعنى فيسّر كثيراً من أمر الرهن في الشيوع ، ولم يقتصر على ذلك بل أضاف حكماً نقله عن التقنين الفرنسى ، فقرر أن الرهن إذا صدر من جميع الملاك على الشيوع كان صحيحاً ، حتى لو وقع المال بعد ذلك في نصيب واحد منهم ، أو بيع لأجنبي لعدم إمكان القسمة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣١) .

(٢) انظر في هذا المعنى إساهيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٥ - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ١١٨ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٤ - سليمان مرسى فقرة ٥٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ٢٠ ص ٥١ - سمير تناغر فقرة ٢٥

المرتبه من هذا الشريك يستطيع بإجراءات معينة أن ينتقل رهنه إلى الجزء المنزرز بفضل الحلول العبنى ، وأن يحتفظ بمرتبه رهنه كما كان . فسبق هذا الرهن فى المرتبه الرهن الصادر من جميع الشركاء على العقار الشائع ، لأن الرهن الأول سبق الرهن الأخير . وكان هذا يقتضى أن الدائن المرتبه من الشريك الراهن يتقدم على الدائن المرتبه من جميع الشركاء ، إذ هو أسبق فى المرتبه . ولكن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠٣٩ مدنى ، كما سئرى تقول : « ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه (أى انتقال رهن الدائن المرتبه من الشريك الراهن) برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » . وعلى ذلك يتقدم الدائن المرتبه من جميع الشركاء ، وهو متأخر فى المرتبه ، على الدائن المرتبه من الشريك الراهن ، لأنه ارتهن العقار كله من جميع الشركاء فأصبح آمناً على رهنه (١) .

وما قدمناه فى الرهن الرسمى ينطبق على الرهن الحيازى ، ولو أنه لا يوجد نص فى هذا المعنى فى نصوص الرهن الحيازى . فالمادة ١٠٩٨ مدنى تنص على أن « تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمى » ، والمادة ٢/١١٠٢ مدنى تقضى بأن « تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشئ المرهون رهنأ رسمياً أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشئ المرهون إلى ما حل محله من حقوق » . ولكن هذه المواد لا شأن لها بمسألتنا هذه ، ومن ثم لا يوجد نص صريح فى المسألة . على أنه إذا رهن جميع الشركاء الشائعين العقار الشائع رهنأ حيازياً ، فإن الرهن يبقى نافذاً أبداً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . فالرهن الحيازى قد صدر من جميع الشركاء الشائعين ، فهو نافذ بطبيعة الحال قبل قسمة العقار . ثم هو نافذ إذا حصلت القسمة ووقع العقار كله ثم

(١) انظر فى هذا المعنى سليمان مرنس فقرة ٥٠ ص ٨٣ .

فصيب أحد الشركاء . فإن هذا الشريك يعتبر مالِكاً للعقار منذ البداية وقد اشترك في الرهن مع سائر الشركاء فينتقل إليه العقار مرهوناً كما : وكذلك إذا بيع العقار لعدم إمكان قسمته فرسا مزاده على أحد الشركاء . كان هذا البيع قسمة واعتبر الشريك الذي رسا عليه المُرَاد مالِكاً للعقار منذ البداية كما في الفرض السابق . أما إذا رسا المُرَاد على أجنبي . فإنه يكون بيعاً من جميع الشركاء الراهين للعقار . فينتقل إلى المشتري مرهوناً كما تقتضي القواعد العامة (١) .

هذا وقد قضت المادة ٨٣٢ مدني على أن « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استدوا في ذلك إلى أسباب قوية . على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولم يخالف من هؤلاء حتى الرجوع إلى المحكمة . خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة . عند ما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء . أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً » . فإذا قرر الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع . وليس كله . رهنه طبقاً للمادة ٨٣٢ مدني . ولم يعارض باقي الشركاء أو عارضوا وقدرت المحكمة أن قسمة العقار الشائع ضارة بمصالح الشركاء وأن رهن هذا العقار تصرف مناسب . كان الرهن صحيحاً نافذاً في حق الجميع . وذلك بالرغم من معارضة أقلية الشركاء في الرهن . فإذا بدا بعد ذلك للشركاء أو لبعضهم قسمة العقار وقسمته كما هو مفروض ضارة بمصالح الشركاء . فبيع العقار

(١) انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٧٤ ص ١٦١ - حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١١٨ ص ٣٢٦ - شمس الدين الركيل فقرة ٤٤ ص ١٠٨ - أحمد سلامة فقرة ٤٨ ص ١٥٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨ ص ٥٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٠ ص ٥١ - ص ٥٢ - سمير تناغر فقرة ٢٥ ص ٨٤ - وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١١٠ ص ١٠١ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٣٥ مكرر ص ٥٥٥ - محمد علي إمام فقرة ٣٢٨ ص ٤٧٢ - عبد المنعم للبدراوى في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٦ ص ١٦٦ - سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٣٧٦ .

درسا مزاده على أحد الشركاء أو على أجنبي : فإنه ينتقل إلى المشتري مرهوناً ، تطبيقاً لأحكام المادة ١/١١٣٩ مدني سالفه الذكر^(١).

١٤٦ - رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع : لا شك

في أن كل شريك مشتاع يملك حصته الشائعة : وله حق التصرف فيها . فله أن يرهنها . ويكون رهنه صحيحاً ما دام العقار شائعاً ، وإذا باع هذه الحصته الشائعة انتقلت مرهونة إلى المشتري . أما إذا انتصر على الرهن ، واقتسم الشركاء العقار بعد ذلك فوقع كله أو جزء منه في نصيب هذا الشريك فإنه ينتقل مرهوناً^(٢) ، أو ينتقل مرهوناً بعضه في الشيوع بمقدار حصة الشريك فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه^(٣) . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجوز رهن العقار الشائع : فإذا رهن المالك نصيبه شائعاً كان الرهن صحيحاً ، حتى إذا أفرز النصيب الشائع من ذلك انتقل الرهن إلى النصيب المفروز »^(٤) .

(١) انظر في هذا المعنى منصور ، مصطفي منصور ، فقرة ٢٠ ص ٥٢ - وقارن شمس الدين الوكيل فقرة ٤٠ ص ١٠٩ .

(٢) استئناف مخنط ١٨ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٩٩ - ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ - ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣١١ - : مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ - ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٤ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٢١ ص ٤٢٢ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ - سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٧٩ - محمد هل إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ - منصور ، مصطفي منصور فقرة ٢٠ ص ٥٤ - سير تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٠ - وانظر في أن الرهن يمتد فيشمل العقار كله : دى باج ٧ فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦ - أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ - وفي أن الرهن يمتد إلى كل العقار فيما إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى أن الرهن يتعمد تحت شرط وقوع العقار كله في نصيب الراهن : بلانيول وريبير وبولانچيه ٣ فقرة ٥٠٧ ص ١٩١ .

(٤) ويتركز الرهن في هذا الجزء المفروز ، ويتم ذلك لا حل أساس فكرة الحلول المعنى =

ولكن قد ينتج عن القسمة أن يقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا جزء منه ، وإنما يقع في نصيبه عقاراً آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل في القسمة فوقع في نصيب الشريك الراهن . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدني ، كما رأينا . ما يأتي : « وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار . . . ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل . ويبر هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد حديد يبين فيه الدر الذي انتقل إليه خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين » . وهذا هو الحلول العيني ، فقد وقع في نصيب الشريك الراهن بالقسمة عقاراً آخر غير لعقار الذي رهنه . فحل هذا العقار الآخر محل العقار الأول المرهون . وينتقل مرهوناً بدلاً من العقار الأول ، ويتبع الدائن المرتهن إجراءات معينة في قيد رهنه الحديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول . ولولا الحلول العيني ، لقبل إن العقار الآخر الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك . وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار . أما العقار الذي رهنه الشريك فيعتبر أن

« وإنما هو مقضى القسمة : حسن كبرة في الحقوق المدنية الأصلية فقرة ١٢٣ من ٣٤٣ هامش ٢ - إسماعيل غانم في الحقوق المدنية الأصلية فقرة ٨١ من ١٨٣ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩ ص ٥٣ - أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٣ - وانظر في أن الرهن يتركز في الجزء المفرز بموجب الحلول العيني فيحل الجزء المفرز ل الحصص الشائعة : منصور مصطفي منصور في رسالته في الحلول العيني فقرة ١٣٨ ، ولكن انظر ما يقوله بعد ذلك من أن الرأي السائد هو أن تركز الرهن في الجزء المفرز لا يتم هل أساس فكرة الحلول العيني وإنما هو مقضى القسمة : كتابه في التأمينات المدنية فقرة ٢٠ ص ٥٣ وهامش ١ . وانظر في تأييد رأي الأستاذ منصور مصطفي منصور في الحلول العيني ص ٢٥ فقرة ٢٥ ص ٨٩ وهامش ١ .

هذا لم يكن مالكا له من مبدأ الأمر ويكون الرهن صادرا من غير مالك ، فيكون قابلا للإبطال ولا ينفذ في حق المالك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون^(١) .

والإجراءات التي يتبعها الدائن المرتهن في قيد رهنه الحديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول تبدأ بأن يأخذ هذا الدائن من القاضي أمراً على عريضة يخول للدائن إجراء قيد جديد . ويعين في هذا الأمر القدر الذي انتقل إليه الرهن بموجب الحلول العيني . فإذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير الذي رهنه يساوي في القيمة ما رهنه من العقار الأول ، انتقل الرهن إلى كل هذا العقار الآخر . ويبين ذلك في الأمر على عريضة . أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر يزيد في القيمة عما رهنه من العقار الأول ، قدرت قيمة ما رهنه . واقتطع من العقار الآخر جزء مفرز يساوي هذه القيمة . ويستعان في ذلك بخبير عند الحاجة . ويبين ذلك في الأمر على عريضة . ويجب على الدائن المرتهن الحصول على الأمر على عريضة وإجراء القيد الجديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذى شأن بتسجيل القسمة التي تمت . كالشريك الراهن أو الشريك الذي وقع في نصيبه العقار المرهون . ولم يبين القانون كيف يكون هذا الإخطار ، فيصح أن يكون على يد محضر . ويصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون إخطاراً شفويّاً على أن يثبت من قام به . فإذا قام الدائن المرتهن بهذه الإجراءات . وأجرى القيد الجديد في خلال التسعين يوماً المبين ذكرها ، احتفظ الرهن بمرتبته الأولى من وقت أن قيد أول مرة ، وهذا هو المقصود من هذه الإجراءات . أما إذا أجره الدائن المرتهن بعد الميعاد ، فإن الرهن الجديد تكون مرتبته من تاريخ القيد الجديد ، ويتقدم على هذا الدائن المرتهن دائن مرتهن آخر يكون الشريك الراهن قد

(١) أما في التشريع المدني السابق ، فيكون الرهن باطلاً بطلانا مطلقاً لأنه صادر من غير

مالك (انظر سليمان مرتضى فقرة ٤٨ ص ٧٦) .

رهن له ما وقع في نصيبه من عقار وقيد الدائن المرتهن الآخر رهنه قبل قيد الرهن الأول^(١) .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن ، لا العقار المرهون ولا عقار آخر نخل محله ، بل منقول ، فإن الدائن المرتهن ينفذ حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه ، وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لأن المنقول لا يصبح أن يكون محلا للرهن الرسمي ، وعلى ذلك ينفذ الدائن المرتهن حقه في الرهن نتيجة للتسمة ، وهذا هو الرأي السائد^(٢) .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحق التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود^(٣) .

هذا وإذا انتقل الرهن من العقار المرهون إلى عقار آخر وقع في نصيب الشريك الراهن على النحو الذي استقصاه ، فإن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠٣٩ مدني تقول : « ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صادر من جميع الشركاء ، ولا بامتياز المتقاسمين » . فالدائن المرتهن من أحد الشركاء في الشروع الذي انتقل رهنه إلى عقار آخر يتأخر عن الدائن المرتهن من جميع الشركاء لهذا العقار الآخر ، حتى لو كانت مرتبة الدائن الأول

(١) سير تناغر فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(٢) إسماعيل غانم في الحقوق البينية الأصنية فقرة ٨١ ص ١٨٤ - شمس الدين النوكيل

فقرة ٥٥ ص ١١٢ ، شمس ٢ - عبد المنعم فرج ، فقرة ٣٩ ص ٥٣ - سير تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٢ . وهناك رأي يذهب إلى أن الرهن ينتقل إلى المنقول ويصبح رهن حيازة : أحد سلامة فقرة ٩ ص ١٧٠ وفقرة ٥٠ ص ١٧٤ - منصور مصطل منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥ .

(٣) انظر القانون البلجيكي في ١٥ أغسطس سنة ١٩٥٨ (المادة ٢) . ويقول بيكيه إن هذا هو أفضل حل من الناحية التشريعية (بيكيه فقرة ٣٢٣ ص ٤٥٨) . وهناك رأي يذهب إلى أنه إذا كان الدين المضمون بالرهن لم يخل ، فإن للرهن الرسمي يزول إلى صورة من صور رهن الدين (منصور مصطل منصور فقرة ٢٠ ص ٥٥) .

متقدمة على مرتبة الدائن الأخير . وذلك احتراماً لحق الرهن الصادر من جميع الشركاء^(١) . وكذلك يكون للشركاء حق امتياز التقاسم على العقار الذي انتقل إليه حق الرهن ، ضماناً لحقوقهم المترتبة على القسمة . وسنفضله عند الكلام في حقوق الامتياز . وحق امتياز التقاسم هذا يتقدم هو أيضاً على الرهن الذي انتقل إلى العقار حتى لو كان حق الامتياز متأخراً في المرتبة^(٢) .

١٤٧ - رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع : ولما كان

الشريك في الشيوع لا يملك ملكية خالصة أى جزء مفرز في العقار الشائع ، فإنه إذا رهن جزءاً مفرزاً لم ينفذ هذا الرهن في حق الشركاء الآخرين ، وهؤلاء أن يتمسكوا بحقوقهم في هذا الجزء المفرز باعتباره شائعاً بينهم جميعاً . أما الدائن المرتهن فإنه . إذا كان لا يعلم أن الجزء المفرز الذي ارتبته هو شائع بين الراهن له وسائر شركائه . يستطيع أن يبطل عند الرهن للغلط . وإذا كان يعلم بشيوع الجزء المفرز ، فإنه لا يستطيع إبطال الرهن للغلط . ويكون الرهن فيما بين الشريك الراهن والدائن المرتهن صحيحاً ، على اعتبار أن الدائن المرتهن قد رضى بانتظار نتيجة القسمة^(٣) .

فاذا اقتسم الشركاء العقار الشائع . ووقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن ، فإن الرهن يكون باتاً . إذ يتبين أن الشريك كان يملك هذا الجزء المفرز من بداية الأمر وقد رهنه . فيكون رهنه صحيحاً باتاً كما قدمنا^(٤) .

(١) انظر آنفاً فقرة ١٤٥ .

(٢) انظر سمير تناجر فقرة ٢٥ ص ٩١ .

(٣) واكن يجوز لسائر الشركاء قبل القسمة رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة في هذا الجزء المفرز ، ويجوز لهم إقرار الرهن فيصبح الرهن صادراً من جميع الشركاء وينفذ في حقهم جميعاً أياً كانت نتيجة القسمة (إسماعيل غانم في الحقوق المدنية الأصلية ١ ص ١٣٨ - حسن كيرة في المحرق للمدينة الأصلية ١ ص ١٣٨ - شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٣ - أنور سلطان في البيع والمقايضة طبعة ثانية فقرة ٤١٦ .

(٤) انظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٤ .

أما إذا لم يقع الجزء المقرز المرهون في نصيب الشريك الراهن . بل وقع في نصيبه جزء مقرز آخر من نفس العقار أو من عقار آخر ، انتقل الرهن إلى هذا الجزء المقرز الآخر . ووجب على الدائن المرتهن . إذا أراد الاحتفاظ بمرتبة رهنه ، أن يقوم بنفس الإجراءات التي بسطناها في الفقرة السابقة . ذلك أنه ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ مدني ، فيما رأينا ، أنه إذا رهن أحد الشركاء جزءاً مقرزاً ثم وقع في نصيبه أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة الجزء المقرز الذي رهنه ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطر فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . وقد ورد نص آخر يقرر انتقال حق الرهن إلى الجزء المقرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن . فنصت المادة ٢/٨٢٦ مدني على أنه « إذا كان تصرف الشريك في الشبوع ، ويدخل في التصرف الرهن ، منصّباً على جزء مقرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف . انتقل حق المتصرف إليه من رتبت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف إليه ، إذا كان مجهول أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مقرزة ، الحق في إبطال التصرف » . ومتى قام الدائن المرتهن بالإجراءات التي سبق ذكرها في المواعيد المقررة ، فإنه يحتفظ بمرتبة رهنه كما كانت ، بالرغم من أنه قد مضت مدة قبل القيد الجديد قد تصل إلى تسعين يوماً كما سبق القول . أما إذا لم يتم بالإجراءات في المواعيد المقررة ، ولكنه مع ذلك تيد الرهن الذي انتقل قيماً جديداً ، فإن مرتبة هذا الرهن تكون من يوم إجراء القيد الجديد .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن منقول بدلا من العقار ، فقد الدائن المرتهن حقه في الرهن كما في الفرض السابق . وكما في الفرض السابق

أيضاً ، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه في التندم . إذا وقع في نصيب الشريك
الراهن مبلغ من النقود^(١) .

وإذا انتقل الرهن من الجزء المفروز المرهون إلى جزء مفروز آخر .
لم يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز
المتقاسمين . وقد سبق شرح ذلك ، عند الكلام في رهن أحد الشركاء
لحصته الشائعة^(٢) .

١٤٨ - رهن أهم الأرباب لجميع العقار الشائع : ولما كان العقار
الشائع مملوكاً لعدد من الشركاء ، فإن ملكيته لا تخلص لواحد منهم فقط .
فإذا رهن أحد الشركاء جميع العقار الشائع^(٣) ، أمكن للدائن المرتهن إبطال
عقد الرهن للغلط إذا كان يعتقد أن الشريك الراهن يملك كل العقار الشائع
ملكبة مفروزة خالصة . أما إذا كان الدائن المرتهن يعرف الحقيقة ، ويعلم
أن الشريك الراهن لا يملك العقار إلا في الشيوع ، فإن الرهن يكون صحيحاً ،
لأن الدائن المرتهن لا يستطيع إبطاله للغلط . ولكن هذا الرهن لا ينفذ في
حق سائر الشركاء الشائعين ، ويجب انتظار نتيجة القسمة .

فإذا حصلت القسمة ، ووقع كل العقار في نصيب الشريك الراهن .
إلى نتيجة القسمة أو للبيع لعدم إمكان القسمة عيناً ، أصبح الرهن باتاً ،
وصار نافذاً في حق الشريك الراهن بعد أن أصبح هذا مالكاً لكل العقار
المرهون^(٤) .

وإذا أمكنت قسمة العقار أجزاء مفروزة ، ووقع في نصيب الشريك
الراهن جزء مفروز من هذا العقار الشائع ، فإن الدائن المرتهن ، وكان على

(١) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٦ - ص ١١٧ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٤٦ . وانظر شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٥ - ص ١١٦ .

(٣) لم يرد هذا الفرض في المادة ١٠٣٩ مدني ، فوجب إذن تطبيق القواعد العامة .

(٤) شمس الدين الوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ .

بينه من هذا الأمر ، يتركز حق رهنه في الجزء المقرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن^(١) . وذلك ما لم يكن هناك اتفاق ، صريح أو ضمني ، بين الشريك الراهن والدائن المرتهن على شيء آخر . فقد يتفقان على أنه إذا لم يقع كل العقار الشائع في نصيب الشريك الراهن ، جاز للدائن المرتهن لإبطال الرهن . وقد يتفقان على أن الرهن يبقى على الجزء المقرز الذي وقع في نصيب الشريك الراهن . ولكن على هذا الشريك أن يستكمل الرهن بأى ضمان آخر ، رهن رسمي أو رهن حيازة أو كفالة .

وإذا لم يقع في نصيب الشريك الراهن شيء من العقار المرهون . ووقع بدلا منه منقول ، فقد الدائن المرتهن حق رهنه . لأن العقار المرهون لم يقع في نصيب الشريك الراهن ، ولأن المنقول الذي وقع في نصيب هذا الشريك لا يصلح أن يكون محلا للرهن الرسمي^(٢) .

وإذا وقع في نصيب الشريك الراهن . لا العقار المرهون ولا شيء منه ولا منقول ، ولكن وقع في نصيبه مبلغ من النقود . كان للدائن المرتهن

(١) شمس الدين اوكيل فقرة ٤٥ ص ١١٠ - منصور مصطفي منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨ - سمير تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٢ - حسن كبيرة في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ١٢١ - إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ١ فقرة ٦٩ - وهناك رأى يذهب إلى أن الرهن ، فيما يتعلق بما لم يقع في نصيب الشريك الراهن من العقار المرهون ، يكون قابلا للإبطال على أساس صدوره من غير مالك (شفيق شحاتة في الحق العيني فقرة ١٤٣ وفي التأسيسات العينية فقرة ١٠٩ - أنور سلطان في البيع والمقايضة طبعة ثانية فقرة ٤١٥ - محمد حلوة في الملكية فقرة ٣٠٢ - عبد المنعم البدر اوى في الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٣٥) .

(٢) أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر غير العقار الذي رهنه ، انتقل الرهن بحكم الحلول العيني إلى قدر من هذا العقار يساوي ما كان الشريك الراهن يملكه في العقار المرهون . ويبدو أن الدائن المرتهن يجب عليه إجراء قيد جديد . فنجأ إلى الإجراءات التي سبق ذكرها في هذا الصدد ، وفي المواهب المقررة . ولم يرد نص صريح في ذلك . ولكن يمكن قياس هذه الحالة على الحالات الأخرى التي ورد فيها نص صريح (نظر منصور مصطفي منصور فقرة ٢٠ ص ٥٨ - سليمان مرقس فقرة ٤٩ ص ٨٢) .

حق التقدم على هذا المبلغ بما له من حق الرهن الرسمي ، وقد سبق أن
بيننا هذا الحكم (١)

٢٤ - أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون وأهلية الدائن المرتهن

١٤٩ - وجوب توافر أهلية الراهن للتصرف في العقار المرهون :
ولا يكفي أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، بل يجب أن يكون أيضاً
أهلاً صرف فيه . وقد رأينا (٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٢ مدني
تنص على أنه « يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، وأهلاً للتصرف
فيه » . ذلك أن الرهن الرسمي عمل من أعمال التصرف ، فيجب على من
يقدم عليه أن يكون متوافراً على الأهلية اللازمة له . أي أن يكون أهلاً
للتصرف في العقار المرهون .

أما بالنسبة إلى أهلية الدائن المرتهن . فليست أهلية هذا الأخير كأهلية
الراهن ، لأن الرهن نافع للدائن المرتهن نفعاً محضاً . فيكفي في الدائن المرتهن
أن يكون ذا تمييز صحيح ، ولا يشترط فيه أهلية التصرف .
والولاية غير الأهلية . فقد لا يباشر الراهن العقد بنفسه بل بنائب عنه ،
وكيل أو ولى أو وصى أو قيم . وكذلك قد يباشر الدائن المرتهن العقد عن طريق
نائب عنه ، ويكون هذا ولاية لا أهلية .

وهناك راهن لا يكون هو المدين ، بل يكون كفيلاً عينياً يجمع بين
الرهن والكفالة . ويشترط في الكفيل العيني : كما يشترط في المدين الراهن ،
أن يكون أهلاً للتصرف في العقار المرهون .

وإذن نبحت المسائل الآتية : (١) أهلية المدين الراهن . (٢) أهلية

(١) انظر في هذا المعنى سمي تناغر فقرة ٢٥ ص ٩٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٣٣ -

الدائن المرتهن . (٣) الولاية فيما يتعلق بالمدين الراهن . (٤) الولاية فيما يتعلق بالدائن المرتهن . (٥) الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني .

١٥٠ - أهلية المدين الراهن : بالنسبة إلى المدين الراهن يعتبر الرهن

عملاً من أعمال التصرف دائماً بين النفع والضرر ، إذ أن المدين الراهن لا يتبرع برهن عقاره ، بل هو يبغي من وراء رهنه الحصول على قرض أو مد أجل الدين أو بوجه عام ضمان التزامه^(١) . وعلى ذلك يجب أن يتوادر في المدين الراهن ، لا أهلية الإدارة فحسب ، ولا أهلية التبرع ، بل أهلية التصرف كما سبق القول . فيجب إذن أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه لسفه أو غفلة . فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه ، جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم عليه عقد الرهن الرسمي ، بعد أخذ إذن المحكمة فيما يتعلق بالوصى والقيم وفيما يتعلق بالجد إذا كان ولياً .

وإذا عقد المدين الراهن الرهن الرسمي بنفسه ، فإن كان فاقده التمييز بأن كان صبيّاً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً لا تمييز له ، كان عقده باطلاً بطلاناً مطلقاً . أما إذا كان مميزاً ، بأن كان صبيّاً توافر عنده التمييز أو كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال^(٢) ، ولا يكون

(١) عبد الفتاح عبد الساق فقرة ١٨٧ - شفيق شحاتة فقرة ٧٣ - شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص ٨٣ - سليمان مرتضى فقرة ١٩ ص ٢٤ - منصور مصطفي منصور فقرة ٨ ص ٢١ - سمير تناغر فقرة ٢٠ ص ٦٢ - والملة في ذلك أن الرهن الرسمي دائر بين النفع والضرر ، لا أنه قد يؤدي إن بيع العقار المرهون ، فإن أدى ولو كان ديناً عادياً قد يؤدي إلى بيع عقارات المدين (انظر بولانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٠١ ص ٤٣٥) .

(٢) ولا يكون صحيحاً حتى لو بلغ القاصر وقت الرهن الثامنة عشرة وأذن له في تسليم أمواله وإدارتها ، لأن هذا إنما يعطى القاصر أهلية الإدارة لا أهلية التصرف ، والرهن من أعمال التصرف .

ويرى بعض الفقهاء أن المأذون له في تسليم الأموال وإدارتها له رهن العقار إذا كان الرهن ما تقتضيه أعمال الإدارة ، وذلك كالرهن ضماناً لوفاء بالالتزامات الناتجة عن إدارة الأموال (شفيق شحاتة فقرة ٧٧ ص ٧٤ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٨٧ ص ٢٩٥ هامش ٣) =

باطلا لأن الرهن من أعمال للتصرف لا من أعمال التبرع كما أسلفنا . وفي هذه الحالة يجوز للأب أن يقر الرهن فينقلب صحيحاً إذا كان العقار المرهون لا تزيد قيمته على ثلثائة جنيه وإلا فلا بد من إذن المحكمة^(١) ، ويجوز للجد أو للوصى أو للقيم أن يحصل على إذن المحكمة لإقرار الرهن . فإن لم يحصل ذلك وبنى الرهن قابلاً للإبطال ، جاز للولى أو الوصى أو القيم إبطال الرهن ، وجاز أيضاً للمدين الراهن عند بلوغه سن الرشد أن يبطل الرهن أو أن يقره حسبما يرى^(٢) . ويجوز للدائى المدين الراهن ، إذا لم يكن المدين الراهن قد أقر الرهن ، أن يتمسكوا بطريق الدعوى غير المباشرة بحق مدينهم وبطالوا بإبطال الرهن^(٣) .

وإذا باع القاصر عقاره المرهون بيعاً صحيحاً ، بأن باعه بعد بلوغه سن الرشد ، أو باعه قبل ذلك عن طريق النائب عنه وبإذن المحكمة ، ثم أجاز الرهن بعد ذلك ، فإن هذه الإجازة لا تسرى في حق المشتري لأن الملكية

ولكن الواضح أن الإذن للصبى في مباشرة أعمال التصرف إنما قصد به التصرفات الملحقة بأعمال الإدارة كإجراء الأسمدة والبذور وبيع المحصول أو رهنه (محمد كامل مرسى فقرة ٢٧ ص ٤٥ وفقرة ٢٩٣ ص ٢٨١ - أحمد سلامة فقرة ٢١ ص ٧٤ - منصور مصطفي منصور فقرة ٨ ص ٢٢) .

(١) حل أن الأب لا يلزم بتقديم حساب للمحكمة عن مال آل القاصر بطريق التبرع من الأب ، صريحاً كان التبرع أو مستتراً (م ٣ من قانون الولاية حل المال) .

(٢) وإذا أقر الرهن من يملك إقراره وانقلب صحيحاً بالإقرار ، فهل يصر هذا الإقرار بدائى متأخر رهنه فيتقدم عليه الدائن المرتهن الذى أقر رهنه ؟ يرى الأستاذان بودرى ودى لوان أن الدائن المرتهن المتأخر لا يضره الإقرار ، ويستطيع أن يطالب بعدم فقاذا الرهن الأول في حقه فيتقدم على الدائن المرتهن الأول (بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٢٣ وفقرة ١٣٣٥ - ١٣٢٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى ديمولومب في العقود ٦ فقرة ٧٩٧ وما بعدها - جيوار ٢ فقرة ٩٧٩) . وانظر أيضاً سليمان مرسى فقرة ١٩ ص ٢٥ هامش ٢ حيث يرى أن للرأى الأول عمل للنظر .

(٣) چوسران ٢ فقرة ١٦٩٣ .

تكون قد انتقلت إليه بالبيع ، فتكون إجازة المدين الراهن صادرة من غير مالك^(١) .

ويسقط حق إبطال الرهن الرسمي بالتقادم بضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية (م ١٤٠ مدني) فيصبح الرهن صحيحاً بأثر رجعي منذ نشوئه ، ويحتج به على كل من كسب حقاً عينياً على العقار المرهون كدائن مرتين آخر كسب حقه بعد نفاذ الرهن الأول ولو كان ذلك قبل تمام التقادم^(٢) .

وقد يكون مالك العقار المرهون أهلاً للتصرف . ولكنه ممنوع من التصرف في العقار منعاً اتفاقياً (م ٨٢٣ - ٨٢٤ مدني) . فإذا تصرف الممنوع من التصرف ، كان تصرفه باطلا (م ٨٢٤ مدني) . وعلى ذلك إذا تلقى شخص ملكية عقار بعقد أو وصية ، ومنع من التصرف لمصلحة المتصرف ، ومع ذلك رهن العقار رهناً رسمياً . كان هذا الرهن باطلا ، وجاز للمتصرف أن يتمسك ببطلان الرهن^(٣) .

كذلك يمنع المفسس من التصرف ، وقد قضت المادة ٢٢٧ والمادة ٢٣٦ من التفتين التجاري على أن يعتبر غير نافذ في حق مجموعة الدائنين ما يصدر من المدين المفسس ، ابتداء من التاريخ الذي تحدده المحكمة باعتباره تاريخ التوقف عن الوفاء أو في عشرة الأيام السابقة على هذا التاريخ ، من تصرفات ناقلة للملكية دون مقابل ومن وفاء ومن رهن تقرر ضماناً لديون سابقة .

(١) بودرى ودى لوان فقرة ١٣٣٧ ص ٤٥٤ - سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ - ص ٢٧ - أما إذا رهن القاصر عقاره ، ورهته مرة ثانية بعد أن بلغ سن الرشد ، ثم أجاز الرهن الأول ، فإن هذه الإجازة تجعل الرهن الأول صحيحاً منذ البداية ، ويتقدم الدائن المرتهن الأول على الدائن المرتهن الثاني (سليمان مرقس فقرة ١٨ ص ٢٦ وهامش ٢) .

(٢) بودرى ودى لوان فقرة ١٣٣٤ - سليمان مرقس فقرة ١٩ ص ٢٦ .

(٣) قارن في هذه المسألة سليمان مرقس فقرة ٢٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٣٨ ص

فإذا رهن المفلس ، في المدة سالفة الذكر عقاراً له رهناً رسمياً ، لم يكن رهناً باطلاً ، ولكنه لا ينفذ في حق مجموعة الدائنين . فإذا استوفى هؤلاء حقوقهم أو وقع صلح عليها ، فإن رهن الدائن المرتهن ينفذ في حق من يستجد من الدائنين (١) . وكالمفلس من شهر إعساره ، وقد نصت المادة ٢٥٧ مدني على أنه « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينتقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . وهذا النص يفهم منه أن من شهر إعساره ممنوع من أى تصرف ينتقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، فيدخل في ذلك الرهن الرسمي . فإذا سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، ولجأ المدين الذى شهر إعساره بعد تسجيل صحيفة الدعوى إلى رهن عقار له ، لم يسر هذا الرهن في حق الدائنين السابقين على شهر الإعسار . ولكن ذلك لا يمنع من نفاذ الرهن في حق الدائنين الذين يستجدون بعد انتهاء حالة الإعسار (٢) .

١٥١ - أهلية المرتهن : والدائن المرتهن لا يلتزم ، فإن

الرهن الرسمي يكون عادة ملزماً لجانب واحد هو جانب الراهن . لذلك يكون الرهن الرسمي ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، نافعاً نفعاً محضاً . فلا تلزم في الدائن المرتهن أهلية التصرف ، كما تلزم هذه الأهلية في المدين الراهن بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٢ مدني . فيجوز أن يكون الدائن المرتهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، كما يجوز أن يكون قاصراً ما دام متوافراً على التمييز حتى يستطيع التعاقد ، ويجوز أن يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة لأنه يكون في هذه الحالة متوافراً على التمييز . فأهلية التصرف غير لازمة في الدائن المرتهن ، وتكفي أهلية التعاقد (٣) .

(١) انظر بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٤٢ وما بعدها - سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٢) انظر سليمان مرقس فقرة ٢١ .

(٣) محمد كامل مرسى فقرة ٢٧ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ١٨٧ - سليمان مرقس -

وهناك رأى بذهب إلى أن الرهن الرسمي ، بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، يعتبر متع أعمال التصرف ، لأنه يتضمن استيفاء الدين كرهن احيازة . لذلك يجب في الدائن المرتهن أن يكون أهلاً للتصرف ، فلا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، بل يجب أن يكون بالغاً من الرشد غير محجور عليه . وهكذا قرر فقهاء الشريعة الإسلامية في رهن احيازة ، والرهن الرسمي كرهن احيازة من حيث الأهلية (١) . ويزيد أحد أنصار هذا الرأى أنه قد يقبل القاصر أو المحجور عليه لسفه أو غفلة رهناً رسمياً لا يني بضمان الدين إذا كان الدين قد وجد صحيحاً قبل الرهن واستقل القاصر أو المحجور عليه بعقد الرهن الرسمي . فيجب أن يكون الرهن الرسمي في هذه الحالة قابلاً للإبطال (٢) .

والظاهر أن الرأى الأول ، وهو الرأى السائد ، هو الرأى الصحيح . ذلك أن الرهن الرسمي لا يتضمن استيفاء الدين وإنما هو عقد استيثاق للدين يضمن الوفاء به ، فليس هو إذن من أعمال التصرف بالنسبة إلى الدائن المرتهن . ولم تعرف الشريعة الإسلامية الرهن الرسمي كما عرفت رهن احيازة ، لذلك لا نلتجئ إلى الشريعة الإسلامية في هذه المسألة . وإذا قبل الدائن الرهن الرسمي الذى لا يني بضمان الدين ، فذلك لا يرجع إلى عقد الرهن في ذاته ، وإنما يرجع إلى شرط تقديم الراهن عقاراً يني بضمان الدين . فإذا كان هذا الشرط صحيحاً أو مفهوماً ضمناً وجب الوفاء به ، فإذا قدم الراهن عقاراً لا يني بضمان الدين اختل الشرط ووجبت تكلمة الرهن أو فسخ العقد . ولكن ذلك لا يرجع إلى الرهن الرسمي في ذاته ، بل هو

= فقرة ٢٣ - محمد على إمام فقرة ١٤٣ - جمال الدين زكى ص ١٦٧ - عبد المنم فرج الصدة فقرة ٢٥ - أحمد سلامة فقرة ٢٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ - ٢١ .

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ٧٥ - والظاهر أن رهن احيازة يتضمن ضمناً استيفاء الدين ، إذ يجب إيراد العين ضمن الفوائد ورأس المال ، ولا يمكن الرهن الرسمي .
(٢) انظر في هذا المعنى سير تناغر فقرة ٢٠ ص ٦٣ .

لا يزال نافعاً تماماً محضاً للدائن المرتهن ، فلا تلزم في هذا الدائن إلا أهلية المتعاقد ، وليس من الضروري أن تتوافر فيه أهلية التصرف . وإذا كنا قد اشترطنا الرسمية في رضاه الدائن المرتهن^(١) . فلا يرجع ذلك إلى أن الرهن الرسمي يعتبر من عقود التصرف بالنسبة إلى هذا الدائن . وإنما هو عقد ككل العقود يجب فيه رضاه المتعاقدين ، فيجب إذن رضاه الدائن المرتهن . وقد اشترط القانون الرسمية في عقد الرهن الرسمي لاعتبارات نظر إليها . وقد وجدنا هذه الاعتبارات متوافرة في الدائن المرتهن كتوافرها في الراهن . فقلنا إنه لا بد أن يكون رضاه كل من الراهن والدائن المرتهن رضاه رسمياً^(٢) . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون الرهن نافعاً نفعاً محضاً للدائن المرتهن . فوجب ، مع القول بأن رضاه يجب أن يكون رسمياً . ألا تتوافر فيه إلا أهلية التعاقد .

١٥٢ - الرهنية فيما يتعلق بالمدين الراهن : المقصود هنا ألا يباشر

المدين الراهن الرهن الرسمي بنفسه ، بل يلي ذلك غيره تكون له الولاية في ذلك . والمدين الراهن إما أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، وعندئذ قد يلي رهن عقاره وكيل يفوض له ذلك . وإما أن يكون المدين الراهن قاصراً أو محجوراً عليه ، وعندئذ يلي رهن عقاره وليه أو وصيه أو القيم عليه إذ يكون لهؤلاء الولاية في رهن عقاره .

فإذا كان من له الولاية هو وكيل يفوض له المدين الراهن رهن عقاره ، فالرهن هنا يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة ، ومن ثم يجب أن يصدر من المدين الراهن توكيل خاص ، ولا يكفي التوكيل العام . وفي هذا تنص المادة ١/٧٠٢ و ٢ مدني على أنه ١٥ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، ويوجه خاص في البيع والرهن

(١) انظر آنفاً فقرة ١٢٥ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٤ - ١٢٥ .

والتبرعات والصاح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .
 ٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال القانونية يصح وأو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .
 وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن مجرد التوكيل بالرهن كاف لرهن مال الموكل لدين عليه هو . باعتبار أن الرهن ليس من أعمال التبرعات (١) .
 فإذا وكل شخص شخصاً آخر في رهن عقاراته دون أن يحدد عقاراً على وجه التخصيص . جاز للتوكيل أن يرهن رهناً رسمياً أى عقاراً للموكل . غير أن هناك رأياً يذهب إلى أن المادة ٧٠٠ مدني تشرط في الوكالة توافر الشكل الواجب في التصرف محل التوكيل ، وشكل الرهن الرسمي في نظر هؤلاء الفقهاء ليس هو فحسب رسمية العقد ، بل أيضاً اشتمال الورقة على البيانات التي يتخصص بها الرهن (م ٢/١٠٣٥ مدني) . فوجب القول في نظر هؤلاء بأن التوكيل بالرهن يشترط فيه : من ناحية الشكل ، إلى جانب حصوله بورقة رسمية . أن يخصص فيه محل الرهن . وعلى ذلك يجب في التوكيل بالرهن بيان العقار المراد رهنه . وأن يكون معيناً بالذات تعبيراً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، ويجب أيضاً أن يبين الدين الذي يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به (٢) . ولا يتميل للاعتقاد بأن تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون يعتبر متعلقاً بشكل الرهن ، ولذلك تمشي مع محكمة النقض في أنه يكفي للتوكيل بالرهن مجرد ذكر الرهن حتى تكون الوكالة خاصة . أما ما جرى عليه العمل . فإن التوكيل بالرهن يذكر عادة الرهن والعقار المرهون والدين المضمون وغير ذلك من التفاصيل زيادة في الإيضاح .

وإذا كان الذي له الولاية هو الولي أو الوصي أو القيم ، فإن كان

(١) نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٣٧ ! امانة ١٧ رقم ٥٨١ ص ١١٤٧ .

(٢) محمد كامل مرسي فقرة ٣٠ - عبد الفتاح عبد الباق ص ٣٠٥ هامش ١ - شبيب

شحاتة ص ٥٢ هامش ٣ - سليمان مرصن فقرة ٢٤ .

الأب هو الولي ، كان له أن يرهن عقار القاصر دون إذن المحكمة إذا لم تزيد قيمة العقار على ٣٠٠ جنيه ، وإلا فلا بد من إذن المحكمة . ويجوز للأب ، إذا كان العقار المراد رهنه قد آل إلى الصغير عن طريق التبرع من الأب ، أن يرهن هذا العقار دون إذن المحكمة أياً كانت قيمته ، لأنه لا يقدم إلى المحكمة حساباً عنه . وإذا كان الذي له الولاية هو الحد أو الوصي أو القيم ، لم يجز لأى منهم رهن عقار القاصر ، أياً كانت قيمته ، إلا بإذن المحكمة^(١).

١٥٣ - الولاية فيما يتعلق بالدائع المرتهن : أما فيما يتعلق بالدائن

المرتهن ، فقد قدمنا^(٢) أنه يكفي فيه لرهن عقاره أهلية التعاقد ، ولا تلزم أهلية التصرف . وعلى ذلك يستطيع الدائن المرتهن ، إذا أراد أن يوكل شخصاً آخر في ارتهاق عقار الغير ، أن يصدر له توكيلاً عاماً ، لأن الرهن الرسمي بالنسبة إلى الدائن المرتهن ليس من أعمال التصرف حتى يستلزم توكيلاً خاصاً^(٣) .

أما إذا كان الدائن المرتهن قاصراً ممزاً أو محجوراً عليه لسفه أو لغفلة ، فإنه يجوز له كما قدمنا أن يرهن عقار الغير ، فيجوز له أن يصدر توكيلاً عاماً للغير بالارتهاق . ويجوز لكل من الولي أو الوصي أو القيم أن يرهن عقار الغير نيابة عن القاصر أو المحجور عليه ، دون حاجة إلى إذن المحكمة ، وتكون له الولاية في ذلك^(٤).

١٥٤ - الأهلية والولاية فيما يتعلق بالكفيل العيني : فيما قدمنا فرضنا

أن الذي رهن عقاره هو نفس المدين ، كما هو الغالب . ولكن قد يقع أن

(١) سليمان مرقس فقرة ٢٤ ص ٣٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥١ .

(٣) انظر عكس ذلك وأنه يلزم توكيل خاص بالارتهاق لأن الرهن حتى بالنسبة إلى

الدائن المرتهن ، في نظر هذا الرأي ، يعتبر من أعمال التصرف : شفيق شحاتة فقرة ٨٩ .

(٤) سليمان مرقس فقرة ٢٥ .

شخصاً عبر المدين برهن عقاره ضماناً للوفاء بدين على الغير ، وهذا هو الكفيل العيني . ويجب في الكفيل العيني ، كما يجب في المدين الراهن . أن يكون مالكاً لتعقار المرهون وأن يكون أهلاً للتصرف فيه . ولكن التصرف هنا لا يكون عادة متقابل . على عكس ما تكون الحال بالنسبة إلى المدين الراهن . فالمدين الراهن برهن عقاره ضماناً للوفاء بدين في ذمته . فيكون الرهن في هذه الحالة من أعمال التصرف . وهو يدور بين النفع والضرر . أما الكفيل العيني فإنه عادة لا ينفع شخصياً بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بدين في ذمة غيره . بل هو ينفع المدين برهنه هذا . لذلك يعتبر الرهن الذي يقدمه الكفيل العيني في العادة من أعمال التبرع . لا مجرد عمل من أعمال التصرف .

ولذلك يجب أن يتوافر في الكفيل العيني أهلية التبرع . لا أهلية التصرف فحسب . ومن ثم يجب أن يكون بالعلم سن الرشد غير محجور عليه . وعند ذلك يستطيع أن برهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . فإذا كان قاصراً . ميمراً أو غير مميز . أو كان محجوراً عليه ولو لسفه أو غفلة . ورهن عقاره ككفيل عيني . كان الرهن باطلاً لا قابلاً للإبطال . لأن الكفيل العيني يقوم بعمل من أعمال التبرع وهو لا يمكنه . كذلك لا يجوز . وهو قاصر أو محجور عليه ، أن برهن وليه (ولو كان الأب) أو وصيه أو القيم عليه عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وإن فعل كان الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً لا قابلاً للإبطال . ولو كان ذلك بإذن المحكمة . لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره ولو بإذن المحكمة . ويجوز أن يتمسك بالبطلان المطلق كل ذي مصلحة . فيتمسك به نفس الكفيل العيني بعد بلوغه سن الرشد والدائن المرتهن (ويطلب حلول أجل الدين لبطلان الرهن) والولي والوصي والقيم ودائنو الكفيل العيني ومن اشترى العقار المرهون أو ارتهنه مرة ثانية وكان الشراء أو الرهن الثاني صحيحاً .

وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه . بل باشره غيره ،

وجب أن يكون هذا الغير وكيلاً عن الكفيل العيني ، ويجب أن تكون الوكالة خاصة لعمل من أعمال التبرع ، فلا تكفي الوكالة العامة للإدارة ولا الوكالة الخاصة لعمل من أعمال التصرف . ولذلك يجب أن يكون الكفيل بالغا سن الرشد غير محجور عليه ، حتى يستطيع أن يصدر هذه الوكالة . ويجب أن يكون التوكيل بالرهن الرسمي الصادر من الكفيل العيني مذكوراً فيه العقار المراد رهنه والدين الذي يرهن العقار ضماناً للوفاء به ، وإلا كان التوكيل باطلاً لأن الوكيل يقوم بعمل من أعمال التبرع .

إما إذا كان الكفيل العيني قاصراً ولو مميّزاً ، أو محجوراً عليه ولو لسفه أو غفلة . لم يستطع أحد أن يرهن عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره . وقد قدمنا أن الولي أو الوصي أو القيم لا يستطيع ذلك ولو بإذن المحكمة . وإن فعل كان الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه عمل من أعمال التبرع^(١) .

المطلب الثاني

تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون
ومن حيث الالتزام المضمون

١٥٥ - كيف نشأ مبدأ تخصيص الرهن : لم يكن مبدأ تخصيص

الرهن معروفاً في القانون الروماني ، فكان يجوز في هذا القانون أن يرهن الشخص رهناً رسمياً جميع عقاراته الحاضرة والمستقبلية ، ولم يكن يستثنى من عقارات المدين إلا ما تستثنيه الإرادة الضمنية أو ما ينزل عنه الدائن . وكان هذا المبدأ مجهولاً أيضاً في القانون الفرنسي القديم ، وكان الرهن الرسمي العام لجميع العقارات هو الرهن المعتاد في هذه العصور .

(١) انظر في كل ذلك شمس الدين الوكيل بقرة ٣٨ من ٨٤ هامش ١ - عبد الفتاح

عبد الباقي بقرة ١٨٧ - عبد المنعم فرج الصدة بقرة ٢٥ - منصور مصطفى منصور بقرة ٨ ص ٢٢ - ص ٢٣ - سير تناغر بقرة ٢٠ ص ٦٢ .

وفي عهد الثورة الفرنسية أباح قانون مسيدور (messidor) لسنة الثالثة، للثورة رهن جميع العقارات دون مراعاة لمبدأ التخصيص ؛ ولكنه أوجب في قيد الرهن أن يخصص العقار المرهون ؛ وقرر في المادة ١٩ منه أن الرهن الرسمي لا يكون مكتوباً نهائياً إلا بالتبديد . أما قانون ١١ بريمير (brumaire) لسنة السابعة للثورة . فقد قرر مبدأ تخصيص الرهن . لا في القيد فحسب . بل أيضاً في عقد الرهن نفسه (م ؛ من هذا القانون) . ولما وضع التقنين المدني الفرنسي . كان مبدأ عدم تخصيص الرهن الرسمي أنصار عديدين يقولون بجواز عمومية هذا الرهن وعدم تخصيصه . وقام صراع عنيف بين هؤلاء الأنصار وأنصار تخصيص الرهن الرسمي ، ولم يتغلب هؤلاء الأخيرون ويسجلوا مبدأ تخصيص الرهن الرسمي إلا بفضل نشاط محكمة النقض الفرنسية التي انتصرت لمبدأ التخصيص^(١) . وبنى مبدأ تخصيص الرهن ثابتاً في القانون الفرنسي حتى اليوم . وكل رهن لا يكون مخصصاً يكون باطلاً^(٢) .

واتبع التقنين المدني المصري . القديم والحديث . مبدأ تخصيص الرهن ، وسجله في نصوصه . وجعل البطلان جزاء تخلفه .

ومبدأ تخصيص الرهن يقتضى أمرين : (١) تخصيص العقار المرهون ؛

(١) انظر فينيه (Fenet) ٢ من ٦١٥ وما بعدها .

(٢) ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ تخصيص الرهن مقيد من حيث المدين المرهون ، ومن حيث الدائن المرتهن ، ومن حيث المصلحة العامة . فمن حيث المدين المرهون ، يحسن أن يخصص المدين العقار المرهون والمدين المضمون حتى لا يشمل جميع عقاراته عن طريق الرهن العام الشامل لجميع هذه المقارات . ومن حيث الدائن المرتهن ، يحسن أيضاً تخصيص الرهن ، حتى لا يتوالى الدائنون المرتهنون الواحد بعد الآخر في ارتهاق جميع عقارات المدين ، وما ينجح عن ذلك من صواب تأتي من عدم تخصيص عقار بالذات لكل دائن منهم ، فيكسب الدائن تأكيداً لصلبان دينه ما يزيد على ما يفقده من اتساع رقعة المقارات المرهونة . ومن حيث المصلحة العامة ، تنجم الثروات المقارية من جراء الرهن العامة التي تشمل جميع المقارات . انظر في ذلك بودرى ودي لوان ٢ فقرة ١٢٦٦ .

فيجب تعيينه تعييناً دقيقاً في عقد الرهن بالذات . (٢) تخصيص الدين المرهون . فيجب ذكر مقدار الدين الذي يضمنه الرهن الرسمي ، وتقرير قاعدة عدم تجزئة الرهن بالنسبة إلى هذا الدين ، وجعل الرهن تابعاً للدين فلا ينفصل عنه .

١٥ - تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

١٥٦ - نص قانوني : تنص المادة ١٠٣٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

« ٢ - ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معيماً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً » (١) .

وظاهر من هذا النص أن الرهن الرسمي يجب أن يقع على عقار يصح

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٢ من المشروع التمهيدي للوجه الآتي :

« ١ - لا يجوز أن يرهن إلا العقار الذي يصح التعامل فيه ويجوز بيعه في المزاد العلني ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك . ٢ - يجب أن يكون العقار المرهون معيماً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يكون التعيين وارداً إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً » . وقد عدلت لجنة المراجعة النص تمديلاً لفظياً ، فأصبح تحت رقم ١١٣٠ في المشروع النهائي ، مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافق مجلس النواب عليه تحت رقم ١١١٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢١ - ص ٢٣) .

التفتين المدني السابق م ٥٥٩ / ٦٨٣ : العقار الذي من شأنه جواز بيعه بالمزاد العلني هو الذي يجوز رهنه ورد غيره .

م ٥٦٠ / ٨٦٤ : المقارات المرهونة يلزم تعيينها تعييناً كافياً جنساً ومجلاً في عقد الرهن المتفق عليه وإلا كان الرهن لاغياً ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين في العقد .

التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلني ، ويجب تعيينه تعييناً دقيقاً في عقد الرهن من حيث طبيعته وموقعه . هذا ويشمل الرهن إلى جانب هذا العقار المرهون ملحقاته ، وكذلك ثماره من وقت إحقاق الثمار بالعقار . ويجوز رهن المبنى القائمة على أرض الغير ، فيكون للمرتهن حق التقدم في ثمن الأنتقاض إذا هدمت المبنى ، وفي التعويض إذا استبقى المبنى صاحب الأرض .

فتتكلم إذن فيما يأتي : (١) وقوع الرهن الرسمي على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلني . (٢) تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه . وهذا الأصل في تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون . (٣) حصول الرهن لملحقات العقار المرهون . (٤) شمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار . (٥) رهن المبنى القائمة على أرض الغير رهناً رسمياً .

١٥٧ - وقوع الرهن الرسمي على عقار يصح التعامل فيه ويجوز

بيعه بالمزاد العلني : والرهن الرسمي لا يقع إلا على العقار . أما المنقول فلا يصح استقلالاً أن يكون محلاً للرهن الرسمي . وعلى ذلك لا يصح رهن الأموال المنقولة . أي الحقوق العينية التي تقع على منقول كحق ملكية المنقول وحق الانتفاع به . فلا يجوز رهن سيارة أو ساعة منيما كانت ثمينة أو مجوهرات رهناً رسمياً . وإن كان يجوز رهنها رهن حيازة كما سئرى . على أن هناك منقولات وردت نصوص خاصة تجيز رهنها رهناً رسمياً ، وهذه هي المحال التجارية (fonds de commerce) فقد أجاز القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ رهنها رهناً رسمياً . وبين الإجراءات التي تتبع في ذلك . ذلك أن المحال التجارية لا تعتبر منقولا مادياً . بل هي منقول معنوي إذ تشمل خلاف العناصر المادية ، عناصر معنوية كالاسم التجاري والسمعة التجارية والعملاء ونحو ذلك . والمحال التجاري لا يخضع على كل حال للقاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . فرهنها رهناً رسمياً

لا يعرضها لهذه القاعدة التي تضيع أهم فوائد الرهن الرسمي ، هذا إلى أنه يتيسر وضع نظام لشهر الرهن الرسمي على المحال التجارية^(١) . كذلك يجوز الرهن الرسمي الوارد على السفن بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ . لأنها لا تخضع لقاعدة حيازة المنقول ويمكن أن يوضع لها نظام لشهر الرهن^(٢) . وعلى غرار نظام رهن السفن البحرية ، عرف نظام رهن السفن النهرية ورهن الطائرات (اتفاقية جنيف سنة ١٩٤٨) .

ويجوز رهن العقار رهناً رسمياً . سواء كان هذا العقار حق ملكية في عقار كملكية أرض أو ملكية منزل . أو حق رقعة عقارية . أو حق انتفاع عقارى^(٣) .

(١) انظر في هذا المعنى بيدان وفواران ١٣ فقرة ٣٢٦ وما بعد - پلافبول وديبير ويبيكي ٢ فقرة ٢٥٣ وما بعدها - شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ .

(٢) مصافى كال طه في أصوله القانون البحرى فقرة ٧٤٨ ص ٧٣٧ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥١ ص ١٥٠ هامش ١ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٦ - منصور مصافى منصور فقرة ١٠ ص ٢٥ - سمير تناغر فقرة ١٣ .

ولا يجوز رهن الحقوق انشخصية رهنا رسمياً ، أيا كان محلها ، وسواء كان هذا المحل هو القيام بعمل أو الانتفاع عن عمل أو إعطاء شيء ولو كان هذا الشيء عقاراً . فلا يجوز رهن الدين رهنا رسمياً ، ولا رهن حق المستأجر لأنه حق شخصي ولو كانت العين المؤجرة عقاراً .

(٣) انظر في عدم جواز رهن حق الانتفاع شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٣ - ص ١٥٦ - ولكن لا شك في أن حق الانتفاع العقارى عقار ، يجوز رهنه رهنا رسمياً ، وهذا هو الرأى السائد في مصر (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٢٧ - ص ٣٨ - شفيق شحاتة ص ٣٣ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٢١٠ ص ٣١٥) .

وحق الانتفاع يزول حتماً بموت المنتفع ، فيزول الرهن بزوال محله - وكذلك ينتهى بانتهاء أجله ، فيزول الرهن كذلك ، وإذا رهن حق الانتفاع ، وجب ألا يكون ذلك لأزيد من مدته . ولا يدخل في الرهن حق المنتفع في جنى الثمار وقبضها ، ولا يتقدم الدائن المرتهن في ثمن هذه الثمار ، وإنما يتركز حقه في حق الانتفاع ذاته لا فيما ينتج من ثماره ، إلا إذا التحقت الثمار بحق الانتفاع عند نزع ملكية هذا الحق . ولا يجوز للمالك أن يرهن من ملكه حق =

كذلك يجوز رهن حق المخنكر أى المحكر ، ويشمل الرهن فى هذه الحالة ما أحدثه المخنكر فى الأرض المخنكرة من بناء أو غراس ، إلا إذا رهن المخنكر حقه فى المحكر وحده دون البناء أو الغراس . وكذلك يجوز رهن حق صاحب الرقبة فى الأرض المخنكرة . لأن هذا الحق يعتبر عقاراً فيجوز رهنه .

ويجوز رهن حق الارتفاق ، وإن كان تبعاً لعقار المرتفق لا وحده . لأنه لا يجوز بيع حق الارتفاق منفصلاً عن العقار المرتفق .

ويجوز رهن الحق العقارى المتنازع فيه . ويشمل ذلك الدعوى المتعلقة به ، ولكن لا يجوز رهن الدعوى دون الحق^(١) .

أما حق الرهن الرسمى نفسه . فلا يجوز فى فرنسا رهنه رهنأ رسمياً . لأن المادة ٢١١٨ مدنى فرنسى ذكرت على سبيل الحصر الأموال التى يجوز رهنها رهنأ رسمياً وليس حق الرهن الرسمى منها . ولأن المادة ٧٧٥ مرافعات فرنسى نصت على وجوب وسمة الناتج من الرهن قسمة غراماً بين دائئى الدائن المرتهن فاعتبر ذلك التبع منقولاً لا عقاراً^(٢) . وهذا هو الرأى السائد فى مصر^(٣) . ولكن يجوز على كل حال رهن الدائن للدين المضمون بالرهن

= الانتفاع ، لأن حق الملكية للكمال لا يقبل ظهوراً لحق الانتفاع (بلانزول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٥٥ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ هاش ٢) .

فإذا انضم إلى الرقبة حق الانتفاع وأصبحت الملكية كاملة ، شمل رهن الرقبة هذه الملكية الكاملة . ذلك لأن حق الانتفاع يعتبر من ملحقات الرقبة ، إذا انضم إليها ، ويشمله الرهن . ولكن العكس غير صحيح ، فإذا ملك صاحب حق الانتفاع المرهون الرقبة ، أصبح مالكاً ملكية كاملة ، ولكن حق الانتفاع وحده يبقى مرهوناً (سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٨ - ٣٩) .

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٤٤ - چوسران ٢ فقرة ١٦٦٠ - سليمان مرقس فقرة ٢٧ ص ٣٩ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٤٧ - چوسران ٢ فقرة ١٦٥٩ .

(٣) جرانمولان فقرة ٣٣٢ - محمد كامل مرقس فقرة ٥١ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٦ هاش ١ - شفيق شحاته فقرة ٣٥ - سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ - وإن كان الأستاذ سليمان مرقس يرى إعادة النظر فى هذا الرأى ، ويقدم الأدلة التى تدعو لذلك (سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٤٠ هاش ٢) .

الرسمي رهن حيازة فيتبع الرهن الرسمي الدين في رهنه ، كما يجوز له أن يبيع الدين ويتبعه في ذلك الرهن الرسمي^(١).

ويجب أن يكون العقار المرهون رهناً رسمياً مما يجوز التعامل فيه ومما يجوز بيعه بالمزاد العلني ، فلا يجوز رهن الوقف . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « يجب أن يكون المال الذي صح رهنه رهناً رسمياً عقاراً يجوز التعامل فيه ، فلا يجوز رهن الوقف »^(٢) . ولا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه^(٣) ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « كذلك يجب أن يكون جائزاً بيعه في المزاد العلني . فلا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف لبيعته^(٤) . كذلك لا يجوز رهن

(١) بلايول وريير وبيكيه ١٢ نقرة ٣٦٦ - بيدان وفاران ١٣ نقرة ٣٥٧ ص ٣٦٨ - شفيق شحانة نقرة ٣٥ - شمس الدين الوكيل نقرة ٥٢ ص ١٤٦ هامش ١ - سليمان مرقس نقرة ٢٨ ص ٤٠ - ص ٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي نقرة ٢٠٨ ص ٣١٣ - شفيق شحانة نقرة ٢٥ ص ٢٨ - سليمان مرقس نقرة ٢٧ ص ٣٦ - ويلاحظ أنه قد يكون الغرض من شرط المنع من التصرف لا يتعارض مع بيع العقار في المزاد ، وعندئذ يجوز رهن العقار مع أنه ممنوع من التصرف فيه . مثل ذلك أو يشترط البائع على المشتري منع التصرف في العقار المبيع حتى يوفى المشتري بالتأمين ، فهنا يجوز للمشتري أن يرهن العقار المبيع ، لأن الدائن المرتهن إذا أراد بيع العقار طهره حتماً بما عليه من تأميمات بما في ذلك امتياز البائع . فيتصرف البائع حقه أولاً دون أن يتبع العقار ، ثم يتصرف الدائن المرتهن بعد ذلك حقه المضمون بالرهن (إسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ٢ ص ٦٩ - شمس الدين الوكيل نقرة ٥٢ ص ١٥٦ - عبد المنعم فوج الصدة نقرة ٥١ - أحمد سلامة نقرة ٤٢ - منصور مصطفي منصور نقرة ١١ ص ٢٦ - ص ٢٧) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

ورأى مع بعض الفقهاء أن جواز التعامل في العقار المرهون معناه ، أن هذا العقار يجوز بيعه بالمزاد العلني (انظر شفيق شحانة نقرة ٢٧ - وانظر شمس الدين الوكيل نقرة ٥٢ ص ١٥٧ - ص ١٥٩ - سليمان مرقس نقرة ٢٧ ص ٢٢٧ هامش ٢ - وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣١٣ هامش ٤) .

ما لا يجوز التعامل فيه محافظة على النظام العام والآداب ، كرهن العقار المستعمل للمقامرة أو للمهارة . ولا يجوز أن يرهن رهناً رسمياً العقار المقصور على مالكه ، كحق الاستعمال وحق السكنى ، لأن المالك لحق الاستعمال أو حق السكنى لا يستطيع النزول عن حقه إلا بناء على شرط صريح أو لمبرر قوى (م ٩٩٧ مدني)^(١) .

١٥٨ — تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه : رأينا^(٢) أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٥ مدني تنص على أن العقار المرهون يجب أن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع الرهن باطلاً . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وتقتضى قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة والموقع ، فإذا لم يرد في العقد هذا التحديد أمكنت تكملته في ورقة لاحقة تكون هي أيضاً رسمية . وتعتبر ملحفاً لعقد الرهن »^(٣) .

فبدأ تخصيص الرهن^(٤) إذن يقتضى أولاً تعيين العقار المرهون بالذات ،

(١) وقد نقتت بحكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد نص في القانون يحد من حق الدائن المرتهن الذي أصبح يهرن كإف لسداد الدين من طلب ضمان إضافي من طريق استصدار حكم بالدين يجوز له أخذ اختصاص على عقارات لمدينه . وقد تمسكاً بضرورة الاتجاه لإجراء كهذا ، سواء لعدم كفاية الضمان الناتج من بيع الأعيان المزروع ملكيتها ، أو من هبوط قيمة الأعيان المرهونة لدرجة تؤثر في سداد الدين المضمون ، أو بسبب خشية استحقاق الغير لها ، وبصفة عامة بسبب ضياع أو نقصان التأمينات المطاة . وحق الأولوية الذي للدائن المرتهن هل يمتد لألاك مدينه ، لا يمنع من حقه العام هل جمع ألاكه الأخرى التي تعتبر منفسه لها (استئناف نسط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٢٠١ ص ٤٥١) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٥٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٢ .

(٤) principe de spécialité .

فلا يجوز رهن المالك لجميع ما يملك من العقارات ، أو لجميع عقاراته الموجودة بجهة كذا . ومنى عين العقار المرهون بالذات ، وجب تحديده تحديداً دقيقاً من ناحيتين : (الناحية الأولى) من حيث طبيعته ، فيقال إن هذا العقار هو أرض أو منزل أو مصنع أو غير ذلك من العقارات ، وإذا كان أرضاً فهل هي أرض زراعية أو أرض بناء أو غير ذلك . وبحسن ذكر حدود هذا العقار ، ومساحة رقعته ، وما يحمله من مميزات . وما أعد له من أغراض وخدمات ، وغير ذلك مما يجعل العقار موصوفاً وصفاً تاماً يمكن معه أن يتعين من بين كثير من العقارات المشابهة . ويجب ذكر ما إذا كان ملكاً كاملاً أو حق رقية أو حق انتفاع (١) . (الناحية الثانية) من حيث موقعه ، فتذكر الجهة التي يوجد فيها العقار ، وموقع العقار من هذه الجهة ، وما يحيط به من جيران وعقارات أخرى ، بحيث يتميز العقار تميزاً تاماً عن سائر العقارات المجاورة له في الجهة التي هو فيها ، فلا يلتبس بغيره من العقارات (٢) .

ويجب أن يحدد العقار هذا التحديد الدقيق في نفس عقد الرهن الرسمي ، فلا يكفي التحديد في القيد ، لأن التحديد في القيد شيء آخر يفيد الغير ولا شأن له بنفس العقد . فإذا لم يحدد العقار في نفس العقد الرسمي ، أو حدد تحديداً غير دقيق ، وجب إلحاق العقد بورقة أخرى ، تكون هي أيضاً رسمية . يحدد فيها العقار تحديداً دقيقاً أو يستكمل فيها ما نقص من هذا التحديد في العقد الرسمي . وتعتبر هذه الورقة ملحقاً للعقد الرسمي . فيكون العقد الرسمي

(١) بودري ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٠ ص ٤٨٩ وفقرة ١٣٧١ ص ٤٩١ - أوبري ورو ٣ فقرة ٢٩٦ هامش ٥٧ ثالثاً - بلانيون وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣٢ .

(٢) بودري ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧ ص ٤٨٩ - ص ٤٩٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٤٢٩ (ذكر اسم الشارع الذي يوجد فيه المنزل ورقم هذا المنزل) - سليمان مرتس فقرة ٣٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٢ ص ١٥٩ - ص ١٦٠ - منصور مصطلح منصور فقرة ١٢ - سمير تانغر فقرة ١٤ .

مشتملاً على ورقتين ، ورقة يذكر فيها العقد وأخرى يحدد فيها العقار المرهون تحديداً دقيقاً .

وجزاء عدم التحديد الدقيق على الوجه الذى سبق بيانه هو البطلان المطلق ، لأن هذا التحديد الدقيق هو أصل من أصول تخصيص الرهن . ومبدأ تخصيص الرهن مبدأ جوهرى لا يقوم الرهن بدونه - ولا يجوز أن يغفل هذا التحديد الدقيق في عقد الرهن الرسمى أو في ملحقه . اكتفاء بذكره في قيد الرهن ، فان الرهن لا يقيد إلا إذا كان صحيحاً ، والرهن الرسمى دون هذا التحديد الدقيق يكون باطلاً كما قدمنا . فإذا لم يحدد العقار المرهون تحديداً دقيقاً فأصبح الرهن الرسمى باطلاً . لم يصححه القيد ولو احتوى على هذا التحديد الدقيق^(١) . وإذا كان الرهن الرسمى باطلاً لعدم التحديد الدقيق ، أمكن أن يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة : الدائن المرتهن والراهن وورثة كل منهما والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة والحائز للعقار^(٢) .

ويتضمن عقد الرهن الرسمى الباطل وعداً صحيحاً بعقد رهن رسمى آخر ، فإذا لم يتم به الراهن ، جاز للدائن المرتهن أن يعتبر أن الراهن قد أخذ بوعده . فيحل الدين فوراً ويفقد المدين سعة الأجل^(٣) .

١٥٩ - شمول الرهن للمخفات العقار المرهون - نص قانونى : تنص

المادة ١٠٣٦ مدنى على ما يأتى :

(١) جيوار ٢ فقرة ١٠٢٨ - بودى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٩ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ - پلانيول ريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٢) هيك ١٣ فقرة ٢١٦ - لوران ٣٠ فقرة ٥١٢ - جيوار ٢ فقرة ١٠٢٧ - أورى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٣ - بودى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٧ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

(٣) لوران ٣٠ فقرة ٥١٣ - جيوار ٢ فقرة ١٠٢٩ - أورى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ هامش ٦٥ مكرر - بودى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٧٨ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٢ - پلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤٣١ .

«يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعارين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ (١) .

وهذا النص يجعل الرهن يمتد إلى ملحقات العقار المرهون ، لأن هذه الملحقات تابعة للعقار المرهون فتكون مرهونة مثله . وقد ذكر النص أمثلة واضحة لهذه الملحقات ، هذه هي :

١ - حقوق الارتفاق : ويقصد بها حقوق الارتفاق الإيجابية التي تكون تابعة للعقار المرهون ، فيكون هذا العقار عقاراً مرتفقاً ، له ارتفاق على عقارات أخرى مجاورة . ذلك أن حق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه ، فلا يفصل عنه . فإذا بيع العقار بيعت معه حقوق ارتفاقه ، وكذلك إذا

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٣ من المشروع التمهيدي حل الوجه الآتي : ١ - يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك . فإن كان الرهن مرتقياً على حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى مالك للرقبة ، فإن الرهن يمتد إلى حق الانتفاع ، وذلك دون إخلال بما يكون هذا الحق مثلاً به من حقوق هيبة . ٢ - لا أثر للرهن في الخنوق التي كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن ، على ملحقات المين المرهونة . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة اثنائية والجزء الأخير من الفقرة الأولى ، مع النص على عدم الإخلال بحق امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعارين المنصوص عليه في المادة ١٢٥٢ ، وأصبح رقم المادة ١١٣١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١١١٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٦ (مجموعة الأعمال التضيرية ٧ ص ٢٣ - ص ٢٦) .

التقنين المنفي السابق م ٥٦٤ / ٦٨٨ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بنهر تعيين حصته منه ، وجميع ملحقاته وما يحدث فيه . من الإصلاحات ، والأبنية التي تعود ضمنها على مالكه ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

رهن فإن حقوق الارتفاق تصبح مرهونة مثله^(١) . وتكون حقوق الارتفاق مرهونة مع العقار ، حتى لو لم توجد حقوق الارتفاق هذه إلا بعد عقد الرهن ، لأنها تعتبر تابعة للعقار^(٢) .

٢ - العقارات بالتخصيص : والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته يملكه مالك العقار ولكن هذا المالك رصده وفقاً على خدمة العقار واستغلاله ، فهو إذن يلازم العقار ويتبعه في مصيره بيعاً أو رهناً أو أى تصرف آخر من التصرفات . ولا يجوز فصله عن العقار . وإلا أصبح منقولاً لا يجوز رهنه رهناً رسمياً . وتدخل العقارات بالتخصيص ، كالمماشية والآلات الزراعية وأدوات النقل والسماد والبذور والمفروشات المخصصة لخدمة فندق والآلات المخصصة لخدمة مصنع ونحو ذلك ، مع العقار المرهون في الرهن ، دون حاجة إلى ذكر ذلك . لأن هذه العقارات بالتخصيص تتبع العقار الأصلي ، فتصبح مرهونة مثله ويستوى أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت عقد الرهن أو وجد بعد ذلك ، فكل عقار بالتخصيص يلحق بالعقار الأصلي في الرهن ، أبياً كان تاريخ وجوده^(٣) . وإذا دخل العقار بالتخصيص في الرهن ، ثم فصله الراهن عن العقار الأصلي ، كأن باعه وسلمه إلى المشتري ، فإن المشتري إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذي أصبح منقولاً ،

(١) جيوار ٢ فقرة ٦٧٣ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٢٨ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٢) منصور مصطفي منصور فقرة ١٤ ص ٣٣ - سير تناغر فقرة ١١ ص ٤٨ .

(٣) انظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٩ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩١٦ - بيدان وثواران فقرة ٣٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٦٤٦ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٦٦٨ - چورمان ٢ فقرة ١٦٥٦ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٢ ص ٤١٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ - سير تناغر فقرة ١٦ ص ٤٩ - وفلك مالم يتفه حل غيره (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٢ ص ٤٢٠ - ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٧ ص ٨٥١) ، ويتم صبه لإثبات ذلك على من يدعيه (سليمان مرقس فقرة ٣٣ ص ٤٨) .

ولا يحتج عليه بأنه كان مرهوناً مع العقار الأصلي لأنه حازه وهو يعتقد
بحسن نية أنه خالٍ من الرهن . ولكن يجوز للدائن المرتهن أن يحجز على
التمن وهو في يد المشتري . إذا كان هذا لم يدفعه للبائع . لأن الرهن شمل
التمن ويتقدم فيه الدائن المرتهن^(١) . أما إذا باع الراهن العقار بالتخصيص
ولكن لم يسلمه للمشتري ، فإنه يبقى مرهوناً مع العقار الأصلي كما كان ،
حتى لو كان المشتري حسن النية ما دام أنه لم يحزه . ويستطيع الدائن المرتهن
أن يعارض في تسليم العقار بالتخصيص للمشتري^(٢) .

٣ - التحسينات والإنشاءات : وكثيراً ما يستحدث مالك العقار
المرهون هذه التحسينات ويقم هذه المنشآت ، فتدخل ضمناً . دون حاجة
إلى اتفاق خاص على ذلك ، في الرهن باعتبارها تابعة للعقار المرهون .
ولا يقصد بالتحسينات والمنشآت ما نشأ نتيجة للتقلبات الاقتصادية كارتفاع
سعر العقار المرهون . أو نتيجة لتنفيذ مشروعات عامة كمشروعات للإنارة
أو للكهرباء أو للرى أو للصرف ، فكل هذه يستفيد منها العقار فيعلو سعره
ويدخل هذا العلو في الرهن ، ولكنها لا تعتبر هي التحسينات والمنشآت
المقصودة^(٣) . وما أنتجته الطبيعة من تحسينات في الأرض ، كتراكم الطحى

(١) سيمر تناغر فقرة ١٦ ص ٤٨ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩١٧ - بيدان وفواران فقرة ٣٥٤ - پلانيول
وريبير وبكيه ١٢ فقرة ٣٨٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ hypothèque فقرة ١٧٠ ص
٩١٦ - محمد كامل مرسى فقرة ٥٨ - شفيق شحاتة فقرة ٣٦ - سليمان مرقس فقرة ٣٣
ص ٤٩ - سيمر تناغر فقرة ١٦ ص ٤٩ .

ويشمل الرهن العقار بالتخصيص حتى لو كان الراهن لم يدفع ثمن المنقول الذى أصبح
عقاراً بالتخصيص ، ويتأخر امتياز بائع المنقول على حق الدائن المرتهن ، إلا إذا كان الدائن
المرتهن يعلم وقت تخصيص المنقول لخدمة العقار بوجود امتياز للبائع (استثناءات محتلط ١٨
يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٨ - سليمان مرقس ٣٣ ص ٤٨ هامش ٥ . وقارن المذكرة
الإيضاحية لشرع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥) .

(٤) سيمر تناغر ١٦ ص ٤٩ - ص ٥٠ .

الذي يزيد من مساحة الأرض ، يعتبر تحسیناً بفعل الطبيعة ويدخل ضمن الرهن . أما المقصود بالتحسينات هنا ، فهو ما يصنعه صاحب العقار المرهون بنفسه ، كتوسيع غرف المنزل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من الطريق العام . فكل ما يصنع من ذلك يعتبر تحسیناً يدخل ضمن الرهن (١) . وكذلك الإنشاءات التي يزيد بها صاحب العقار المرهون . كأن يبني طابقاً جديداً أو يستحدث بناء على الأرض المرهونة أو يضيف إلى البناء الموجود ملاحق له تزيد من قيمته . كل هذه تعتبر إنشاءات تتبع العقار المرهون وتدخل معه في الرهن (٢) . ويستوى أن تكون التحسينات والإنشاءات قد حدثت قبل عقد الرهن أو حدثت بعد ذلك ، فما دامت قد أصبحت عقاراً ملحفاً بالعقار الأصلي المرهون ، فإنها تدخل معه في الرهن . وتدخل التحسينات والإنشاءات أياً كانت قيمتها ، ولو زادت القيمة على العقار الأصلي المرهون نفسه (٣) . وإذا قام الغير ، كمتأجر ، بالإنشاءات لخدمته ، فإنها لا تدخل في الرهن ما دامت في ملك المتأجر (٤) . حتى إذا انتهى

(١) ويعتبر تحسیناً ما ينقضى من حقوق كانت تؤول للعقار المرهون ، كحق ارتفاع أو حق انتفاع (إلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٦ - سير تناغر فقرة ١٦ ص ٥٠ هامش ٢) . وإذا نص صريحاً في عقد الرهن أنه لا يشمل نصب العقار المرهون ، بل وجميع التحسينات والزيادات الحاصلة فيه ، فإن هذا الرهن يشمل الطابق الجديد المبني في العقار ، ويدخل في نزع الملكية (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٧٢ ص ١٩٣٦) .

(٢) فتدخل المباني المستحقة فوق الأرض كجزء من الأرض المرهونة (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٩) ، وكذلك ريع هذه المباني (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٨)

(٣) منصور مصطلق منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ - سير تناغر فقرة ١٦ ص ٥٠ .

(٤) ويجوز للمتأجر رهن هذه الإنشاءات ، ما دامت في ملكه (استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ - طليمان مرقمر فقرة ٣٤ ص ٥٢) .

الأمر بأن دخلت في ملك صاحب العقار المرهون ، فإن الرهن يشملها^(١) ولا يعتبر رهناً مالم مستقبل أن تكون المنشآت قد أقيمت بعد الرهن ، فإن الرهن يشملها لاستقلته بل باعتبارها قد أصبحت تابعة للعقار المرهون^(٢) . وإذا امتد الرهن إلى المنشآت والتحسينات فإنه يمتد بمرتبه الأصلية لا من تاريخ وجود هذه المنشآت والتحسينات ، حتى لو لم تقم هذه المنشآت والتحسينات إلا بعد مدة طويلة انقضت بعد عقد الرهن^(٣) .

وليس ما ذكرنا هو وحده الذي يلحق بالعقار المرهون فيدخل في الرهن ، بل كل ملحق بالعقار المرهون يدخل في الرهن إذا اعتبر عقاراً مثله . فيدخل حق الانتفاع باعتباره تابعاً للعقار المرهون ، وعلى ذلك إذا رهن مالك الرقبة ما يملكه وهو الرقبة ، وكان حق الانتفاع مفصولاً من الرقبة ومقررراً لشخص آخر ، ثم انتهى حق الانتفاع فآل إلى الرقبة ، دخل حق الانتفاع باعتباره ملحقاً بالعقار المرهون^(٤) .

ويدخل كذلك حق الحكر ، إذا رهن صاحب الرقبة ما يملكه ثم انقضى حق الحكر أو نسخ ، فإنه يلتحق بالرقبة المرهونة ويصير مرهوناً مثلها^(٥) . ويدخل كذلك في الرهن الحائض المشترك الذي يحد العقار المرهون ، باعتبار أنه ملحق بهذا العقار^(٦) ، كما يدخل صاحب سطح الأرض المرهون

(١) منصور مصفاي منصور فقرة ١٤ ص ٣٤ - ص ٣٥ - سمر تناغر فقرة ١٦ ص ٥٥ - وإذا كان الباني ملحقاً بالعقار المرهون يستحق تمويضا ، أخذه من مالك العقار المرهون لأن هذا المالك قد زاد البناء في قيمة ملكه ، ولا يرجع الباني بدهوى الإثراء بلا سبب على الدائن المرهون إذا نزع هذا ملكية البناء مع العقار المرهون وحصل بذلك على حقه (سليمان مرقس فقرة ٣٤ ص ٥١ هامش ٤ - عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٣٠) .

(٢) سمر تناغر فقرة ١٦ ص ٥١ .

(٣) سمر تناغر فقرة ١٦ ص ٥١ .

(٤) بلانويل وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٨٦ - سمر تناغر فقرة ١٦ ص ٥٢ .

(٥) سليمان مرقس فقرة ٣٧ .

(٦) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٦٦٨ - بلانويل وريبير وبيكيه فقرة ٣٨٢

في التعويض الذي يأخذه من منجم في بطن الأرض^(١) . والمهم أن يكون الذي يدخل في الرهن هو ملحق للعقار المرهون يعود بمنفعة على المالك^(٢) ، وأن يكون في الوقت ذاته معتبراً عقاراً مثله^(٣) ، فقد نصت المادة ١٠٣٦ مدني كما رأينا على أن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً » .

وقد لاحظ المشرع المصري أنه قد يدخل ضمن الرهن ، كلحقات للعقار المرهون ، ما يكون مثقلاً بحق امتياز المقاول أو المهندس المعماري ، وذلك كالمنشآت والتحسينات التي يقيمها صاحب العقار المرهون فتدخل في الرهن وعليها امتياز للمقاول أو المهندس المعماري الذي بناها . هذا الامتياز قد يكون متأخراً في مرتبته عن حق الرهن الأصلي ، بأن تكون المنشآت أو التحسينات لم تقم إلا بعد الرهن . ومع ذلك يتقدم المقاول أو المهندس المعماري بامتيازه هذا المتأخر على الدائن المرتهن المتقدم ولو كان الدائن المرتهن لا يعلم بحق الامتياز . وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠٣٦ مدني على هذا الحكم ، إذ تقول : « مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ ،^(٤) .

(١) پلانبول وريبير وبيكيه فقرة ٣٨٢ ص ٤١٧ .

(٢) فلا يدخل في الرهن ما استحدثه المستأجر من منشآت في العين المرهونة مادامت المنشآت مملوكة للمستأجر ، فإذا ما آلت ملكيتها للمالك وأصبح يستطيع الانتفاع بها ، دخلت في الرهن كما قدمنا .

(٣) فلا يدخل في الرهن ما يعتبر منفولاً من ملحقات العقار ، كالمربيات المضممة لركوب صاحب هذا العقار وأثاث المنزل المخصص لسكنى الرهن والمواشي والآلات التي يستأجرها للرهن تلمذة للعقار (منصور مصطلق منصور فقرة ١٤ ص ٣٣ - سليمان مرتضى فقرة ٣٢ ص ٤٢) .

(٤) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ١٠٣٦ مدني ما يأتي : « يلحق بالعقار في الرهن ، فيكون مرهوناً مثله في نفس اللذين ، دون حاجة إلى ذكره في العقد ، كل ما يكون من ملحقات العقار ويعتبر عقاراً . مثل ذلك ما يكون للعقار المرهون من -

وكل ما قدمنا ليس من النظام العام . فيجوز للدائن المرتهن وصاحب العقار المرهون أن يتفقا على إخراج التحسينات والإنشاءات أو حق الانتفاع أو غير ذلك من الرهن : فلا يصبح مرهوناً مع العقار المرهون . وقد نصت المادة ١٠٣٦ مدني على ذلك . إذا تقول « ما لم يتفق على غير ذلك » .

١٦٠ - سُمول الرهن للثمار من وقت إلحاقها بالعقار - نص قانوني :

تنص المادة ١٠٣٧ مدني على ما يأتي :

« يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يقبله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل . ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار » (١) .

حقوق الارتفاق ، ومثل ذلك أيضاً المقارات بالتخصيص التي أعدها المالك لخدمة العقار ، سواء كانت من قبل الرهن أو أعدت بعده ، ومثل ذلك أخيراً ما أدخل على المقار ولو بعد الرهن من تحسينات مهما زادت في قيمته وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء فإن الرهن يشمله مهما كان كبيراً . كذلك لو أقام الغير بناء على أرض مرهونة وملك الراهن البناء بالاتصاق ، فإن الرهن يشمل البناء . وتطبيقاً لما تقدم إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك ، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره قابلاً للرقبة ، مع سראعة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهوناً واشترى مالك الرقبة المرهونة ، فإن الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذي رتب على حق الانتفاع من قبل . وكذلك الأمر في ملحقات المقار المرهون إذا كان للغير حقوق عليها ، فإن الرهن الذي يمتد إلى هذه الملحقات لا يؤثر في هذه الحقوق ، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشي لم يرفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض ، فإن الرهن يشملها ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشي « مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٤ - ص ٢٥ » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ١١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٦ - ص ٢٧) .

ولا مقابل للنص في التفتين المدني السابق ، ولكن يقابله في تفتين المرافعات الأسبق م ٥٤٥ / ٦٢٣ : يترتب على تسجيل التنبيه إلحاق إيرادات الثمار المقصود نزعها من يد المدين وثمراته به ، ويوزع ما يخص المدة التي أعقبت ذلك التسجيل من كل منها كما يوزع ثمن العقار .

ويؤخذ من هذا النص أن ثمار العقار المرهون تلتحق بهذا العقار . ويجرى في توزيعها ما يجرى في توزيع ثمن العقار ، من وقت إلحاق الثمار بالعقار عند الشروع في نزع ملكية العقار . سواء كان نازع الملكية هو الدائن المرتهن أو أى دائن آخر ولو كان دائناً عادياً . أما قبل إلحاق الثمار بالعقار ، فالثمار من حق صاحب العقار المرهون وله قبضها . وقد نصت المادة ١٠٤٤ مدنى فى هذا الصدد على أن « تراهن الحق فى إدارة العقار المرهون . وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » . وهذا هو الذى يميز الرهن الرسمى . فالراهن لعقاره رهناً رسمياً لا يحرم نفسه من ثمار عقاره . فهى ملكه وله أن يقبضها إلى أن تلتحق بالعقار » (١) .

يبقى إذن أن نحدد بالضبط متى تلتحق الثمار بالعقار . فيتقدم فيها الدائن المرتهن بحسب مرتبته كما يتقدم فى استيفاء دينه من ثمن العقار نفسه . تقول المادة ١٠٣٧ مدنى ، كما رأينا . أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلتحق بالعقار ، ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل » . فتلتحق الثمار بالعقار المرهون من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية . وهذا لم إذا كان العقار المرهون لا يزال فى ملك الراهن . أما إذا انتقل العقار المرهون إلى ملك حائز للعقار . فقد نصت المادة ١٠٧٩ مدنى على أنه « على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية . فإذا تركت الإجراءات مدة ثلاث سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد » . فإذا كانت الثمار مدنية . وهى ما يسميها المشرع بالإيرادات . فما يستحق منها عن المدة اللاحقة لتسجيل التنبيه أو الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت

(١) وتشمل ثمار العقار ثمار ملحقاته ولو أنشئت بعد الرهن ، كبناء مطابق جديد بعد الرهن فوق المنزل المرهون (استئناف محتلط ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٨ - سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣) . وإذا باع الراهن الثمار قبل إلحاقها بالعقار ، ثم حثت بعد ذلك ، فإنها تكون ملكاً للمشتري (المذكرة الإيضاحية للمشرع التمهيدى فى مجموعة الأعمال الصحفية ص ٢٧ - ثمر الدين التوكيل فقرة ٥٣ ص ١٦٨ - سليمان مرقس فقرة ٣٥ ص ٥٣) .

رسو مزاد العقار المرهون يلحق بالعقار ، ويوزع على الدائنين المرتهنين بحسب مراتبهم كما يوزع ثمن العقار المرهون نفسه . فإذا كان العقار المرهون منزلاً وكان مؤجراً ، فإن أجره المنزل من وقت تنبيه نزع الملكية أو من وقت الإنذار بالدفع أو التخلية إلى وقت رسو مزاد المنزل تلحق بالعقار ، وتوزع مع ثمن العقار على الدائنين المرتهنين بحسب مراتبهم . أما ما يستحق من الأجرة عن مدة سابقة على تسجيل التنبيه أو على الإنذار فإنه يكون من حق صاحب العقار المرهون ، ولو لم يتم الوفاء إلا بعد التسجيل أو الإنذار^(١) .

أما إذا كانت الثمار طبيعية أو مستحدثة ، فهناك رأى يذهب إلى أن العبرة فيها بتاريخ الحنى ، فإذا كان التاريخ بعد التسجيل أو الإنذار ألحقت كلها بالعقار ، ولا يعقد بالمدة التي بقيت فيها هذه الثمار بالأرض قبل التسجيل أو الإنذار ما دامت قد جئيت بعد ذلك . فلو أن الثمار هي محاصيل الأرض ، وبقيت هذه المحاصيل في الأرض تسعة أشهر منها ستة أشهر قبل التسجيل أو الإنذار وثلاثة أشهر بعد ذلك ، فما دامت قد جئيت بعد التسجيل أو الإنذار فإنها تعتبر كلها ملحقة بالعقار المرهون ويوزع ثمنها على الدائنين المرتهنين كما يوزع ثمن العقار نفسه ، ولو أن هذه المحاصيل بقيت في الأرض ثلثي المدة قبل التسجيل أو الإنذار وثالث المدة فقط بعد ذلك^(٢) . ويستند هذا الرأى إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة لا تعتبر مقبوضة إلا من وقت فصلها ، بخلاف الثمار المدنية فإنها تعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (م ٢/٩٧٨ مدنى) .

ولكن الرأى السائد ، وهو الرأى الذى نأخذ به ، يذهب إلى أن الثمار الطبيعية أو المستحدثة هي كالثمار المدنية ، فلا تلحق بالعقار إلا بنسبة المدة التي أعقبت التسجيل أو الإنذار إلى كل المدة التي بقيت فيها هذه الثمار بالأرض . ففي المثل السابق ، لا يلتحق بالعقار المرهون إلا ثلث المحصول ،

(١) منصور مصطلح منصور فقرة ١٤ ص ٣٦ .

(٢) محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٣٥٢ - شفيق شحاتة فقرة ١٢٥ ص ١١٤ .

أما الثكان فيكونان من فصيب الراهن . ونستند في هذا الرأي إلى أنه لا مبرر للترقية بين الثمار المدنية والثمار الطبيعية أو المستحدثة في هذا الصدد ، وإلى أنه ما دامت هذه الثمار الطبيعية أو المستحدثة بقيت في الأرض مدة قبل التسجيل أو الإنذار فإن ما يقابل هذه المدة منها يكون من حق الراهن . وهذا ما تنص عليه المادة ١٠٣٧ مدني ، فهي تقول : « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل . . . » (١) .

١٦١ - رهن المباني القائمة على أرض الغير رهنا رسمياً - نص قانوني :
تنص المادة ١٠٣٨ مدني على ما يأتي :

« يجوز للمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها . وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقراض إذا هدمت المباني ، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبنى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالانصاق » (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٢٨ من ٢٤٦ - محمد حل إمام فقرة ١٧٢ من ٢٧٠ - جمال الدين زكي من ٢٢٦ - شمس الدين التوكيل فقرة ٥٢ من ١٦٧ - سليمان مرقس فقرة ٣٥ من ٥٣ - عبد المصم فرج الصدة فقرة ٥٨ من ٨١ - أحمد سلامة فقرة ٦١ من ١٩٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤ من ٣٦ - من ٢٧ - سمير تناصر فقرة ١٧ من ٥٤ - من ٥٥ - وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « ولا يلحق بالعقار من الثمار إلا بقدر المدة التي أعقبت التسجيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ من ٢٧) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٥ من المشروع للتهدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة حل النص ، تحت رقم ١١٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ من ٢٨ - من ٢٩) .

التضيق المدني السابق : لا مقابل .

ويؤخذ من هذا النص أنه يجوز لشخص غير مالك الأرض أن يقيم على الأرض مباني يملكها ، فتكون الأرض مملوكة لشخص والمباني مملوكة لشخص آخر . نفرض مثلاً أن مستأجراً للأرض أو صاحب حق انتفاع أو مجرد حائز حصل من صاحب الأرض على الحق في إقامة منشآت في الأرض على أن تبقى هذه المنشآت ملكه . فإذا انقضت المدة المتفق عليها كان لمالك الأرض أن يستبق المباني التي يملكها بموجب حق الالتصاق ويعطى لصاحب المباني التعويض المتفق عليه أو التعويض الذي يحدده القانون طبقاً لقواعد الالتصاق . أو أن يطالب من صاحب المباني هدمها وأخذ نفاذها أو بيع هذه الأبنية . وقد نصت المادة ٩٢٢ مدني على هذا الحكم ، فهي تقول : « ١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكاً له . ٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها » . فيجوز إذن أن يكون لأجنبي على أرض الغير مبان ومنشآت ، يملكها تحت شرط فاسخ . فإذا انقضى الميعاد المتفق عليه ووجب خروج الأجنبي من الأرض ، كان لمالك الأرض الحق في تملك المباني بالالتصاق على أن يدفع لصاحب المباني التعويض المتفق عليه أو التعويض الذي حدده القانون في حالة التملك بالالتصاق ، أو الحق في أن يطالب من صاحب المباني هدمها وأخذ الأبنية أو بيعها . وفي هذه الحالة يكون المستأجر أو صاحب حق الانتفاع أو الحائز مالكا للمباني ، إلى أن يستعمل صاحب الأرض حق حيازة . فالمباني إذن تكون عقاراً مملوكاً لشخص غير مالك الأرض . وعلى ذلك يجوز لصاحب الماني أن يتصرف فيها كعقار ، وأن يرهنها رهناً رسمياً . وفي هذا تقول العبارة الأولى من المادة ١٠٣٨ مدني سالف الذكر :

« يجوز لمالك المبنى القائمة على أرض الغير أن يرهنها . . . » (١) .
 فإذا رهن المبنى صاحبها رهناً رهنياً ، وحل الدين المضمون بالرهن
 قبل أن يستعمل صاحب الأرض خياره ، كان لصاحب المبنى أن يبي بالدين ،
 وإلا نزع الدائن المرهن ملكيته المبنى المرهونة لاستيفاء دينه من ثمنها (٢) .
 وقد يبيع صاحب المبنى مبانیه وهى مرهونة ، فيجوز للدائن المرهن أن
 يتبع المبنى وهى فى يد الحائز ، وينفذ عليها بدينه كما يفعل أى دائن مرتهن
 بالنسبة إلى العقار المرهون إذا باعه صاحبه إلى حائز (٣) .

أما إذا استعمل صاحب الأرض حق خياره قبل حاول أجل الدين
 المضمون بالرهن ، فإن استبقى المبنى وحب عليه دفع التعويض المنفق عليه
 عليه أو الذى حدده القانون وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق (م ٩٢٥ -
 ٩٢٦ مدنى و م ٥٩٢ للمستأجر) . وفى هذه الحالة يكون للدائن المرهن
 على هذا التعويض حق التقدم . بما له من حق الرهن على المبنى ولحاول
 تعويض كل المبنى جلولا عينياً . أما إذا طلب صاحب الأرض إزالة
 المبنى ، فأزالها من بناها وباع الأنقاض . فإن الدائن المرهن يكون له حق -

(١) نكض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٨٩٣ دلووز ٩٣ - ١ - ٦٠٣ - ١٩ يونيه سنة
 ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٩٥ - استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ -
 أوبرى ورو ٢ فترة ١٦٤ ص ٦ وفترة ٢٢٣ ص ٦٢٧ و ٣ فترة ٢٥٩ هاش ٥ - بودرى
 ودى لوان ٢ فترة ١٣٠١ (١) - بيدان وفواران فترة ٣٧٨ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢
 فترة ٣٠٦٨ ص ٤٠٤ - شمس الدين أوكين فترة ٤٨ ص ١٤٢ - مصور مصطف مصور
 فترة ١٩ ص ٤٨ وهاش ١ - سيمر تناغر فترة ٢٤ ص ٧٨ .

(٢) بودرى ودى لوان ٢ فترة ١٣٠٠ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فترة ٣٦٨
 ص ٤٠٥ - سيمر تناغر فترة ٢٤ ص ٧٨ - سليمان مرقس فترة ٥١ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فترة ٣٦٨ ص ٤٠٥ - سيمر تناغر فترة ٢٤

التقدم على ثمن الأناض إذ حلت محل المبانى حلولاً عينياً ، فكان للدائن المرتهن حق التقدم في ثمنها (١) .

وليس فيما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة في رهن صاحب العقار عقاره وفي التملك بموجب حق الالتصاق ، وعلى ذلك يجوز لصاحب المانى رهنها على الوجه الذى قدمناه ، ومتى عينها تعييناً دقيقاً كان هذا تخصيصاً للرهن من ناحية العقار المرهون .

وقد نصت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الأحكام التى تقدم ذكرها ، فهى تقول : « إذا رهن المبانى صاحبها يقع الرهن عليها محددًا بحقوقه ، ليبقى الرهن ما بقيت المبانى قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فإذا انتقلت الملكية بالالتصاق ، انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المبانى . وإذا نزع المبانى فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، كان للمرتهن حق على ثمن الأناض . وهذه حالة من حالات الحلول العينية نص عليها المشروع (٢) » .

§ ٢ - تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون

١٦٢ - وجوب تحديد الدين المضمون تحديداً دقيقاً : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « يجب أن يكون الدين المضمون محددًا تحديداً دقيقاً . وهذا هو الشرط الثانى من مبدأ تخصيص الرهن (٣) . فلا يكتفى إذن ،

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٣٠١ - بلاذبول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٦٨ ص ٤٠٥ - سمير. تناغر فقر ٢٤ ص ٧٩ - شمس الدين البكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٨ - ويميز الفقهاء فى مصر بين ما إذا كان الدين مستحق الأداء وقت استبدال المقابل بالمبانى فنكون أمام حق تقدم بموجب حق الرهن نفسه ، وبين ما إذا لم يكن الدين مستحق الأداء إلا بعد ذلك فنكون بصدده حلول عينى المقابل الذى استحق محل العقار المرهون (منصور مصطلح منصور فقرة ١٩ ص ٤٩ - سمير تناغر فقرة ٢٤ ص ٨٠ - وقارن شمس الدين الوكيل فقرة ٤٨ ص ١٤٥ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٣ .

حتى يكون الرهن الرسمي مخصصاً ، تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، بل يجب أيضاً تخصيصه من ناحية الدين المضمون . ذلك لأن الدين المضمون هو الأصل . والرهن ليس إلا تأميناً لهذا الدين . فوجب إذن تحديد الأصل وهو الدين المضمون ، كما حددنا التابع وهو العقار المرهون^(١) .

والرهن لا يتجزأ ، ومبنى عدم قابلية الرهن للتجزئة كما قدمنا^(٢) هو أن كل جزء من الدين المضمون يكون مكفولاً بكل الرهن ، وأن كل جزء من العقار المرهون يكفل كل الدين .

ولا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل هو تابع له في صحته وانقضائه .

وعلى ذلك نبحت المسائل الآتية : (١) كيفية تحديد الدين المضمون . (٢) عدم قابلية الرهن للتجزئة . (٣) عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون .

١٦٣ - كيفية تحرير الرهن المضمون - نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٠ مدني على ما يأتي :

« يجوز أن يترتب الرهن ضماناً للدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي . كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين »^(٣) .

(١) بل إن تخصيص الرهن الرسمي من ناحية الدين المضمون أهم من تخصيصه من ناحية العقار المرهون ، فهما رهن اشخص من عقارات لم يكن رهنه ذا بال إذا كان الدين المضمون قليلاً محددًا (بيدان وفواران ١٤ فقرة ٨١٣ وما بعدها - كولان وكايبان ٢ فقرة ١٧٦٠ - چوسران ٢ فقرة ١٦٨٤ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ وما بعدها - سمرتناغر فقرة ١٩ ص ٥٩ - ص ٦٠ - محمد علي إمام ص ٢٧٢ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ .

(٢) انظر فقرة ١٢٠ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٤٨ من المشروع التمهيدي ، على رجه =

وهذا النص إنما يتكلم عن ديون قد يظن أنها لا تحمل قدرأ كافياً من التحديد ، كالديون المستقبلية والديون الاحتمالية ، ولكنه وضع قاعدة لتحديدتها بتعيين الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين . ونرى من ذلك أن الدين المضمون لا بد أن يكون محددأ كافياً حتى يكون الرهن مخصصأ من ناحيته ، وإلا كان عقد الرهن باطلا لعدم التخصيص .

فلا يجوز أن يعقد رهن رسمي لضمان كل الديون التي تثبت في ذمة المدين ، سواء في أية مدة أو في مدة معينة ، ما دامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر (١) . كذلك لا يجوز أن يمتد الرهن الرسمي لضمان أى دين آخر لم يعين مقداره ولا مصدره يثبت في ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن (٢) .

ويتحدد الدين المضمون بأمرين :

(١) بمقداره ، فيحدد هذا المقدار إذا كان دينأ معينأ : من رأس مال وفوائد ومتى يبدأ سريان الفوائد . ويستوى في ذلك الدين المنجز والدين المؤجل والدين المعلق على شرط ، فهذه كلها ديون يمكن ضمانها بالرهن

- مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . ووافقت لجنة المراجعة حل النص ، تحت رقم ١١٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٢ - ص ٣٤) .

التفتين المدنى السابق م ٥٦٠ / ٦٨٤ : المقارنات المرهونة يجب تعيينها تعيينأ كافياً جنأ ومخلا في عقد الرهن المعلق عليه وإلا كان الرهن لاغياً ، وكذلك يجب تعيين مقدار الدين في العقد .
٦٨٥ / ٥٦١ : الرهن المقارى الواثق تأمينأ مبلغ موهود ياتراضه يأخذه المستقرض ذيقأ فشيأ عند الاتضاء ، أو تأمينأ لحساب جار بين المتعاملين ، يكون صحيحأ إذا تحددت هاية المبلغ الل ينتهى الأخذ أو الحساب الجارى .

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٨٧٤ والوز ٧٤ - ١ - ٣١٦ - ٦ فبراير

سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٥٣ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٤٩ -

الرسمى^(١) . وإذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح في مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جارٍ يحتمل أن يكون رصيده مديناً أو يكون دائماً فإذا كان الرصيد فيها بعد رصيماً مديناً كان هذا الدين منذ البداية ديناً احتمالياً . كان تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهي إليه الدين وفي هذا تقول المادة ١٠٤٠ مدنى سالفه الذكر بأن يتحدد في عقد الرهن الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين^(٢) . فإذا عين الحد الأقصى للدين والمدة التى يتعقد فيها الدين ، وجب التقييد بذلك . فما انعقد من الدين في المدة المتفق عليها يكون مضموناً بالرهن الرسمى ، بشرط ألا يجاوز الحد الأقصى المبين^(٣) . وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو تعويض عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره ، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً بقدر الإمكان . أما في القيد ، فيجب تحديد مبلغ تقريبي ينتهى إليه الدين ، وهذا المبلغ هو الذى بطلع عليه الغير ويحتج عليه به^(٤) .

(١) والدين المطلق هل شرط قد يكون مقداره معروفاً ، وفي هذه الحالة يجب ذكره . العقد الرسمى ، وذلك بخلاف الدين المستقل والدين الاحتمال ، فهذه ديون يكون مقدارها عادة غير معروف (بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ - أوبرى ورو فقرة ٢٦٦ هامش ٥٧ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٢ - بيدان وفواران فقرة ٨١٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٧٦٠) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: « يجب أن يكون الدين المضمون محددًا تحديداً دقيقاً ، وهذا هو الشرط الثانى من مبدأ تخصيص الرهن . هل أن تحديد الدين لا يمنع من أن يكون مطلقاً على شرط أو يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً ، وتطبيقاً لذلك يجوز أن يكون الدين اعتماداً مفتوحاً وهذا هو الدين المستقل ، أو حساباً جارياً وهذا هو الدين الاحتمال ، ولكن يجب في كل حال أن يتحدد مبلغ الدين المضمون ، فإن لم يمكن تحديده يجب أن يعين حد أقصى ينتهى إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٣) . وانظر نقض فرنسى . ٣ فبراير سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٧ - ١٧٧) .

(٣) وتكون مرتبة الرهن من يوم قيده ، لا من يوم تحقق الدين (استئناف مخلط ٢٢ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٨٢ - سليمان مرقص فقرة ٥٩ ص ١٠٦) .
(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٣٨٦ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ =

(٢) وبمصدر الدين ، فيجب إلى جانب تحديد مقدار الدين تحديد مصدره أيضاً ، هل هو عقد وأى عقد يكون أو هو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو إرادة منفردة أو هو القانون . فقد يكون الدين المضمون ثمناً في عقد بيع أو قرضاً أو إيراداً مدى الحياة أو شرطاً (charge) في عقد هبة أو التزاماً بعمل أو تعويضاً عن عمل مشروع ، وقد يكون ديناً معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجزاً ، كما قد يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً ، وهكذا تنوع الديون بتنوع مصادرهما^(١) .

وتحديد الدين المضمون على الوجه السالف الذكر يبرره مصلحة الغير ومصحة المدين نفسه . فكل دين غير محدد بالنسبة إلى مقداره أو بالنسبة إلى مصدره قد يصل إلى مبلغ كبير ، فيرى الغير من دائن مرتين تال أو مشتر للعقار المرهون في النهاية أن الدين الذي يضمه العقار بلغ حداً كبيراً ، وهذا الدين يسبقه أو يلتزم بدفعه إذا لم يطهر العقار . وكذلك في الدين غير المحدد ، لا يتمكن المدين أن يعرف ما المقدار الذي يجب عليه دفعه ، وقد يصل إلى مبلغ كبير لا يستطيع الوفاء به ولا يكفيه العقار المرهون^(٢) .

وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الرسمي هو بطلان عقد

— ١٤٠١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٧٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٣٧٠١ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥١ .

(١) نغص فرنسي ٦ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٥٣ - بودر ودي لوان ٢ فقرة ١٤٠٠ - بيدان وفواران فقرة ٨١٦ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٤١٧ ص ٤٥٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٥٠ ص ١٤٨ - ص ١٤٩ - منصور مصطفي منصور فقرة ١٦ ص ٤١ - سميرتتاغر فقرة ١٩ ص ٦١ .

(٢) بودري ودي اوان ٢ فقرة ١٣٩٩ - بيدان وفواران فقرة ٨١٣ وفقرة ٨١١ - بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٦ ص ٤٥٠ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٣٦٩٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ١٧٦٠ - ج سران ٢ فقرة ١٦٨٤ .

الرهن الرسمي نفسه ، لعدم تخصيص الرهن من ناحية الدين المضمون . وفي ذلك تقول المادة ٢١٣٢ مدني فرنسي إن «الرهن الرضائي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان والبطلان هنا بطلان مطلق ، ويستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة . فيتمسك به المدين والدائن المرتهن وورثة كل منهما أو الخلف الخاص ، والدائتون المرتهنون المتأخرون في المرتبة ، وحائز العقار المرهون»^(١) .

١٦٤ - عدم قابلية الرهن للتجزئة - نص قانوني : تنص المادة ١٠٤١ مدني على ما يأتي :

« كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك»^(٢) .

وقد سبق^(٣) أن أوجزنا أن الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى العقار المرهون ، وبالنسبة إلى الدين المضمون . ونعرض الآن لعدم قابلية الرهن للتجزئة ، في شيء من التفصيل . فالرهن الرسمي ، بطبيعته ، غير قابل للتجزئة^(٤) . ولكن ذلك لا يعني أنه يكون دائماً غير قابل للتجزئة ،

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه ٢ فقرة ٤١٨ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٣٧٠٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٧٦٥ .

(٣) تايج النص : ورد النص في المادة ١٤٤٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ١١٣٦ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٤ - ٣٦) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٤ / ٦٨٨ : الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغير تمييز حصة منه وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الإصلاحات والأبنية التي تعود منفعتها على مالكيها ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

(٤) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٥) أويري ورو على فقرة ٢٨٤ ص ٥٦١ - ص ٥٦٢ - بودري ودی لوان ٢ -

فإن العبارة الأخيرة من نص المادة ١٠٤١ مدني سالفه الذكر تقول : « ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام ، فقد يتفق المتعاقدان على تجزئته في عقد الرهن نفسه أو بعد العقد ، وقد يقضى بتجزئته نص في القانون كما هو الأمر في تطهير العقار من الرهن »^(١) . ففي تطهير العقار من الرهن ، يجوز للحائز أن يطهر العقار من الرهن فيوجه إلى الدائن المرتهن إعلاناً يشتمل على بيانات معينة منها المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ، ويذكر في الإعلان أنه مستعد أن يرفي الدين المضمون إلى القدر الذي قوم به العقار . ويجوز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار ، فيتم البيع . وإذا لم يطلب بيع العقار ، استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من الرهن إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائن المرتهن . وقد يكون المبلغ الذي يرسو به المزداد في العقار أو المبلغ الذي يدفعه الحائز لا يكفي لوفاء الدين المضمون بالرهن ، ومع ذلك يطهر العقار من الرهن ، ويصبح الرهن قابلاً للتجزئة على هذا النحو بنص في القانون (انظر م ١٠٦٤ - ١٠٧٠ مدني) . ويجوز كذلك أن ينشئ الراهن والدائن المرتهن ، عند عقد الرهن الرسمي أو بعده ، على أن يكون الرهن قابلاً للتجزئة ، فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من العقار أو العقارات المرهونة ، ويصبح هذا الجزء من العقارات هو المرهون في هذا الجزء من الدين المضمون ، وبذلك يصبح الرهن قابلاً للتجزئة بناء على هذا الاتفاق .

وعدم قابلية الرهن للتجزئة إنما يرجع إلى مصلحة الدائن المرتهن ، وقد أقامه القانون رعاية لهذه المصلحة . وإلا فإن الرهن يمكن أن يتجزأ

= فقرة ٨٩٧ وما بعدها - بيدان وفواران فقرة ٣٠٧ وما بعدها - ثولان وكايتان ٢ فقرة ١٦٩٢ - جوسران ٢ فقرة ١٦٤٧ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٢٥ .

لو لم توجد هذه المصلحة . فيمكن مثلا أن ينحل الرهن عن العقار أو العقارات المرهونة بقدر ما ينقضي من الدين ، فيتخلص نصف العقار المرهون من الرهن بانقضاء نصف الدين ، وهكذا . ولكن القانون جعل الرهن غير قابل للتجزئة ، بحيث إذا لم يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على تجزئته أو لم يتنازل الدائن المرتهن عن عدم التجزئة ، أصبح الرهن غير قابل للتجزئة لأن هذا هو في مصلحة الدائن المرتهن ويفرض القانون أن هذا هو ما أراده المتعاقدان إلا إذا اتفقا على غير ذلك^(١) . ولما كان عدم قابلية الرهن للتجزئة ليس من جوهر (essence) الرهن بل هو من طبيعته (nature) ، لذلك يجوز للدائن المرتهن بعد انقضاء الرهن أن ينزل عن عدم قابليته للتجزئة لأن عدم قابليته الرهن للتجزئة من حقه هو فيجوز له أن ينزل عنه . فإذا كان هناك مثلا عقاران مرهونان ضمناً لوفاء دين ، ووفى المدين نصف الدين ، جاز للدائن المرتهن أن ينزل عن الرهن في أحد العقارين المرهونين ، ويستبقى الرهن في العقار الآخر ضمناً لوفاء نصف الدين الباقي . ويجوز كذلك بعد انعقاد الرهن وقبل استيفاء الدائن المرتهن بشيء من حقه ، أن ينزل هذا الدائن عن حقه في عدم قابلية الرهن للتجزئة ، ويرضى بحل الرهن عن أحد العقارين إذا وفى المدين جزءاً من الدين بقابل هذا العقار^(٢) . والدائن المضمون يبقى قابلاً للتجزئة ، بالرغم من أنه مضمون برهن رسمي غير قابل للتجزئة . فإذا مات الدائن المرتهن عن ثلاثة من الورثة ، ورث كل منهم نصيبه في الدين فيتجزأ الدين عليهم ، ويبقى الرهن غير قابل للتجزئة . فيجوز لأي وارث أن يطالب الراهن بنصيبه من الدين ، وأن يستعمل حقه في الرهن على جميع العقار أو العقارات المرهونة لأن الرهن

(١) بودرى ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٢) نقض فرنسي ١٩ ديسبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٥٠٥ - بودرى

ودى لوان ٢ فقرة ٩٠٠ - بيدان وفواران فقرة ٣١١ - بلانول وريبير وبيكيه
فقرة ٣٤٢ .

غير قابل للتجزئة . ولا يجوز لمدين ، بدعوى أن الرهن غير قابل للتجزئة ، أن يطلب اتفاق جميع وريثة الدائن المرهن لقبض جميع الدين ، بل يجب أن يدفع للوارث نصيبه من الدين ، وأن يدفع الأنصبة الأخرى للورثة الآخرين (١) .

وهذا الارتباط ما بين العقار المرهون والدين المضمون ، المبني على عدم قابلية الرهن للتجزئة ، له معنيان :

(المعنى الأول) أن أى جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفى المدين ثلاثة أرباع الدين مثلاً وبقي الربع ، فإن هذا الربع يبقى مضموناً بكل العقار المرهون ، ولا يتخلص ثلاثة أرباع هذا العقار من الرهن (٢) . فلو باع المدين فى هذه الحالة كل العقار المرهون ، انتقل العقار إلى المشتري مرهوناً كله فى ربح الدين ، ويجوز للدائن المرهن أن يتابع العقار المرهون فى يد المشتري وأن ينفذ عليه بربح الدين الباقى إلا إذا اختار المشتري تطهير العقار . وقد سبق (٣) أن قررنا أن دعوى الرهن لا تتجزأ بالنسبة إلى الدين المضمون ، فإذا انقضى جزء من الدين المضمون فإن العقار الضامن يبقى كله ضامناً لما بقى من الدين . وإذا مات الدائن المرهن وورثه ثلاثة أشخاص بأنصبة متساوية ، فإن كل وارث يكون له ثلث الدين المضمون ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه كدائن مرهن على كل العقار المرهون . وإذا مات المدين الراهن عن ثلاثة من الورثة بأنصبة متساوية ، ففى القانون الفرنسى حيث يورث الدين عن المدين يكون كل وارث مسئولاً عن ثلث

(١) بون ١ فقرة ٣٢٣ - جيوار ٢ فقرة ٦٣٩ - بودرى ودى لوان ٢ فقرة

٩٠١ - نقص فرنسى ٩ نوفمبر سنة ١٨٤٨ دالوز ٤٨ - ١ - ٤٩ .

(٢) رفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فلو وفى المدين الجزء

الأكبر من الدين ، فإن كل العتار أو انتقارات المرهونة تبقى مع ذلك ضامنة للجزء الباقى ، ولا يتخلص من الرهن بنسبة ما وفى من الدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧ ص ٣٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

الدين ، ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون كله جاز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار بكل الدين ، ويكون لأوارث الرجوع على الوارثين الآخرين كل منهما بقدر نصيبه في الدين .

(والمعنى الثاني) أن أى جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، فلو أن المرهون عقاران ، فإن الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائماً مرتهناً أن ينفذ بكل الدين على أى عقار منهما ، وإذا استوفى حقه من هذا العقار برثت ذمة المدين وتخلص العقار الآخر من الرهن . وإذا باع المدين الراهن أحد العقارين ، كان هذا العقار مرهوناً في كل الدين ، وجاز للدائن المرتهن أن يتبع العقار في يد المشتري وينفذ عليه بكل الدين لا يجزء من الدين يتناسب مع العقار المبيع ، ما لم يختر المشتري أن يظهر العقار^(١) . وقد سبق^(٢) أن قررنا أنه إذا فرض أن العقار المرهون انتقل إلى ورثة مالكه ، فإن الجزء من العقار الذى يملكه كل وارث يبقى مرهوناً في كل الدين ، ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء بعد سداد نصيب الوارث من الدين ، بل إن الرهن لا يشطب إلا بعد سداد الدين كله . وإذا فرض أن عقارات متعددة قد رهننت في دين واحد ، فإن كل عقار منها يبقى مسؤولاً عن كل الدين ، ولا يكفى وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن .

ويتبين مما تقدم أنه إذا رهن عقاران في دين واحد ، جاز للدائن المرتهن أن يختار عقاراً منهما فينفذ عليه بحقه كله . فلا يكون هذا الدائن المرتهن مجبراً

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أى جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين ، فلو باع الراهن جزءاً من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة ، كان للدائن المرتهن أن يرجع بكل الدين على العقار المبيع في يد الحائز ، ولا يقتصر على الجزء من الدين الذى يتناسب مع قيمة هذا العقار » (مجموعة الأعمال للتحضيرية ٧ ص ٣٥) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

على أن يقسم الدين الذي له على العقارين ، وأن ينفذ على كل عقار بنصيبه في هذا الدين . ويجوز للدائن المرتهن أن يختار ، كما قدمنا ، أى عقار للتنفيذ عليه بالحق كله ، حتى لو أضر هذا الاختيار بالدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة على هذا العقار . وذلك بشرط ألا يستعمل الدائن المرتهن حق الاختيار هذا بنية الإضرار بالدائنين المرتهنين المتأخرين ، أو دون أن تكون له مصلحة مشروعة في هذا الاختيار ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه^(١) .

١٦٥ - عدم انفصال الرهن عن الدين المضمون - نص قانوني :

تنص المادة ١٠٤٢ مدني على ما يأتي :

١ - لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

٢ - وإذا كان الراهن غير المدين ، كان له ، إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق واو نزل عنه المدين^(٢) . وهذا النص يجعل الرهن الرسمي حقاً تابعاً للدين المضمون ، فلا ينفصل

(١) نقض فرنسي ٩ مايو سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٢٥ - بور دو ٨ أبريل

سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٧٧ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٤٠ ص ٢٨٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٠ من المشروع التمهيدي هل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض تعديلات لفظية . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على النص ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١١٣٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٦ - ص ٣٧) .

التقنين المدني السابق : لا مقابل .

من هذا الدين ، بل يسير معه وجيداً وعدماً . والنص في التوقيت ذاته يجعل للكفيل المعنى (الراهن غير) المدين الحق في أن يتمك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، إلى جانب الدفع الخاصة به .

أما أن حق الرهن الرسمي حتى تابع للدين المضمون ، فقد سبق^(١) أن قررنا أن الرهن الرسمي لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون . فلا بد أن يكون هذا الدين التزاماً مديناً صحيحاً ، حتى يكون الرهن الرسمي صحيحاً . أما إذا كان الدين المضمون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو للنقض ، فإن الرهن الرسمي يختفي باختفاء الدين المضمون . وإذا انتهى الدين المضمون بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء ، فإن الرهن الرسمي ينتهي بانتهاء الدين . فالرهن الرسمي إذن تابع للدين المضمون . فيبطل كلاً بطل هذا الدين ، وينقضي بمجرد انقضاء الدين . وعلى ذلك إذا كان الدين المضمون باطلاً لعب في الشكل أو لاعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب ، كان الرهن الرسمي باطلاً مثله . ولكل ذى مصلحة أن يتمك بهذا البطلان ، فيتمكك به المدين الراهن وخلفه العام وخلفه الخاص ، وكل دائن مرهن متأخر في المرتبة ، وكل حائز للعقار المرهون . وللمدين الراهن أن يتمكك بإبطال عقد الرهن ، إذا كان الدين المضمون قابلاً للإبطال لعب في الرضاء أو لنقص في الأهلية^(٢) . وكذلك يجوز للمدين الراهن أن يتمكك بانقضاء الدين المضمون ، فيكون الرهن قد انقضى كإنقضاء الدين . فإذا انقضى الدين بالوفاء أو بالوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم ، جاز للراهن أن يتمكك بانقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين . وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ مدني كما رأينا : « لا يفصل الرهن عن

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٩ .

(٢) بودري ودي ٢ فقرة ٩٠٢ .

الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك»^(١) . ومما نص القانون عليه من بقاء الرهن مع انقضاء الدين المضمون دعوى الحلول ، فيجوز لشخص أن يني بالدين فينقضي ، ويحل محل الدائن المرتهن حلولاً قانونياً أو اختيارياً ، فيرجع على الراهن بدعوى الرهن التي حل فيها محل الدائن المرتهن^(٢) .

وأما أن للكفيل العيني الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين إلى جانب الدفع الخاصة به ، فذلك واضح . ذلك أنه ما دام المدين الراهن يستطيع أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ، كأن يكون الدين باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضياً ، كذلك يجوز للراهن ولو لم يكن هو المدين أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، فإن الرهن الواقع على عقاره تابع للدين ، فيكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو منقضياً بحسب الدين نفسه . وللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع هذه ، حتى لو نزل عنها المدين . فإذا كان الدين قابلاً للإبطال لغلط مثلاً ، ونزل المدين عن التمسك بإبطال الدين ، فإن النزول لا يمنع الكفيل العيني من التمسك بإبطال الدين حتى يستطيع أن يبطل الرهن المعقود على عقاره . وفي هذا الخصوص تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « فللكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين من بطلان أو انقضاء ، حتى لو تناول المدين عنها ، وهذا إلى جانب تمسكه

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « الارتباط ما بين الرهن والدين المضمون هو ارتباط التابع بالمتبوع ، فإذا كان الدين صحيحاً صحح الرهن وإلا فهو باطل . وإذا انقضى الدين ، انقضى الرهن تبعاً له » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧) .

(٢) والرهن عمل مدني ، في حين أن الدين المضمون قد يكون عملاً تجارياً . وقد قضت محكمة شين الكوم الجزئية بأن يعتبر الرهن الضامن لعمل تجارى عقداً مدنياً طبقاً للمادة ٧٦ من قانون التجارة ، التي نصت على أنه إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً تأمينا على عمل من الأعمال التجارية ، نثبت الرهن بالنسبة إلى المماقدين وغيرهم بالطرق المبينة في القانون المدني (محكمة شين الكوم الجزئية ١٤ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٤٣ ص ٢٨٥) .

بأوجه الدفع الخاصة به» (١) . فيكون إذن للكفيل العيني أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه لأنه يكفله ، وله أيضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به . وقد رأينا مثل ذلك في الكفالة ، إذ يجوز إنكفيل الشخصى أن يتمسك بالدفع المتعلقة بالدين ، وله أيضاً أن يتمسك بالدفع الخاصة به (٢) . وهذا طبعى ، لأن الكفيل العيني له أن يتمسك بالدفع التى يتمسك بها الكفيل الشخصى ، فهو لم يخرج عز كونه كفيلاً بضمن دين الغير ، فيستطيع أن يتمسك بالدفع الخاصة بهذا الدين وبالدفوع الخاصة به هو . والدفع المتعلقة بالدين نفسه ، سبق أن ذكرنا أمثلة لها فى تمسك المدين الراهن بها . فيجوز للكفيل العيني أن يتمسك بهذه الدفوع . كأن يتمسك بأن الدين باطل أو قابل للإبطال أو منقضى . أما الدفوع المتعلقة الكفيل العيني نفسه ، فهى ترجع إلى العقد المبرم ما بين الكفيل العيني والدائن المرتهن . فيجوز أن يكون هذا العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . دون أن يكون الدين المضمون باطلاً أو قابلاً للإبطال . ففى هذه الحالة يجوز للكفيل العيني أن يدفع بأن عقده مع الدائن المرتهن باطل أو قابل للإبطال . فيتخلص من الرهن الذى عقده مع بقاء المدين الأسمى ملزماً بالدين . وقد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العيني إلى ما يرد على عقده من أوصاف . كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ . فيتمسك الكفيل العيني بأن الرهن الذى عقده لم ينشأ ، لأنه كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط ، أو كان معلقاً على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط . كذلك قد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العيني إلى أن الرهن قد انحل عن عقاره دون أن ينقضى الدين المضمون . ويتحقق ذلك مثلاً إذا نزل الدائن المرتهن عن الرهن فينقضى دون أن ينقضى الدين المضمون . فيجوز للكفيل العيني فى هذه الحالة أن يتمسك بانقضاء الرهن .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٧ ص ٣٧ .

(٢) انظر آتياً ، فقرة ٥٥ - فقرة ٥٦ .

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

١٦٦ - آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير :

عقد الرهن الرسمي يكسب الدائن المرتهن حقاً على العقار المرهون هو حق الرهن ، وهذا الحق يقيم علاقة فيما بينه وبين الراهن . وبموجب هذا الحق يستطيع الدائن المرتهن ، إذا حل أجل دينه ، أن يستعمل دعوى الرهن على العقار المرهون ، فيكون له حق تقدم على جميع الدائنين العاديين لمدينه وكذلك على الدائنين المقيدين إذا كانوا متأخرين في المرتبة . ويكون له كذلك حق ، تنج ، فيتبع العقار المرهون ، فيما إذا انتقلت ملكيته من الراهن ، في يد من انتقلت إليه الملكية وهو الحائز للعقار .

وعلى ذلك تقسم هذا الفصل الثاني إلى فرعين : (١) آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين . (٢) آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير .

الفرع الأول

آثار الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين

١٦٧ - آثار الرهن الرسمي فيما بينه وبين الراهن وفيما يتعلق بالرائن

المرتهن : عقد الرهن الرسمي يلزم الراهن دون أن يلزم الدائن المرتهن ، وحق الرهن الرسمي لا يحرم الراهن من ملكيته للعقار المرهون إلا إذا نزع ملكيته تنفيذاً عليه . ويرتب الرهن الرسمي للدائن المرتهن في مواجهة الراهن .

المبحث الأول

آثار الرهن الرسمي فيما يتعلق بالراهن

١٤ - التزامات الراهن

١٦٨ - التزامه : يلزم عقد الرهن الرسمي الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان كفيلاً عينياً ، بالتزامين : (١) إنشاء الراهن لحق عيني على العقار المرهون هو حق الرهن . (٢) ضمان الراهن لسلامة حق الرهن .

١٦٩ - إنشاء الراهن لحق الرهن : يلتزم الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن على العقار المرهون ، كما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري^(١) . فإذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون ، أنشأ حق الرهن الرسمي من تلقاء نفسه . وفي هذا تقول المادة ٢٠٤ مدني : « الآلة ام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق . إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وهذا النص يشمل الالتزام بإنشاء حق عيني والالتزام بنقل حق عيني ، فبإنشاء الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم . فإذا كان الراهن يملك العقار المرهون ، كان العقار شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، فبإنشاء حق الرسمي من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد عقد

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن ، كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشتري . ويظهر ذلك بوضوح في رهن ملك الغير ، فإن الراهن لا يستطيع أن يقوم بانترامه من ترتيب حق الرهن ، فإذا أجاز الدائن المرتهن المقته جاز له بعد ذلك نسخه لعدم قيام الراهن بالترامه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) .

الرهن الرسمي صحيحاً . ولا شأن لنا هنا بالقواعد المتعلقة بالتسجيل لأن قواعد التسجيل لا يخضع لها الرهن وإنما يخضع لقواعد القيد كما سئرى . وعلى ذلك يتم تنفيذ هذا الالتزام الأول بإنشاء حق الرهن الرسمي بمجرد انعقاد البيع الصحيح قبل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ إذ كان عقد البيع نفسه دون تسجيل ينشئ التزاماً بنقل ملكية المبيع . وهذا هو الرأي السائد في هذا الخصوص ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويستخلص من مجموع هذه الأحكام أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون ، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين . ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد » (١) .

وهناك رأى يذهب إلى أن « المصدر الحقيقي للرهن الرسمي هو واقعة القيد . . . أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستتوجه من حق التقدم وحق التتبع . ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، في حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداءً في حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني . . . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن ، وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق الغير . وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده » (٢) وينضم إلى هذا الرأي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤ - وانظر عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٨٥ ص ٢٩٤ - جمال الدين زكى ص ٣٠٧ - محمد على إمام فقرة ٢١٨ ص ٣٢٤ - سليمان مرقس فقرة ٧٢ ص ١٢٠ - شمس الدين الوكيل فقرة ٦٩ ص ٢٢٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١٠٣ - أحمد سلامة فقرة ٧٢ ص ٢٣٩ - سمير تناغر فقرة ٢٦ - المؤلف : الوسيط ٢ ص ٧٧٢ - التصرف القانوني والواقعة القانونية ص ١٢٨ .

وإذا كان الرهن لا يملك العقار المرهون ، لم ينشأ حق الرهن إلا إذا أقر المالك الرهن أو امتلك الرهن العقاري (م ١٠٣٣ / ١ مدني) . فإذا لم يحصل شيء من ذلك ، يبقى الرهن ملتزماً بإشياء حق الرهن ، وجاز للدائن المرتهن أن يطالبه بتدوينه ولا يطالب سقوط أجل الدين (منصور مصطلق منصور فقرة ٣١ ص ٧٧) .

(٢) شفيق شحلانة فقرة ٤٣ .

فقيه آخر فيرى أن حق الرهن لا ينشأ إلا ابتداء من وقت القيد ، ولكنه لا يرى لهذا الخلاف أثراً عملياً (١) .

والخلاف ليس له أثر عملي كبير . وهو أقرب إلى الفقه منه إلى العمل . والذي يجعل المسألة قريبة من العمل هو ، كما يقول أحد الفقهاء ، هل إذا بيع العقار المرهون قبل القيد يباع بموجب حق الرهن أو بموجب الحق في الضمان العام ؟ ويجب التفقيه على ذلك بحق أن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون قبل القيد باعتباره دائئاً مرتباً لا باعتباره دائئاً عادياً ، « ويظهر هذا بصفة خاصة في الحالات التي لا يكون فيها للمرتهن أى حق في الضمان العام في مواجهة الراهن ، كما لو كان الراهن شخصاً آخر غير المدين وهو الكفيل العيني ، وفي شأنه يقرر المشرع في المادة ١٠٥٠ مدني أنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . . ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلاً على ذمة الكفيل العيني : فحقه قاصر فقط على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين » (٢) .

(١) منصور مصطلح - منصور فقرة ٣١ ص ٧٦ - ص ٧٧ .

(٢) سمير تناغر فقرة ٢٦ ص ٩٨ - ويقول لتأكيد ذلك : « وعلى هذا إذا ثبت أن الدائن المرتهن يستطيع أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون قبل شهر الرهن ، وأن هذا الحق مترتب على حق الرهن وليس على الضمان العام ، كان معنى هذا أنه لا يلزم لنشأة حق الرهن إجراء القيد ، وأن الحق ينشأ من المقدم مباشرة ، أما الشهر فهو لازم فقط لتنفاذه في حق الغير » (سمير تناغر فقرة ٢٦ ص ٩٨) .

ويقرب من هذا ما يقوله الأستاذ سليمان مرقس : « أما حق التنفيذ على المال المرهون فيبقى عنه ما يثبت للمرتهن بصفته دائئاً من حق الضمان العام على أموال مدينه . ولا تظهر أهميته عملاً إلا في حالة صدور الرهن من غير المدين ، فيكون التنفيذ على المال المرهون بمقتضى حق الرهن لا بمقتضى حق الضمان العام ، وأما مزيتها التقدم والتبعية فهما غير موجهتين ضد الراهن ، على عهد النير » (سليمان مرقس فقرة ٨٥ ص ١٣٥) .

١٧٠ - ضمانه الرهن لسلامة الرهن - نص قانوني : تنص المادة ١٠٤٧ مدني على ما يأتي :

« يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك » (١) .

وقد عرض المشرع في هذا النص لضمان الراهن لسلامة حق الرهن ، وعرض في النص التالي (م ١٠٤٨ مدني) تطبيقاً لذلك لهلاك العقار المرهون أو تلفه ، وعرض في النص الذي بعده (م ١٠٤٩ مدني) لحلول الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه محل العقار المرهون حلولاً عينياً ، ونعالج هذه المسائل الثلاث بهذا الترتيب .

ففيما يتعلق بضمان الراهن لسلامة حق الرهن . يكون هذا الضمان في عقد الرهن الرسمي كضمان البائع للتعرض والاستحقاق في عقد البيع . فلا يجوز ، فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصي . أن يقوم الراهن بترتيب أي حق على

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في اللاه ١٤٥٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يلتزم الراهن بضمان الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص : بعد إضافة كلمة « سلامة » بعد كلمة « ضمان » في صدر المادة ، وذلك تحت رقم ١١٤٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، تحت رقم ١١٢٨ . وأضادت لجنة مجلس الشيوخ إلى النص عبارة « أو تقصير » بعد كلمة « عمل » ، وعبارة « إنقاصاً كبيراً » بعد عبارة « انقاص ضمانه » ، وقصدت اللجنة بذلك تقييد تدخل الدائن المرتهن لضمان سلامة الرهن ، حتى لا يعرض المدين إلى الإرعاق والنت من جراء هذا التدخل . ووافقت اللجنة على النص بعد هذا التعديل ، تحت رقم ١٠٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ - ص ٥٠) .

العقار المرهون يشهر قبل قيد الرهن ، أو أن يقوم بأى عمل يترتب عليه إنقراض العقار المرهون إنقاصاً كبيراً أو تخريبه . وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته . كأن يبيع المواشى التى تخدم الأرض أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المباني ، فتقع فى يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن . كان للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بصحان التعرض الشخصى (١) . فيعيد الراهن إلى الأرض مواشى أخرى تساوى فى القيمة المواشى التى بيعت . أو يرمم المباني فيعيدها سيرتها الأولى . وإذا لم يتسلم المشتري المواشى أو الأنقاض ، أو تسلمها وهو سبى النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن . ويجوز للدائن المرتهن أيضاً أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية . كأن يطلب إقامة حارس وقد يقم الراهن نفسه حارساً ، وكان يطلب ترميم ما تخرب من العقار المرهون ، وله أن يرجع على الراهن بما أنفق من المصروفات فى كل ذلك (٢) .

(١) وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً ، هو المادة ١٤٥٦ من هذا المشروع ، يجرى على الوجه الآتى : « إذا تصرف الراهن فى شيء من العناصر التى يتكون منها العقار المرهون أو فى شيء من ملحقاته إلى شخص حسن النية ، وتم النقل والتسلم ، فإن هذا الشيء ينتقل خالصاً من حق الرهن ، ويكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة حق الرجوع على الراهن بالضمان وفقاً للمادة السابقة . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص ، واكتفاء بالتواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٨ فى الهامش) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويلتزم (الراهن) ، كالبائع أيضاً ، بضمان التعرض والاستحقاق . فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل يكون من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب . وللدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يقم حارساً ويرجع على الراهن بما أنفق . وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته ، كما إذا هدم جانباً منه وباع الأنقاض أو باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة ، فوَقعت فى حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشتري أو تسلمها وهو سبى النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) .

وفما يتعلق بضمان الراهن لتعرض الغير ، يكون الراهن ملتزماً بدفع كل ادعاء للغير بحق على العين المرهونة من شأنه أن يمس بحق الدائن المرتهن ، فإذا ادعى الغير أنه هو المالك للعقار وأن الرهن الصادر من الراهن لم ينقل إلى المرتهن حتى الرهن لأنه صادر من غير مالك ، أو ادعى الغير أنه دائن مرتهن قيد حتى رهنه على العقار المرهون قبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه ، أو ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون وكان الدائن المرتهن قد رتب حق رهنه على أن حق الارتفاق هذا لا يوجد ، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء من الغير . فإن لم يستطع ، كان للدائن المرتهن أن يطالب بتقديم تأمين كاف أو بتكفلة التأمين المقدم ، أو بسقوط أجل الدين ودفعه فوراً .

رأى من ذلك أن ضمان الراهن لتعرضه الشخصي ولتعرض الغير هو في الواقع من الأمر الجزاء الكافي على التزام الراهن بضمان بلامه الرهن ، فالراهن ملتزم بأن يكون الرهن مسجياً للأغراض التي عقده من أجلها ، فإن اختل غرض من هذه الأغراض ، سواء بخطأ الراهن أو بغير خطأ ، وجب على الراهن الضمان على النحو الذي أسلفناه فيما تقدم .

١٧١ - هلاك العقار المرهون أو تلفه - نفس قانوني : تنص المادة

١٠٤٨ مدني على ما يأتي :

١ - إذا تسبب الزامن بخطأه في هلاك العقار أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً .

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

٣ - وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للمهلك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطالب إلى التقاضي وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر (١) .

وليس هذا النص إلا تطبيقاً لما قدمناه من التزام الراهن بسلامة حق الرهن . وهو في الوقت ذاته تطبيق خاص بعقد الرهن الرسمي لقاعدة عامة في الدين الموجل إذا كان ضعف التأمين الخاص بهذا الدين راجعاً إلى خطأ المدين أو إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . ذلك أن المادة ٢/٢٧٣ مدني تنص على ما يأتي : « يستطحق المدين في الأجل : (١) (٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه . فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . (٣) » . وعلى ذلك إذا حلك العقار المرهون أو تلف كأن احترق أو تهدم ، فقد يكون السبب في هلاك العقار أو تلفه خطأ المدين الراهن أو خطأ الدائن المرتهن . أو سبباً أجنبياً لا دخل لإرادة الاثنتين فيه كما لو وقع الهلاك أو التلف بفعل الغير أو قضاء وقدرأ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٤٥٧ من المشروع التمهيدي حل وحده يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت لجنة المراجعة حل النص ، بعد استبدال عبارة « بسبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين » بعبارة « حادث قهري » في النقرة الثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ١١٤٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٢٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥١ - ص ٥٢) .

التقنين المدني السابق م ٥٦٢ / ٦٨٦ : إذا حلك العقار المرهون على المدين أو حصل فيه خلل بمحاذرة قهرية أوجب الشك في كفايته لتأمين ، فعلى المدين أن يرهن عقاراً غيره كافيًا للتأمين أو أن يؤدي الدين قبل حلول أجله ، وله الخيار في ذلك . ويكون الخيار لرب الدين ، إذا كان الهلاك أو الخلل حاصلًا بتقصير المدين أو الحائز للعقار .

فإن كان الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يقتضى تأميناً كافياً بدلاً من التأمين الهالك أو التالف ، أو أن يسقط أجل الدين حالاً فيتقاضاه فوراً . وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها أن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ المدين الراهن . فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن (١) .

وإن كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن . وهذا نادر لأن حيازة العقار في الرهن الرسمي لا تنتقل إلى الدائن المرتهن فيبقى هذا بعيداً عنه ، لم يطلب الدائن المرتهن شيئاً لأن الهلاك بخطأه هو . بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطأه بناء على قواعد المسؤولية التخصيرية ، وهذا التعويض يحل محل ما هلك من العقار أو تلف ، ويصبح مرهوناً مثله في دين الدائن المرتهن (٢) . وهذا مثل من أمثلة الحلول العينية سيأتي بيانه .

وإن كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي . كان المدين الراهن بالخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً للدائن المرتهن أو تقديم تأمين كاف بدلاً من التأمين الهالك أو التالف . فإذا اختار المدين الراهن الأمر الأول وكان الدين بفوائد اتفاقية ، لم يدفع المدين الراهن من هذه الفوائد إلا ما سرى منها وقت إسقاط أجل الدين . أما إذا كان الدين بغير فوائد اتفاقية ، فإن المدين الراهن يستنزله من الدين قبل دفعه فوائد بالسعر القانوني (٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المائل التجارية) عن المدة ما بين وفاء الدين للدائن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « فإن ذلك العقار أو تلف بخطأ الراهن ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين اعتبار حقه قد حل فوراً فيقتضيه ، أو طلب تأمين كاف يحل محل العقار المرهون » (مجموعة الأعمال التخصيرية ٧ ص ٥٢) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « أما إذا كان الهلاك بخطأ الدائن المرتهن فليس له أن يطلب شيئاً ، بل يجب أن يدفع هو تعويضاً عما أتلفه بخطأه ، وينتقل حق الرهن إلى هذا التعويض » (مجموعة الأعمال التخصيرية ٧ ص ٥٢ - ص ٥٣) .

المرتهن وحتون أجل الدين في ميعاده الأصلي ، لأن المدين الراهن لم يستند من الدين في هذه المدة^(١) . وهذه الرعاية بجانب المدين الراهن سبب أن الهلاك أو التلف لم يكن بخطأه بل كان بسبب أجنبي . فوجب أن يكون الخيار له^(٢) .

وإذا لم يهلك العقار أو يتلف . ولكن وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف ولو لم يكن للراهن يد في هذه الأعمال ، كما إذا سمح الراهن لشخص بسكنى العقار المرهون وأخذ الساكن ما تبيأ له من الوسائل للقيام بأعمال من شأنها أن تنقص قيمة العقار أو تجعله غير كاف لضمان الدين . أو كما إذا أزمع الحار أن يقيم بناء لو تم كان فيه اعتداء على العقار المرهون أو على حقوق ارتفاق لهذا العقار . جاز للدائن المرتهن

(١) ولا نستعمل موانع الدين في الفرص لأول ، إذا كان الهلاك أو التلف بجنأ المدين ، بل إن الدائن المرتهن إذا اختار استيفاء الدين ، استوفاه دون أن يستنزل منه شيئاً في حقابل الفوائد ، وسبب ذلك أن الهلاك أو التلف كان بجنأ المدين (منصور مصطفي منصور حفرة ٣٢ ص ٨٣ - ويرى أن المشرع قد راعى جانب الدائن المرتهن أكثر مما يجب منه السامح له باستنزال الفوائد : فقرة ٣٢ ص ٨٣) .

(٢) ونقول المذكورة الإيضاحية لتشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « وإذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، كان المدين هو المخبر بين وفاة الدين فوراً قبل حلول الأجل بعد انتقاص الفائدة محسوبة بالسمر الغائوفى إذا لم تكن هناك فائدة اتفاقية أو تقديم تأمين كاف . وكل هذه الأحكام مع المبادئ الخاصة بسقوط الأجل لإضمار التأمينات » (مجموعة الأعمال التصهيرية ٧ ص ٥٣) .

ونحن نفرض فيما تقدم أن الراهن هو المدين . أما إذا كان الراهن غير المدين ، وذلك العقار المرهون أو تلف بسبب أجنبي ، اتفق الراهن والمدين على إسقاط أجل الدين وانتقاص الفوائد على النحو الذى قدسنا . فلأن لم يتفقاً على ذلك ، جاز للراهن أن يدفع هو الدين مع انتقاص الفوائد ، ويرجع بالدين كاملاً عند حلول أجله الأصيل على المدين ، فإن لم يفعل للراهن ذلك ، وجب عليه أن يقدم تأميناً كافياً بدلا من التأمين الهالك أو التالف .

وإذا كان الغير هو الذى تسبب بخطأه فى الهلاك أو التالف ، ففيما بين الراهن والدائن المرتهن يكون هذا هو الحكم . أما فيما بين الراهن والغير الذى تسبب بخطأه فى الهلاك أو التالف ، يرجع الراهن على الغير بالتعويض بناء على قواعد المسؤولية التصهيرية .

أن يتخذ من الوسائل ما يمنع ذلك . فيجوز له ، دون وساطة الراهن (١) ، أن يطلب من القاضى أن يحكم بوقف هذه الأعمال ، فيمنع الساكن من القيام بما كان فى عزمه أن يقوم به ، أو يمنع الحار من أن يقيم البناء ، فى وضع يكون فيه اعتداء على العقار المرهون . وللدائن المرتهن أن يتخذ من الوسائل التى تمنع وقوع الضرر ما يكفى لذلك ، ولو بوضع العقار المرهون تحت الحراسة . وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ مدنى سائلة الذكر فى هذا الخصوص : « وفى جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

١٧٢ - ملول الحى الذى يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه

محل العقار المرهون ملولا عينيا - نص قانونى : تنص المادة ١٠٤٩ مدنى على ما يأتى :

« إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبة إلى الحق الذى يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » (٢) .

(١) منصور معطى منصور فقرة ٢٢ ض ٨١ - ص ٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥٨ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتى : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن إلى الحق الذى حل محل العقار ، كالتعويض أو التأمين أو الثمن الذى رسا به المزايد أو ثمن المملوقات التى تم تسليمها ، وللدائن أن يستوفى حقه بعد ذلك بحسب مرتبته » وقد عدلت لجنة المراجعة النص ، فجعلته مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقه ١١٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٣٠ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ - ص ٥٥) .

التقنين المدنى السابق م ٦٦٧/٦٩١ : يستوفى أرباب الرهون المقاربة مطالباتهم من ضمن -

وظاهر من هذا النص أن فيه تطبيقاً لنظرية الحلول العيني . فهو يفرض أن العقار المرهون قد هلك أو تلف لأى سبب كان . سواء كان ذلك خطأً الراهن أو بغير خطئه . ولكن ترتب على اخلاك أو التلف أن استحق حق آخر ، فان هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه . والسبب في ذلك أن الحق قد حل محل العقار المرهون اهلاك أو التلف حلولاً عينياً ، فأصبح مرهوناً مثله .

ويورد النص أمثلة ثلاثة لاستحقاق حق بسبب هلاك العقار المرهون أو تلفه . فقد يكون هذا الحق هو حق تعويض في ذمة الغير الذي تسبب بخطئه في هلاك العقار أو تلفه . وقد يكون مبلغ تأمين يجب أن تدفعه شركة التأمين بسبب هلاك العقار المؤمن عليه أو تلفه ، وقد يكون ثمناً تنقرر في مقابل نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة . وهناك أمثلة أخرى ، فقد ينزع الراهن بعض العقارات بالتخصيص ويبيعها منقولاً لمشتري حسن النية فيسلمها هذا المشتري ويبقى الثمن في ذمته . فيحل الثمن حلولاً عينياً محل هذه العقارات بالتخصيص . وقد يكون هلاك العقار المرهون نتيجة لحرب أو غارة جوية أو زلزال وتقدم الدولة تعويضاً للمكروبين على سبيل المساعدة . فيحل هذا التعويض حلولاً عينياً محل العقار المرهون . وقد يهدم الراهن المبنى المرهون ربيعه أنقاضاً للمشتري ، ويبقى الثمن في ذمة المشتري ، فيحل الثمن محل المبنى المرهون (في بعض قيمته) حلولاً عينياً . هذه الأمثلة وغيرها تدل على أنه قد يحل محل العقار المرهون حق آخر يستحق بسبب هلاك العقار أو تلفه . فيقرر النص أن هذا الحق يحل محل العقار المرهون حلولاً عينياً ويصبح مرهوناً مثله . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص : « في جميع الأحوال التي يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزداد أو ثمن

= العقار المرهون أو من مانع تأمينه من الحريق إذا احترق ، ويكون استبدالهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم في يوم واحد .

ملحقات يتم تسييمها . فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر . ويستوفى الدائن منه الدين بحسب مرتبته ، وهذا مثل آخر للحلول العيني « (١) .

وهذا هو الرأي السائد في الفقه المصري . فما دام الحق قد استحق في مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه . فإنه يحل حلولا عينياً محل هذا العقار . وينتقل حق الدائن المرتهن . بحكم هذا الحل العيني ، من العقار المالك أو التالف إلى الحق الذي حل محله . فإذا كان الحق منقولاً ، كما في التعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية . فإن الدائن المرتهن يختص به ويستوفى دينه منه . وينقلب الرهن في هذه الحالة إلى رهن حيازي للنقود . وهذا هو صريح النص . فهو يقول كما رأينا : « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » (٢) .

وعلى ذلك إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٥٤ .

(٢) انظر حسن كيرة في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٤٥ ص ١٣٨ - عبد المتم فرج الصدة فقرة ٨٠ ص ١١١ - أحمد سلامة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ - منصور مصطفي منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠ ورسالته في نظرية الحل العيني فقرة ١٢٣ وما بعدها .

وهناك رأي يذهب إلى عدم فائدة الالتجاء إلى فكرة الحل العيني ، ويمكن أن يقال إن الدائن المرتهن يفتقر في التمتع على المقابل الذي حل محل العقار وذلك بموجب الرهن نفسه (إسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية فقرة ٥٥ - شمس الدين الوكيل فقرة ٩٤ ص ٢٨٦) . ويجب الأستاذ منصور مصطفي منصور على هذا الرأي بما يأتي : « وعندنا أنه إذا كان هذا الرأي مقبولاً حيث يكون حق الدائن المرتهن مستحق الأداء وقت الاستبدال ، إلا أنه تمييز الاستمارة بفكرة الحل العيني إذا لم يكن حق الدائن مستحق الأداء ، كما لو كان ديننا مستقبلاً لم يوجد ، أو ديناً شرطياً ولم يتبين نصيب الشرط بعد ، أو كان الأجل لم يحل . ففي مثل هذه الأحوال يتمتع القول بمباشرة حق التقدم ، فيبقى المال الذي استبدل بالعقار مخصصاً لضمان دين الدائن ، وهذا هو الحل العيني » (منصور مصطفي منصور فقرة ٣٢ ص ٨٠) .

وكان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً أو أن يستوفى حقه فوراً (م ١/١٠٤٨ مدني) فقد يكون العقار المرهون مؤمناً عليه فتدفع شركة التأمين كل قيمته . وفي هذه الحالة تحل هذه القيمة التي تدفعها شركة التأمين محل العقار حلولاً عينياً . ويكون الدائن المرتهن مخيراً بين استيفاء ما دفعته شركة التأمين مرهوناً في حقه أو استيفاء حقه فوراً بعد إسقاط الأجل .

وإذا كان هلاك العقار المرهون أو تلفه قد نشأ من سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء المدين بلا تأمين ، كان المدين الراهن هو الخبير بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفى الدين قبل حلول الأجل بعد استئذان التوائد بالسعر القانوني على النحو الذي قدمناه (م ٢/١٠٤٨ مدني) . وقد يكون هلاك العقار أو تلفه بفعل الغير وهذا سبب أجنبي . فيدفع الغير تعويضاً محل العقار المرهون . ويستطيع المدين الراهن في هذه الحالة أن يقدم هذا التعويض تأميناً كافياً للدائن المرتهن بدلاً من وفاء الدين قبل حلول الأجل . وقد يكون العقار المرهون مؤمناً عليه . فتدفع شركة التأمين مبلغ التأمين . فيقدمه المدين الراهن تأميناً كافياً للدائن المرتهن . وقد يكون هلاك العقار المرهون هو عبارة عن نزع ملكيته للمصلحة العامة . فالمبلغ الذي يدفع في مقابل ذلك يكون تأميناً كافياً يقدمه المدين الراهن .

فيمكن إذن الموازنة بين أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ مدني على الوجه الذي قدمناه . والاستفادة من حلول الحق محل العقار المرهون حلولاً عينياً عند ما يراد تقديم تأمين كافٍ محل العقار المرهون . وذلك بتقديم الحق الذي يحل محل العقار المرهون تأميناً كافياً لا يستطيع الدائن المرتهن الاعتراض عليه في شيء .

٢٤ - سلطنة الراهن عن العقار المرهون

١٧٣ - عدم تجريد الراهن لا من ملكية العقار المرهون ولا من ميزانه في الرهن الرسمي : يبتى الراهن مالكاً للعقار المرهون . بل ويبقى حائزاً له .

لأنه لا يتجرد لا من الملكية ولا من الحيابة بالرهن الرسمي . بخلاف الرهن الحيزى . فإنه إذا كان لا يجرد الراهن من الملكية فهو يجرد من الحيابة . وهذه هى ميزة الرهن الرسمي . فهو يترك العقار المرهون فى ملكية الراهن وفى حيازته . وكأن شيئاً لم يتغير اولا ذلك الحق الحفى الذى شهدنا بعض آثاره وسنشهد بعضاً آخر فيما يلى .

وما دام الراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ، فإنه يحتفظ بسلطته عليه كمالك وكحائز . فبقى له حق التصرف فى العقار المرهون كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله . ولا تقيد سلطته فى كل ذلك إلا بما يجب أن تقيد به من اعتبار حق الدائن المرتهن ، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين ، وقد ينتهى إذا لم ينف المدين بالدين إلى التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن المرتهن .

١٧٤ - من الراهن فى التصرف فى العقار المرهون - نص قانونى :

تنص المادة ١٠٤٣ مدنى على ما يأتى :

« يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر

منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن » (١) .

وظاهر من هذا النص أن الراهن يحتفظ بحق تصرفه فى العقار المرهون

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : « يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، ولكن لا يضر هذا التصرف بحق الدائن المرتهن » . ووافقت لجنة المراجعة على النص مع تعديل العبارة الأخيرة . منه على الوجه الآتى « وأى تصرف منه لا يمس أى مساس بحق الدائن المرتهن » ، وذلك تحت رقم ١١٣٨ فى النهائى . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال عبارة « لا يؤثر فى حق » بعبارة « لا يمس أى مساس بحق » ، وذلك تحت رقم ١١٢٤ ، وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التسنين المدنى الجديد . ووافق عليه لمس الشيوخ تحت رقم ١٠٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٨ - ص ٤٠) .

التقنين المدنى السابق : لا مقابل .

كما كان قبل الرهن ، ولكن التصرف الذى يصدر منه بعد الرهن لا يمس بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر فيه ، وذلك إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذى صدر من الرهن . فإذا رهن الراهن العقار مرة ثانية أو أخذ عليه فيه حق اختصاص أو رهنه رهنًا حيازياً أو ثبت على العقار المرهون حق امتياز كحق امتياز المتقاسم فيما إذا كان العقار المرهون شائعاً ، فإن الدائن المرتهن ، إذا قيد حق رهنه قبل قيد الرهن الثانى أو حق الاختصاص أو حق الرهن الحيازى أو حق الامتياز ، لا تسرى فى مواجهته هذه الحقوق . ويتقدم عليها جميعاً بحق رهنه الذى قيد قبل ذلك ، ويستوفى الدين الذى له من ثمن العقار المرهون مقدماً على جميع هؤلاء الدائنين (١) .

وإذا قرر الرادع على العقار المرهون حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق حكر ، ولكن هذه الحقوق لم تسجل إلا بعد قيد حق الدائن المرتهن ، فإن الدائن المرتهن ينفذ على العقار المرهون خالياً من حق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق الحكر . بل إن الراهن إذا باع العقار المرهون ولم يسجل المشتري البيع إلا بعد قيد الدائن المرتهن لحقه ، فإن هذا الدائن المرتهن يسرى حقه فى مواجهة المشتري ، ولهذا الدائن أن يتبع العقار فى يد المشتري وينفذ عليه يدينه ، وليس للمشتري إلا أن يني بالدين أو يخلى العقار أو يطهره (٢) .

كما سيأتى .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « لا يفقد الراهن فى الرهن الرسمى ملكية العقار ولا حيازته ولا حق التصرف فيه . . . ويستطيع الراهن أخيراً أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر ، رسمياً كان أو حيازياً ، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، بل يجوز أن يرتب على العقار حق امتياز كما لو دخل فى أعيان تست وترتب عليها امتياز المتقاسم ، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « فهو (الدائن المرتهن) يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه ، ولكن الملكية تنتقل مشفلة بالرهن ما دام الرهن قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . وكذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا =

فالراهن إذن يحتفظ بحقه في التصرف في العقار المرهون ، ولا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن على النحو الذي سبق بيانه . ويستوى في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو في جزء منه فقط ، فإذا كان تصرفه في جزء من العقار المرهون لم يسر هذا التصرف في حق الدائن المرتهن إذا كان قد قيد حقه قبل شهر تصرف الراهن^(١) .

كذلك إذا باع الراهن العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين ، فإن الدائن المرتهن له أن يتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه كما يتبع كل العقار في يد المشتري فيما قدمناه . وهناك رأى يذهب إلى أن بيع العقار المرهون أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين من شأنه أن يرهق الدائن المرتهن ، إذ يتبع كل جزء في يد من اشتراه وفي هذا إعنات له . فله أن يتمسك بإضعاف التأمين وبسقوط أجل الدين تبعاً لذلك ، وتفاضى الدين فوراً قبل حلول الأجل الأصلي^(٢) . ولكن هذا الرأى ليس هو الرأى السائد ، فالرأى السائد هو ما قدمناه من أن الدائن المرتهن يتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه^(٣) .

ويبدو أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف في العقار المرهون ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص : « وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن ، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بالألا يتصرف في العقار المرهون : انظر م ١١٣٦ من التقنين الألماني »^(٤) .

= عينا أصلياً حتى ارتفاع أو حتى ارتفاع ، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن ، ولهذا أن ينفذ غالباً هذه الحقوق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩) .

(١) قارن شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٨ .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٥٨٦ .

(٣) شمس الدين الوكيل فقرة ٨٠ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ - وانظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي =