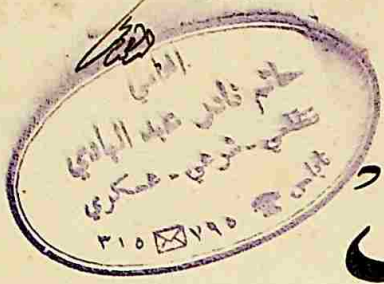




١٧٩٤١٦

٧٥٥

٥



في التأمينات

وهو يشمل (١) التأمينات الشخصية وهي الكفالة .
(٢) التأمينات العينية المنقولة والعقارية وهي رهن المنقول والرهن العقاري
الحيازي والرهن العقاري غير الحيازي وحق الاختصاص
وحق الامتياز وحق الحبس



تأليف

الدكتور عبد السلام زهنى بك

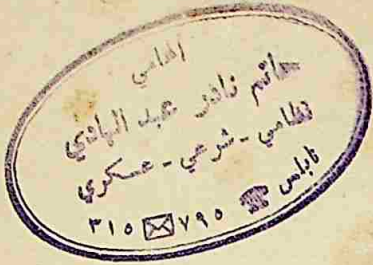
مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
دكتور فى الحقوق (العلوم القانونية ، والعلوم السياسية والاقتصادية)
محام لدى محاكم الاستئناف

KRM
717
D5
1326

﴿ كافة الحقوق محفوظة للمؤلف ﴾

مطبعة الإعتقاد بشارع حسن الأکبرمصر

١٩٢٦ - ١٣٤٤



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة

نعم ها نحن أولاء نخرج لرجال القانون هذا السفر في التأمينات ، وقد عاجلنا فيه الضمانات الشخصية (الكفالة) والضمانات العينية (الرهن الحيازي المنقول والعقارى ، والرهن غير الحيازي العقارى ، والاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وحق الحبس) . وشرحنا ذلك على ضوء التاريخ ومذاهب القضاء وآراء أهل الفقه هنا وهناك . وأقسطنا للقوانين الجديدة الصادرة فى سنة ١٩٢٣ . مكانا فى البحث والتمحيص ، برغم أن القضاء لما بين لنا رأيه بعد فيما جد من النظريات الجديدة ، كالبيع الوفاى والرهن الحيازي العقارى وقانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٤٩ و ٥٠ ، وهذا الرهن الحيازي العقارى وقانون التسجيل الجديد الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ ، وآثار هذا القانون الجديد فى أحكام الرهن غير الحيازي العقارى (أى الرهن الرسمى) . ولنا كبير الامل أن يقرنا القضاء فيما ذهبنا اليه كما أقرنا فيما أدلينا به بكتابنا « فى الاموال » بشأن قانون التسجيل الجديد وما يستفاد من عبارة « الالتزامات الشخصية » الواردة بالمادة الاولى منه . اذ ذهب القضاء الاهلى الى ما ذهبنا اليه فى تقرير الاصول العامة لقانون التسجيل ، وقرر فى الشفعة جوازها برغم عدم تسجيل عقد المشتري ، وأصر على ذلك بأحكام عدة (١)

(١) حكم استثنائى لمحكمة مصر فى ٣ مايو سنة ١٩٢٥ وحكم استثنائى لمحكمة أسيوط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ وحكم جزئى لمحكمة المنصورة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ . وهذه الاحكام منشورة بمجلة المجموعة الرسمية المجلد ٢٦ سنة ١٩٢٥ ص ٨٢ - ٨٦ رقم ٤٦ وهى الاحكام رقم ١ و ٢ و ٣ . - انظر عكس ذلك : حكم محكمة مصر الكلية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ مجلة الحماية المجلد ٥ سنة ١٩٢٥ ص ٣٣٣ رقم ٢٩٥ . ولكن يظهر ان القضاء المختلط يأخذ بالرأى العكسى : انظر مجلة مجازيت المحاكم المختلطة المجلد ١٥ ص ٢٤٢ رقم ٣٦٦ . - وجورنال المحاكم المختلطة عدد ١٢ و ١٣ مارس سنة ١٩٢٥ المجلد ٥ رقم ٤٦٥ ص ٨

وإننا وقد أخرجنا هذا الكتاب في التأمينات ، أصبحنا وقد وضعنا في القانون المدني ما يحتوى اجزائه ، وألمنا بشتات هذا الفرع الهام من المواد القانونية . لانا اذا أضفنا الى كتاب التأمينات هذا ، ما سبق أن وضعناه في اثبات الالتزامات^(١) والنظرية العامة لنفس الالتزامات^(٢) ونظرية الاموال^(٣) ، فان القانون المدني يصبح وقد شرحناه من أوله الى آخره ، ما عدا بعض العقود المعينة ، وأهمها البيع والاجارة ، وما الى ذلك ، مما يدخل حتما في الغالب الاغلب من أحكامه ، ضمن الاصول العامة المقررة بالنظرية العامة في الالتزامات

وأما وقد وضعنا هذه الاسفار في القانون المدني : في الالتزامات ، وفي اثباتها ، وفي الاموال ، وفي التأمينات ، فأننا كبير الامل في أن يتلقاها جمهور القانونيين وجماعات المشترعين ويقسطوها . من عنايتهم وحرصهم على الاصول القانونية ما هم أهل له من الغيرة والحرص . ولعلمهم يقرونا على ما أصبناه من جهود وحملناه من متاعب ، في هذه السنين الاولى في العهد الاول من أطوار الامة المصرية ، وخروجها من دور الامة المحكومة بامة أخرى ، الى دور الامة المستقلة ، اذ العلم يتطور هو الآخر متأثراً بما حوله من المؤثرات المختلفة . وإننا نحمد الى الله وقوفنا نحن جماعة القامئين بمهمة التدريس والتأليف في وقت الانتقال الحاضر ، وقد أحاطت بنا صعوبات شتى ، موقفا لا تتردد فيه لحظة في أنه لا بد ، ولا بد ، من المضي في طريق العمل كثير الشعب ، تقطع كل يوم شوطا من أشواطه ، والامل يحدو بنا ، والرغبة في خدمة النشء ، والاحقاب المقبلة آخذة بارادتنا واذا كان الجندي وهو في ساحة الوغى يحمد الى الله توفيقه الى الوقوف هذا الموقف المشرف ، يبتسم تحت نيران القذوفات ، لنور الامل المحقق ، فانامعشر المؤلفين قد حمدنا الله من قبل ومن بعد ، على ما أصبناه ونصيبه كل يوم من مشاق العمل والكبد المتواصل ، ما دام الامل المحقق باذن الله يبتسم لمصر في حاضرها ومستقبلها . والله الموفق ما

الزمالك في ٨ ابريل سنة ١٩٢٦
عبد السلام زهني

(١) وضعنا في اثبات الالتزامات أو اثبات المداينات جزئين سنة ١٩١٤ وسنة ١٩١٥ (٢) وضعنا في الالتزامات ، وفي نظريتها العامة كتابا سنة ١٩٢٥ (٣) وضعناها سنة ١٩٢٦

مؤلفات المؤلف

١ - باللغة العربية

أولاً - الكتب :

- ١ - مسؤلية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الاول » مطبعة المعارف سنة ١٩١٤
- ٢ - مسؤلية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة « الجزء الثاني » مطبعة المعارف سنة ١٩١٥
- ٣ - المدائبات أو الالتزامات « الجزء الاول . في الادلة او الاثبات » مطبعة المعارف سنة ١٩٢٢
- ٤ - المدائبات أو الالتزامات « الجزء الثاني . في الادلة او الاثبات » مطبعة هندية سنة ١٩٢٣
- ٥ - الالتزامات ، النظرية العامة ، مطبعة مصر سنة ١٩٢٥
- ٦ - في الاحوال : المنقولات والعقارات ، الملكية على اختلاف انواعها ، الحقوق العينية العقارية والمنقولة المختلفة ، وسائل اكتساب الحقوق العينية ، وضع اليد والتقدم ، الشفعة واحكامها ، شرح قانون التسجيل الجديد رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ ، الخ الخ . مطبعة الاعتماد سنة ١٩٢٦

ثانياً - المقالات :

- ١ - نهضة القانون ، تضافر الفقه والقضاء ، العلم والعمل ، مجلة الشرائع السنة الثالثة ص ٣٩٨ - ٤١٢ ، المقال الاول سنة ١٩١٦ (لمناسبة ظهور كتاب شرح البيع لحمى باشا عيسى سنة ١٩١٦)
- ٢ - مرافعات الدكتور أبو هيف ، الكتاب البكر في « فن القانون » ، بشائر رقى الفقه ، مجلة الشرائع السنة الرابعة ص ١ - ١٨ سنة ١٩١٦
- ٣ - في اقامة الدعوى العمومية من قبل محكمة الجنايات من الوجهة الفنية

Droit de l'évocation de l'action publique : القانونية والنظامية
au point de vue de la technique juridique et du droit

public interne مجلة الشرائع السنة السادسة ص ٢ - ٢٤ سنة ١٩١٨

٤ - في المسؤولية المدنية للأفراد . لمختان تاريخية وتشريعية . مجلة المحاماة

السنة الثالثة ص ٣٧٥ - ٣٨٥

ثالثاً - مذكرات لطلبة الحقوق وغيرهم :

١ - مذكرات في القانون الروماني . في الاحوال الشخصية عند الرومان .

سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣

٢ - مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الاشياء عند الرومان سنة

١٩٢٢ - ١٩٢٣

٣ - مذكرات في القانون الروماني . في نظرية الالتزامات عند الرومان سنة

١٩٢٢ - ١٩٢٣

رابعاً - كتب تحت الطبع :

١ - القانون التجاري . الاعمال التجارية ، العقود التجارية على اختلاف

أنواعها ، الشركات ، الخ الخ . . .

خامساً - كتب في التخصيص :

الجزء الثالث من كتاب مسؤولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية

العامة ، وهو القسم العملي القضائي

مؤلفات المؤلف

٢ - باللغة الفرنسية

Du même auteur :

- 1.— **Abd El Salam Zohny.** La responsabilité de l'Etat égyptien. à raison de l'exercice de la puissance publique, Tome I, Georg Lyon, P. Geuthner, Paris, 1914.
- 2.— Même auteur, même titre, Tome II, mêmes Librairies.
- 3.— Le coton égyptien, son importance dans la vie sociale et économique de l'Egypte, Willefranche, 1921

﴿ بيان الرموز ﴾

Bulletin de législation et de jurisprudence égyptiennes	م ت ق ١٨٦٣
المجلد ٣ صفحة ١٨ (ويرمز لها بالغة الفرنسية B. L.)	
زيد بذلك المجلد الثالث والصفحة ١٨ من	١٨٦٣
مجلة م ت ق. والمجلة هذه لا تنشر الا الاحكام الصادرة من محكمة الاستئناف المختلطة	
المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية المجلة ٣	م ر ا ٣٦ ص ١٨ عدد ٢٠
صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠ ويرمز لها بالفرنسية B. O.	
المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة	م ر م ١٨٦٣
Recueil officiel des arrêts de la Cour d'appel mixte	
(ويرمز لها بالغة الفرنسية R. O.) المجلد	
٣ صفحة ١٨	
مجلة الحمامة المجلة ٣ صفحة ١٨ رقم	م ٣٦ ص ١٨ عدد ٢٠
الحكم ٢٠	
مجلة الشرائع المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم	ش ٣٦ ص ١٨ عدد ٢٠
الحكم ٢٠	
مجلة سيرى Sirey الفرنسية سنة ١٨٩٨	س ١٨٦١٩٨
القسم الاول صفحة ١٨	
مجلة دالوز Dalloz الفرنسية سنة ١٨٩٨	د ١٨٦١٩٨
القسم الاول صفحة ١٨	
مجلة جازيت المحاكم المختلطة بمصر	جا ٣٦ ص ١٨ عدد ٢٠
des tribunaux mixtes d'Egypte	

المجلد ٣ صفحة ١٨ رقم الحكم ٢٠	
الجدول العشري الاول للمحاكم المختلطة	ج ع ١ ص ١٨ ن ١٩
Table décenniaie صفحة ١٨ نبذة ١٩	
الجدول العشري الثاني الخ	ج ع ٢ ص ١٨ ن ١٩
» » الثالث »	ج ع ٣ ص ١٨ ن ١٩
محكمة الاستئناف الاهلية بمصر	استئناف
محكمة الاستئناف المختلطة باسكندرية	استئناف م
كتاب القضاء المصرى الاهلى جمع	مجموعة جمال ج ١ ص ١٨ ن ١٩
وتأليف ابراهيم افندى جمال المحامى ،	
الجزء الأول ص ١٨ نبذة ١٩	
نفس الكتاب جزء ثان	مجموعة جمال ج ٢ ص ١٨ ن ١٩
مجموعة الأحكام الصادرة فى السنين العشر	مجموعة حمدى السيد مدنى ص ١٨ ن ١٩
الاخيرة من سنة ١٩٠٧ - سنة ١٩١٧	
تأليف محمد حمدى بك السيد القاضى ،	
جزء المدنى صفحة ١٨ نبذة ١٩	
كتاب التعليقات القضائية على قوانين	تعليقات جلاذ مدنى ص ١٨ ن ١٩
المحاكم المصرية ، جزء المدنى صفحة ١٨	
نبذة ١٩ تأليف جلاذ بك	
قضاء المحاكم الاهلية من ١٩٠٠ - ١٩٢٠	عياشى ص ١٨ ن ١٩
بقلم الاستاذين جورج روفائيل عياشى	
والياس روفائيل عياشى المحامين بquam	
قضايا الاشغال صفحة ١٨ نبذة ١٩	
مرجع القضاء لواضعه عبد العزيز بك	مرجع ٢ ص ١٨ ن ١٩
ناصر الجزء الثانى صفحة ١٨ نبذة ١٩	

في التأمينات

تمهيد

١ — يتناول القول هنا معالجة الضمانات المقررة ضد اعسار المدين ، أى نظرية الثقة ^(١) . ولقد تناولنا القول في النظرية العامة للالتزامات عن الوسائل التى قررها القانون للدائن لاجل الحصول على دينه من مدينه . والمفروض فى ذلك أن المدين موسر فيستطيع دفع دينه . فاذا أعسر المدين حف الخطر وقتئذ بالدائن . والخطر واقع سواء كان الاعسار كاملاً أو ناقصاً أو تزامم الدائنون فلا يصيب الواحد منهم الا جزءا مما له . ولما كان احتمال الاعسار مما يعيق سير المعاملات بين الناس فلا يطمئن الدائنون الى التعامل مع المدينين رسم الشارع جملة طرق لحماية الدائن من هذا الاعسار . هذه الطرق تسمى بالتأمينات ^(٢) وهى على نوعين تأمينات شخصية وتأمينات عينية ويراد بالتأمينات الشخصية ^(٣) أن ينضم الى المدين جملة من المدينين حتى اذا ما ضمت أموالهم الى أموال المدين اطمان الدائن الى الحصول على دينه عند حلول الأجل . ولقد رأينا مثلاً من هذا النوع فى نظرية الالتزامات وهو التضامن بين المدينين ، والكفالة ^(٤) هى الشكل الثانى للتأمينات الشخصية . وهذان الشكلان هما من أكثر أشكال التأمينات ذيوياً من عهد طفولة الجماعات . ويرجع هذا الذيوع الى اعتبارات تاريخية قديمة . من ذلك فقر المدين وقلة ماله . ومنها أيضاً ما كان معروفاً من الاستحالة عند المدينين فى تقديم العقارات تأمينا للدائنين . وهى تلك الاستحالة التى ترجع الى ذلك الاعتبار الذى كان شائعاً فى العصور الماضية فى أن العقارات لم تكن ملكاً حراً للحائز لها انما كانت ملكيتها موقوفة على الاسرة ، وما

(١) crédit (٢) sûrités

(٣) sûrités personnelles (٤) cautionnement

كان الحائز سوى نائب عن تلك الأسرة فيما حازه . ويرجع التضامن الى ما كان معروفاً أيضاً من احكام روابط الاتصال بين أفراد الأسرة الواحدة أو القبيلة الواحدة (١) وهي الأسرة أو القبيلة التي ينتمى اليها المدين . فكان يجد هذا الأخير من أهل عشيرته من يتضامن معه في الدين واذا اضفنا الى هذه الاعتبارات التاريخية ما عرف به نظام الرهن العقارى الرومانى من النقص عرفنا حينئذ الحكمة من ذبوع هذه التأمينات الشخصية بالقانون الرومانى

هذا ولما آذنت الاعتبارات التاريخية المتقدمة بالزوال وتغيرت أنظمة الجماعات أخذت التأمينات العينية تكسح أماتها التأمينات الشخصية . وأخذ الناس يعتادون التضمين على ديونهم لدى دائئهم بما يملكونه من الأموال عقارات كانت أو منقولات . وأصبحت التأمينات العينية أفضل بكثير من التأمينات الشخصية لأن الدائن لا يتعرض فيها الى خطر اعسار الكفيل (٢) ولا الى عوز المدين المتضامن

٢ — أما التأمينات العينية فهي ما يأتى :

- ١) رهن الحيازة (٣) أى تسليم شئ الى الدائن ليحتفظ به حتى تمام الوفاء وليتقاضى دينه من ثمنه من طريق الافضلية على بقية الدائنين
- ٢) حق الحبس (٤) وهو حق حائز الشئ ، باعتباره دائئاً لمناسبة حيازته له ، فى أن يحتفظ بالشئ ، أى يأتى تسليمه للمدين ، طالما لم يتقاضى دينه
- ٣) الامتياز (٥) أو حق الاولوية أو الافضلية المقررة بالقانون ، ضمناً لبعض الديون ، على جميع أموال المدين أو بعض أمواله
- ٤) الرهن الرسمى (٦) وهو تخصيص عقار أو جملة عقارات للمدين ضمناً لدين الدائنين
- ٥) الاختصاص (٧) وهو الرهن القضائى

(١) gens domus (٢) caution (٣) nantissement (٤) droit de rétentlon (٥) privilège (٦) hypothèque (٧) affectation

٣ — ويلاحظ بشأن هذه التأمينات ما يأتي :

(١) هذه التأمينات المتقدمة على نوعين : نوع يقضى بخروج العين من يد المدين كالرهن الحيازي لتدخل العين بجميافة الدائن . والنوع الثاني كالرهن الرسمى والامتياز تبقى فيه العين المخصصة للتأمين بيد المدين . ولا خوف من ذلك على الدائن مادامت قيمة الشيء تفي بالدائن . ذلك لأن الدائن حق الافضلية على مزاحمه بما هو مقرر له من حق الأولوية ^(١) ولا يخشى انتقال العقار من يد مالكه لما له (أى الدائن) من حق التتبع ^(٢) الذى يبيح له حق الجرى وراء العقار والعمل على بيعه بالمزاد فى يد من حازه للحصول على دينه بالأفضلية على الدائنين الآخرين

(٢) ان التأمينات العينية هذه قد تكون قاسية وغير مقبولة أمام القاعدة القانونية القائلة بأن أموال المدين ضامنة لديونه لدى الدائنين (المواد ١٤١ و ٥٥٤ مدنى و ٢٠٩٢ فرسى) لما بين قاعدة التأمينات الخاصة والضمان العام من التناقض الظاهرى . ولكن مع ذلك يجب الأخذ بنظرية التأمينات العينية الخاصة . لانه اذا لم يؤخذ بها لترتب على ذلك أن المدين يصبح ولا ضابط له فى أن يقرر ما يشاء من التأمينات لدائنيه من غير تعاليل مقبول . فيؤمن لهذا الدائن ، ويحرم ذلك الدائن الآخر . والافضل هو الاخذ بنظرية التأمينات العينية فلا يقدم تأمينا لدائن الا اذا شعر حقيقة بالحاجة الى التعامل مع دائنه . ويجب فى ذلك أن يؤخذ بنظرية الاشهار والعلانية حتى لا يخدع دائن آخر يريد التعامل مع هذا المدين وحتى يعلم بما تحملت به بعض أموال مدينه من التكاليف العقارية

(٣) ويظهر أنه نظراً لما لوحظ من أوجه النقص فى نظام الثقة العقارية ^(٣) أخذ الناس يعملون أخيراً على التعامل من طريق الثقة الشخصية ^(٤) أى أن التأمينات الشخصية أخذت تحل محل التأمينات العينية . وأخذ الناس يجتمعون الى بعضهم

droit de suite (٢)

droit de préférence (١)

crédit personnel (٤) crédit réel (٣)

بعضاً ويتضافرون فيما بينهم للقيام معاً بالعمل الواحد ، ذلك العمل الذى يعود نفعه على الجماعة المجتمعة المعينة بما يسمى فى الوقت الحاضر بنظام التبادل بالثقة^(١) فاذا عم هذا النظام الاخير وعلى الاخص فيما بين المزارعين لما تربطهم رابطة المصلحة الواحدة والمنفعة الشاملة لعادت على هذه الجماعات فوائد جمة . أما السبب فى رواج نظام التبادل بالثقة فهو نفس السبب الذى لا حظناه من الاعتبارات التاريخية التى روعيت فى العصور الاولى وعلى الاخص فى عهد القانون الرومانى عند ما أخذ برابطة التضامن العائلى بين أفراد الاسرة أو القبيلة الواحدة . أما الرابطة فى الوقت الحاضر فهى لا ترجع الى الاسرة انما ترجع الى وحدة المصلحة الواحدة الشاملة والجماعة مسوقة اليها بشعور المصلحة العامة والرغبة فى تنظيم الافراد أهل المصلحة الواحدة جمعيات^(٢)

والآن نتكلم على التأمينات الشخصية . وبعد الانتهاء منها نتكلم على التأمينات العينية

فى التأمينات الشخصية فى الكفالة

٤ — من التأمينات الشخصية التضامن ولا محل للتكلم عليه هنا اذ هو داخل ضمن نظرية الالتزامات . وتقتصر القول هنا على الكفالة وقد وردت بالباب السابع من الكتاب الثالث من القانون المدنى (المواد ٤٩٥ / ٦٠٤ — ٥١١ / ٦٢٤ مدنى و ٢٠١١ — ٢٠٤٣ فرنسى)

(١) فى قواعد عامة

٥ — فى معنى الكفالة — للكفالة^(٣) فى الوقت الحاضر معنيان

(١) تفيد الكفالة فى اللغة الدارجة على الالسن ايداع مبلغ من النقود أو من

(١) mutualité de crédit (٢) كولين وكابتان ج ٢ ص ٧٢٩ — ٧٣١

الطبعة الثانية سنة ١٩٢٠ (٣) cautionnement

الاوراق ذات القيمة المالية بواسطة شخص ضمناً لانجاز ما فرض عليه من الواجبات بسبب حرفته ولتمويض ما يحتمل أن يقع من الضرر بسبب خطأه . ويسمى بالتأمين كما يدفعه الامناء على الاموال الحكومية^(١) كالصيارف وكتاب المحاكم وكل موظف ذى ذمة بتمتضى وظيفته (ويسمون في عرف وزارة المالية بالعميدة) وكما يدفعه الامناء على الاموال الخاصة بالشركات والمحلات التجارية والصناعية بوجه عام . وتؤدى كلمة الكفالة هنا أو التأمين ما يؤديه الرهن الحيازى^(٢) وسنعود الى ذلك فى موضعه

٢) والمعنى الثانى وهو المقصود هنا من الكفالة هو « عقد به يلتزم انسان بأداء دين آخر اذا كان هذا الآخر لا يؤديه » (المادة ٤٩٥ / ٦٠٤ دى و ٢٠١١ فرنى) وتسمى الكفالة هنا كفالة بالتخصيص أو كفالة شخصية^(٣)

وللكفالة معنى آخر يسمى بالكفالة العينية^(٤) ويراد بها الشخص الذى يأتى ويضمن دين المدين الاصلى ، لا من طريق أن يضمن هو شخصياً ، انما يضمن من طريق أن يرهن للدائن عقاراً له رهناً عقارياً رسمياً أو رهناً حيازياً

٦ — الكفالة من الوجهة التاريخية — كان للكفالة شأن ظاهر عند الرومان وعلى الاخص فى الوقت الذى لم تزل فيه روابط التضامن بين أفراد الاسرة أو القبيلة الواحدة^(٥) . وكانت تفرغ فى قالب العقد الشفوى^(٦) باحدى الصور المعروفة^(٧) ثم انتهى بها الامر بان كانت تعقد بشكل خاص^(٨) وكان الكفيل فى الاصل ملزماً باعتباره مديناً أصلياً وبالدين كله . ثم انتهى الامر بأن تقرر له حق التقسيم^(٩) وحق التجريد^(١٠) وقرر القانون الرومانى بالقانون المسمى بقانون فيليين^(١١) الحظر على النساء فى

(١) comptables des deniers publics (٢) gage
 (٣) فتحى زغلول باشا ص ٢٢٧ (٤) caution réelle (٥) gens
 (٦) contrat verbal (٧) sponsio و fidepromissio و fidejussio
 (٨) mandatam pecuniae credendae و pacte de constitut
 (٩) droit de division (١٠) droit de discussion
 (١١) senatusconsulte Velléien

أن تكفل الغير ، وعلى الاخص كفالتهم لازواجهم في عصر جوستينيان . وأخذ بهذا الحظر بالقانون الفرنسي حتى سنة ١٦٠٦ . وكانت الكفالة عند الرومان بلا مقابل (١) وهي لا زالت كذلك في الوقت الحاضر اذ يرمى الكفيل في الغالب الى مجرد الادلاء بخدمة للمدين المكفول . ولكن يقع أن يرمى الكفيل الى الحصول على مبلغ من المال من المدين في مقابل كفالاته (٢) ومن الدائن نفسه

٧ — الكفالة عقد ثانوي — الكفالة عقد تابع (٣) لعقد أصلي . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) « لا يجوز أن تعقد الكفالة بمبلغ أكثر من المبلغ المطلوب من المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول به » (المادة ٤٩٧/٤٠٦٠٦ مدي و ٢٠١٣ فرنسي) . فإذا انعقدت الكفالة بأكثر من الدين الاصلى أو بشروط أشد فلا تعتبر باطلة . انما يجوز فقط اعتبارها صحيحة في حدود الدين الاصلى المكفول (المادة ٢٠١٣ فقرة ٣ فرنسي وحكمها عام) كما اذا التزم الكفيل بتجمد الفوائد واعتبارها ملحقة برأس المال لتريح هي الاخرى أرباحاً (٤) بينما لم يلتزم المدين الاصلى بذلك ، اذ يعتبر هذا الشرط باطلا بالنسبة للكفيل (٥) ويجوز أن تقع الكفالة بشروط أخف من شروط الدين الاصلى (المادة ٤٩٧ مدي) كمن اذا كفل المدين في حساب جار لمبلغ معين (٦)

(٢) لا تعقد الكفالة الا اذا كان هناك التزام أصلي صحيح . فإذا كان هذا الالتزام باطلا بطلت الكفالة معه (المادة ٤٩٦ مدي) والتابع يتبع المتبوع وجوداً وعدماً . وتأثر الكفالة أيضاً فيما اذا كان الالتزام الاصلى مشوباً بالبطلان النسبي فتعتبر هي الاخرى قابلة لهذا النوع من البطلان . ولكن تجوز الكفالة اذا أريد

(١) gratuit (٢) س ٢٨٦ ، ١ ، ٩٠٨ ، ٨٤ ، ٨٤ (٣) contrat accessoire

(٤) capitalisation des intérêts (٥) د ٢٣٣ ، ١ ، ٨٦ ، ١٠ — س ،

(٦) ٥١ ، ٨٧ — د ١ ، ٩٢ ، ٠١ — س ٥٥ ، ١ ، ٩١ ، ٠١

بها ضمان مقفود الاهلیة بالذات (المادة ٤٩٦ مدنی) وتصح هذه الكفالة حتى ولو طلب مقفود الاهلیة بطلان العقد الاصلی المكفول ، وترجع صحة الكفالة هنا الى اعتبار أن الكفیل انما أراد بعمله حماية الدائن بسبب حالة المدین من زوال حق التصرف عنه . أى أن الكفیل يعلم حالة مكفوله^(١)

ويعترض على الشارع فى أنه قصر صحة الكفالة على حالة فقد الاهلیة فقط دون غيرها من الاسباب الاخرى الخاصة بالبطلان النسبى الناشئ عن العيوب المسفدة للرضاء . ولكن یرد على هذا الاعتراض أن صحة الكفالة فى حالة فقد الاهلیة انما ترجع الى أن التزام المدین مقفود الاهلیة لا يزول بتاتا ، بل یبقى بذمة مقفود الاهلیة باعتباره هذه المرة التزاما طبيعياً^(٢) بخلاف البطلان النسبى الناشئ عن عيوب الرضاء فانه یزیل الالتزام زوالا تاما ولا تبقى ذمة المدین معه مشغلة بدين طبيعى ما^(٣) . ولكن ألا یلاحظ أيضاً ومن طریق آخر أن هذا التعلیل فى صحة الكفالة فى حالة فقد أهلیة المدین المكفول تعلیل صحیح اذا لاحظنا أن من خصائص الكفالة فتح الطریق أمام الكفیل حتى یطالب مدینه بان یدفع له ما دفعه (المادة ٦١٧/٥٠٥ مدنی) فكيف حينئذ یكون ذلك مع أن التزام المدین المكفول التزام طبيعى ؟^(٤)

(٣) للكفیل حتى دفع دعوى الدائن قبله بدفع المقاصة الحاصلة بين المدین المكفول والدائن (المادة ١٢٩٤ فرنسى الفقرة الاولى وحكمها عام) لان المقاصة فى قضائها على الدين الاصلی^(٥) انما تقضى أيضاً على التزام الكفیل بنسبة ما وقع للمدین الاصلی — (لم یأت الشارع المصرى بحكم الفقرة الاولى من المادة ١٢٩٤

(١) یلاحظ أن القانون الفرنسى ذكر كلمة قاصر mineur واما القانون المصرى فقد ذكر

كلمة فقد الاهلیة incapacité وهو بذلك أوسع مجالاً عن القانون الفرنسى

(٢) راجع كتابنا فى الالتزامات ، النظرية العامة س ٣٦٣ ن ٣٧٣ الفقرة ١

(٣) كتابان ص ٧٣٤ (٤) كتابان ص ٧٣٤ و ص ٧٤ — الالتزامات لنا ص ٣٧٦

— ٣٧٩ ن ٣٨٤ — ٣٨٦ (٥) parte in qua

كما ذكرنا بل اقتصر فقط على القول بالمادة ٢٠٠/٢٦٤ مدني بعدم التجويز للمدين المكفول بدفع الدعوى قبله بالمقاصة الحاصلة بين الدائن والكفيل (١)

(٤) قطع التقادم بالنسبة للمدين نافذ أيضاً على الكفيل (المادة ٢٢٥٠ فرنسي وحكمها عام) وذلك نظراً لرابطة الاتصال القائم بين المدين المكفول وكفيله. ولكن العكس غير صحيح أي أن قطع التقادم قبل الكفيل لا يستفيد منه المدين المكفول (٢)

٨ - الكفالة عقد رضائي - الكفالة عقد رضائي لا تخضع لقيود شكائية.

ولكن مع ذلك يجب أن لا يؤخذ فيها إلا بنص صريح كتابة أو شفها أي لا يؤخذ بها من طريق الظن والقرينة (المادة ٢٠١٥ وحكمها عام (٣)) ويرجع ذلك إلى أنها ذات خطورة خاصة بالكفيل حيث يلتزم بدين دون مقابل له ذي أثر بما له، لأن الكفيل عادة متبرع. وهناك عبارة قديمة تجرى على الاسن مجرى الامثال اذ تقول « من كفل فقد دفع (٤) » ويجب عدم التوسع في تفسير عبارة الكفالة بالقيود. والاصل أن الكفيل لا يلزم إلا بأصل الدين (المادة ٤٩٨/٦٠٨ مدني). أي لا يلزم بتوابعه وفوائده (٥) ولا يعتبر متضامناً مع المدين اذا وردت عبارة الكفالة خلواً من ذلك (المادة ٤٩٨ مدني) واذا وردت عبارة الكفالة بعبارة عامة مطلقة (٦) اعتبر الكفيل مسئولاً في هذه الحالة عن الدين وجميع توابعه الحاضرة والمستقبلة (المادة ٢٠١٦ فرنسي) (٧) - وفي نظرنا نرى أن حكم المادة حكم عام (٨). - وعلى ذلك يكفل الكفيل مدينه المستأجر فيما يتعلق بالتعويضات الناشئة عن الايجار (٩) وأما ما يتعلق بتجديد عقد الايجار فلا يعتبر الكفيل مسئولاً، وقد نصت بذلك المادة

(١) الالتزامات ص ٤٦٧ ن ٤٧١ (٢) كابتان ص ٧٣٤ - ٧٣٥ ، ١ ١٦٦ ،

(٣) د ، ١٠٩١١ ، ٤٣٩٠ ، ١٠٩١١ ، ٩١٢ ، س ، ٩١٢ ، (٤) qui cautionne paie

(٥) جرائعولان في التأمينات ص ٧ ، ٢٥ ، - قارن استئناف م ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١

م ت ق ، ١٣ ، ١٦٥ ، (٦) cautionnement indéfini

(٧) كابتان ص ٧٣٥ (٨) جرائعولان ص ٨ ، ٢٥

(٩) جرائعولان التبذة المذكورة - ٢٣ ديسمبر ١٩١٤ ، ٢٧ ، ٧٨ ، ج ع ٣ ن ١٠٣٩

١٧٤٠ فرنسى بعبارة صريحة أقرها القضاء المصرى^(١). ولكن اذا ورد شرط التجديد بالعقد انصبت الكفالة عليه^(٢)

(٢) في الالتزامات التى تجوز فيها الكفالة

٩ — تصح الكفالة فى دين حال أو دين مستقبل^(٣) كالدين الناشئ من فتح اعتماد^(٤) بمصرف مالى لم يفتح هذا الحساب بعد^(٥) ولا تصح الكفالة فى دين طبيعى لانه لا بد فى الكفالة أن تستند الى دين تجوز فيه مطالبه المدين الاصلى به . أما الدين الطبيعى فهو أعزل من أداة للدفع عنه . وعلى ذلك فلا يعتبر للكفالة سبب لان الغرض منها منصرف الى القيام بخدمة للمدين . ولا محل للخدمة طالما أنه لا يوجد مدين أصلى . على أن فريقاً من الشارحين يقول بعكس ذلك ويميز كفالة الدين الطبيعى ويستند الى المادة ٤٩١ / ٦٠٥ دنى و ٢٠١٢ فرنسى الفقرة الثانية الخاصة بصحة كفالة موقوف الاهلية^(٦) . ولكن ربما يلاحظ أن صحة الكفالة بالنسبة لمقود الاهلية انما تقررت فى الوقت الذى لم يطلب فيه بعد الغاء التزام القاصر . وما دام أن المادة المذكورة قد وردت على خلاف القياس فلا يجوز الاخذ بها فى الاحوال المشابهة لها^(٧)

١٠ — فى كفيل الكفيل^(٨) : يحصل أن يكون التزام الكفيل نفسه مكفولاً

(١) م ر م ، ٧ ، ٨٦ . — م ث ق ، ٣ ، ٢٣٥ . — ولكن انظر مع ذلك استئناف ٨ م مارس سنة ٩٤ م ث ق ، ٦ ، ٢١١ — ٢٥ ابريل ٩٦ ، ٦ ، ٢٠٨ — جرائمولان فى العقود ص ١٥٠ ن ٤٢٠ — وفى التأمينات التبذة السابقة — أول ابريل ٩١٤ ، ٢٦ ، ٣٠٦ ، ج ع ٣ ص ٩٧ ن ١٠٣٨ و ١٠٤١ (٢) ج ع ٣ ص ٧٩٧ ن ١٠٤١ (٣) dette future (٤) ouverture de crédit (٥) ج ع ٣ ص ٩٧ ن ١٩٤٠ ويلزم الضامن فى هذه الحالة بغوائد المبلغ لغاية التاريخ المعين للوفاء بالدين الاصلى (٦) جرائمولان فى التأمينات ص ٩ ن ٣٣ (٧) كتابان ٧٣٥ — ٧٢٦ (٨) sous-garant أو certificateur de caution

بكفيل آخر ويصبح للدائن في هذه الحالة ضامنان . فاذا أعسر الكفيل الاول ، بعد اعسار المدين ، رجع على الكفيل الثاني^(١)

(٣) في أنواع الكفالة

١١ - مصادر الكفالة : تغلب الكفالة بالتعاقد الارادى . ولذا تسمى في هذه الحالة بالكفالة الارادية^(٢) أو الكفالة التعاقدية^(٣) ولكن يحصل أن يكون الالتزام بتقديم كفيل آتياً من القانون نفسه أى بأمر منه وتسمى الكفالة هنا بالكفالة القانونية . أو أن يكون الالتزام بتقديم كفيل قد صدر به حكم من القضاء وتسمى الكفالة هنا بالكفالة القضائية

(١) في الكفيل القانونى^(٤) : يقضى القانون أحياناً بالزام المدين بتقديم كفيل كإلزامه للمنتفع بتقديم كفيل (المادة ٢١ مدنى) والمشتري (٢٨٠ / ٢٥٣ / ١٦١٣) والبائع (٣٣١ / ٤١٢ / ١٦٥٣) والرأسى عليه المزاد فى العقارات (٥٧٤ / ٦٥٦)^(٥)

(٢) فى الكفيل القضائى^(٦) ويحصل ذلك بحكم من القاضى^(٧) فى أحوال معينة فى القانون مثل شمول الحكم بالنفاذ المعجل على شرط تقديم كفيل (٣٩٩ / ٤٥٧ مرافعات و ١٣٥ و ٤٣٩ مرافعات فرنسى)

(٤) فى شروط الكفيل

١٢ - يجب على من التزم بتقديم كفيل ، سواء كان الالتزام آتياً من طريق

(١) استئناف م ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ت ق ، ١١ ، ١١٧ — جرائم ولان ص ٨ ن ٢٩ .
 كابتان ص ٧٢٦ (٢) cautionnement volontaire (٣) caut. conventionnel (٤) caution légale (٥) ويقضى القانون الفرنسى (المادة ١٦ مدنى) بالزام
 الاجنبى المدعى الاصلى فى دعوى مطروحة أمام محكمة فرنسية أو الداخلى فيها بمحض ارادته أن يقدم كفيل . وتسمى الكفالة هنا judicatum solvi ضماناً لما يحتمل أن يحكم به عليه فيما بعد من المصاريف والتعويضات (٦) caution judiciaire (٧) sentence du juge

القانون أو الاتفاق أو القاضى أو من القانون نفسه (ولو أن المادة لم تذكر ذلك)، أن يقدم كفيلًا. مليئًا فإذا أعسر الكفيل وجب على من التزم بتقديم الكفيل أن يقدم كفيلًا آخر (المادة ٤٩٩/٦٠٩ مدنى و ٢٠٢٠ فرنسى ققرة أولى) (١) أما اذا كان الدائن قد عين بنفسه الكفيل الذى يريد، أى عينه تعيينًا شخصيًا (٢) فلا يلزم من تعهد بتقديم كفيل بتقديم كفيل آخر اذا أعوز الكفيل الاول (المادة ٢٠٢٠ ققرة ٢ ونرى أن حكمها عام) (٣) وكذلك فيما اذا قدم كفيلًا دون أن يكون ملتزمًا بذلك من قبل

١٣ - اجراءات تقديم الكفيل : يرجع فى هذه الاجراءات الى قانون المرافعات (المادة ٥٠١/٦١١ مدنى . المواد ٤٥٨/٣٦٩ وما بعدها مرافعات) ويجب أن يكون الكفيل مليئًا . ويرجع فى تقرير الملاءة الى القاضى . واذا تعذر على الملتزم بتقديم كفيل أن يقدم كفيلًا جازله أن يودع بخزينة المحكمة مبلغًا من المال أو سندات مالية بمقدار المبالغ المكفول (المواد ٤٥٨/٣٦٩ وما بعدها مرافعات) أما القانون الفرنسى فقد أجاز فى هذه الحالة تقديم رهن (٤) كاف اذا كان الالتزام بتقديم كفيل التزاهًا آتياً من طريق القانون نفسه أو من طريق القاضى (المادة ٢٠٤١ فرنسى وحكمها خاص لاعام فى نظرنا) (٥)

(١) راجع المادة ٢٠١٨ فرنسى التى حتمت ان يكون الكفيل أهلا للتعاقد وأن يكون لديه أوال كافية لوفاء بالالتزام وان يكون محل اقامته بدائرة محكمة استئناف الجهة التى تقررت فيه الكفالة . وقررت المادة ٢٠١٩ فرنسى بأنه يرجع فى تقرير ملاءة الكفيل الى ما يملكه من العقارات ما عدا ما يتماق بالتجارة وما اذا كان الدين صغيرا . ولا يعبأ بالعقارات المتنازع فيها ولا بالعقارات التى يصعب تجريدتها منها لبعدها . وهذه الاحكام خاصة لا يمكن الاخذ بها بقانوننا المصرى جرائمولان ص ١٠ ن ٣٥ هاش (٢) intuitus personae (٣) جرائمولان ص ١٠ ن ٣٥ هاش (٤) gage (٥) كابتان ص ٧٣٧

(٥) في آثار الكفالة

١ - في أثر الكفالة بين الدائن والكفيل

أ - في المقارنة بين الكفالة والتضامن

١٤ - تحكى حالة الكفيل المدين الشريك المتضامن^(١). ذلك لأن الكفيل يلتزم بدفع الدين وعلى ذلك يجوز للدائن محاصمته بكل الدين وهو يتحمل مخاطر الوفاء أولاً^(٢) لأنه إذا دفع فلا فائدة من رجوعه على المدين إذا كان هذا الأخير معسراً.

ويجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن قبله بجميع الدفع التي تتعلق بالدين الأصلي والتي تتصل بالدين اتصالاً محكماً (المادة ٥٠٩/٦٢٢ مدني و٢٠٣٦ فقرة أولى فرنسي) وليس له التمسك بالدفع الخاصة بشخص المدين المكفول (المادة السابقة والفقرة الثانية من المادة الفرنسية)^(٣) وهذا يحكى التضامن (المادة ١١٢/١٦٨ مدني و١٢٠٨ فرنسي) وعلى الأخص في حالة فقد أهلية المدين ولكن الكفيل يختلف عن المدين الشريك المتضامن فيما يأتي :

(١) إذا تعدد الكفلاء لدين واحد ، بعقد واحد ، دون النص على التضامن نصاً صريحاً ، فلا يرجع الدائن عليهم الا بقدر نصيب كل واحد منهم في الدين . (المادة ٥٠٤/٦١٥ مدني فقرة أولى)^(٤) أما إذا كانت الكفالة مقررة بعقود مختلفة فلا يفترض التضامن هنا ، انما يجوز أن يثبت إذا أيدته ظروف العقود (المادة ٥٠٤/٦١٥ فقرة ثانية مدني) و يلزم كل كفيل على كل حال بالدين جميعه^(٥)

péril de l'avance (٢)

codébiteur solidaire (١)

(٣) ج ع ٣ ص ٩٨ ن ١٠٥٥ (٤) واما القانون الفرنسي فانه يقضى بالمادة ٢٠٢٥

بان كل كفيل يلزم في الاصل بالدين جميعه ثم قررت المادة ٢٠٢٦ بانه يجوز مع ذلك للكفيل التمسك

بحق التقسيم (٥) ج ع ٣ ص ٩٨ ن ١٠٥٩

(٢) ان للكفيل حق الانتفاع بميزتين خاصتين ، وهما حق التجريد (١) ، وهو الحق المقرر للمدين في الزام الدائن أولاً بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ عليه . وحق التقسيم (٢) أى تقسيم الدين على الكفلاء اذا تعدوا (المادة ٥٠٤ المتقدمة) وتقرر هذان الحقان حق التجريد وحق التقسيم بالقانون الرومانى فى عصر النضوج العلمى (٣) . ولم يكونا معروفين بالقانون القديم ، اذ كان الكفلاء فى علاقتهم مع الدائن كالمدينين المتضامين . وكان للدائن حق مقاضاة أى واحد من الكفلاء دون أن يكون ملزماً أولاً بمقاضاة المدين الأسمى . وتقررت هذه القاعدة عند فقهاء الشريعة الاسلامية (المادة ٧٤٧ من مرشد الحيران . والمادة ٦٤٤ من المجلة) ولكن لاحظ الشارعون بعد ذلك قسوة هذه القاعدة فآخذوا فى التلطيف منها وقرروا الأخذ بحق التقسيم ثم بحق التجريد . وتقرر الأخذ بهما بمثابة دفعين يستعين بهما الكفيل فى دفع الدعوى الموجبة قبله من الدائن (٤)

وأخذ القانون الفرنسى بهذين الحقين وكذلك القانون المصرى . ويلاحظ أن الشارع الفرنسى رجع فى الأخذ بهما الى شىء كثير من التقاليد الشكالية للقانون الرومانى . وربما كان الأوفق أن القانون نفسه يقرر بمحض سلطته تقسيم الدين على الكفلاء بأن يقرر مبدئياً (٥) بأنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل الا بعد مطالبة المدين (٦) ، وهذا بدلاً مما قرره من جعل هذين الحقين كدفعين يدفع بهما الكفيل الدعوى المرفوعة عليه من الدائن

الا أنه لوحظ عملياً أن الناس قد اعتادوا على أن يجعلوا الكفيل ضامناً متضامناً مع المدين . و بذلك عاجلوا ما أصاب الكفالة من النقص فى تقرير حقي التجريد والتقسيم : أى أنهم عادوا بالكفالة الى ما كانت معروفة به من قبل من تلك الشدة القديمة ،

bénéfice de division (٢)

bénéfice de discussion (١)

(٤) جيران فى القانون الرومانى الطبعة السادسة من

période classique (٣)

subsidièrement (٦)

a priori (٥)

٧٦٧ وما بعدها

فإذا أصبح الكفيل ضامنا متضامنا مع المدين فليس له حينئذ حق التمسك بدفعي التجريد والتقسيم (المادة ٥٠٢/٦١٢ دنى و ٢٠٢١ فرنسي فيما يتعلق بحق التجريد — والمادة ٥٠٤/٦١٥ دنى و ٢٠٢٦ فرنسي فيما يتعلق بحق التقسيم) وعلى ذلك تعتبر الكفالة اما عادية واما تضامنية

ب — في الكفالة العادية

١٥ — يراد بالكفالة العادية الكفالة غير التضامنية^(١) وهي قليلة الوقوع في المجالات العملية عند تعاقد الافراد مع بعضهم البعض . وقد تقرر لهذا النوع حتما التجريد والتقسيم . وقد آن لنا شرح هذين الحقين

١٨ — حق التجريد

١٦ — مجرد حلول أجل الوفاء لا يلزم الدائن بالمبادرة أولا بمقاضاة المدين الاصلى^(٢) وليس ملزما باخباره بأنه متأخر في الوفاء^(٣) وله حق مقاضاة الكفيل مباشرة . ولكن القانون أباح لهذا الاخير حق دفع الدعوى قبله بدفع التجريد ، أى الزام الدائن بالعمل على مقاضاة مدينه الاصلى أولا في سبيل الحصول على دينه . وفي ذلك تقول المادة ٥٠٢/٦١٢ دنى و ٢٠٢١ فرنسي ما يأتى : « للكفيل الغير المتضامن^(٤) الحق اذا لم يتركه في الزام رب الدين^(٥) بمطالبة المدين بالوفاء اذا كان الظاهر أن أمواله الجائز حجزها تفي بداء الدين تباهه وحينئذ فلامحكمة النظر والحكم في ايقاف المطالبة الحاصلة ايقافا مؤقتا مع تدم الاخلال بالاجراءات التحفظية »

١٧ — وشروط الحق في دفع دعوى الدائن قبل الكفيل بدفع التجريد هي :

(١) cautionnement non solidaire (٢) د ، ٩٠١ ، ١ ، ٢٧٥ —
 (٣) mise en demeure ١١٩ ، ١ ، ٩٠٢ ، س
 (٤) répondant non solidaire (٥) créancier

(١) يجب على الكفيل أن يسارع الى الافصاح عن رغبته في تمسكه بدفع التجريد بمجرد رفع الدعوى عليه من الدائن . أى يدفع بهذا الدفع باعتباره دفعاً قبل الدخول في الموضوع ، فيما اذا لم يكن المدين الاصلى خصماً في الدعوى (١) فاذا لم يدفع بدفع التجريد في هذا الظرف اعتبر متنازلاً عنه وأنه لا مصلحة له من التمسك به (٢)

(٢) يجب على الكفيل في تمسكه بدفع التجريد أن يعين للدائن الاموال التي ينفذ عليها والتي تقبل التنفيذ (٣) . لانه يحصل أن لا يعرف الدائن ما اذا كان مدينه أهلاً لك يصح التنفيذ عليها . ولو كان يعلم الدائن بوجود أملاك لمدينه لما بدأ بمقاضاة الكفيل . ويجب أن لا تكون هذه الاموال محل نزاع (٤) بين المدين والغير (المادة ٢٠٢٣ فرنسى وحكمها عام في هذه النقطة فقط) (٥) وأن لا تكون محملة برهون تجعل قيمتها غير كافية لوفاء الدين (٦) وأن لا تكون مرهونة رهناً رسمياً (٧) وموجودة تحت يد الغير . ذلك لانه من المحتمل أن هذا الغير الخائز للعقار (٨) يلجأ الى وسيلة التطهير (٩) وهي الوسيلة التي يترتب عليها أن نازع الملكية أو الحاجز يصبح اما ملزماً بقبول ما يعرضه عليه هذا الخائز من الثمن أو بتقرير الزيادة (١٠) . وعلى ذلك لا يرى الدائن هنا من وسائل السهولة في سبيل الحصول على دينه ما يضمن له تحصيله لما يعترضه في طريقه من هذا العائق الذي لا مفر منه وهو عائق تطهير العقار (١١)

- (١) كلى أول ديسمبر ٩١٤ م ر ١٦٠١ ص ٤٨ ومجموعة عيائى ص ٣٤٥ ن ١٥٨٥
 (٢) كابتان ص ٧٣٩ — المادة ٢٠٢٢ فرنسى — جرائمولان ص ١٢ ن ٤٤ — استئناف ٩ مارس ١٨٩٩ مجلة القضاة مجلد ٦ ص ٣٤٢ . — استئناف م ٨ فبراير ١٨٨٣ م ر م ، ٨ ، ٦٩ . — المواد ١٥١ / ١٦٧ مرافعات و ١٨٦ فرنسى
 (٣) ج ع ٣ ص ٩٧ ن ١٠٤٨ و ١٠٥٠ — انظر ن ١٠٥١
 (٤) biens litigieux (٥) حكم أول ديسمبر ٩١٤ المذكور في الشرط السابق . — جرائمولان ص ١٢ ن ٤٦ — ج ع ٣ ص ٩٧ ن ١٠٤٢
 (٦) حكم أول ديسمبر ٩١٤ المذكور . وليس للكفيل حق التجريد اذا رفض الدائن قبول منقول أو عقار من المدين في مقابل الدين dation en paiement ج ع ٣ ص ٩٧ ن ١٠٤٢
 (٧) biens hypothéqués (٨) tiers détenteur
 (٩) purge (١٠) faire surenchère (١١) كابتان ص ٧٣٩

وهناك شرط ثالث يقول به القانون الفرنسي بالمادة ٢٠٢٣ فقرة أولى وهو الزام الكفيل بأن يدفع مقدما المصاريف اللازمة لاجراء عملية التجريد. ويقول الشارحون الفرنسيون في تحليل هذا النص أنه يتفق والعدالة لانه يجوز أن الدائن لا ينتهي في نهاية اجراءاته في التجريد بالحصول على دينه فتضيع عليه حينئذ المبالغ التي صرفها في هذا السبيل^(١) ولا يوجد نص شبيه لهذه المادة ٢٠٢٣ فرنسي المذكورة بالقانون المصري. ومع عدم وجود نص شبيه لها فاننا نتردد في عدم الاخذ بها هنا ما دام أن العلة فيها هي العدالة^(٢) وظننا أي الحل في ذلك يرجع لمعرفة ما اذا كان الكفيل ملزماً بهذه المصاريف أم لا. فاذا كان ملزماً بها جاز تكليفه بدفعها أولاً. والا فلا. والغالب أنه ملزم بها

ويترب على الدفع بالتجريد وعند قبوله أن يعمل الدائن على الحصول على دينه فاذا أهمل وأعسر المدين أصبح وحده مسئولاً ازاء الكفيل بما يوازي قيمة الاموال التي تعينت له (المادة ٢٠٢٤ فرنسي وحكمها عام) واذا لم يحصل الدائن من عملية التجريد الا على جزء من دينه فيرجع على الكفيل بالباقي^(٣)

١٨ - في آثار الدفع بالتجريد : يستفيد الكفيل من دفع التجريد بما يأتي :

(١) يستفيد من الزمن الذي يظل فيه بعيداً عن تهديدات الدائن أثناء قيام هذا الاخير بعملية التجريد . بمعنى أن الاجراءات التي قام بها الدائن قبله توقف .

(١) كابتان ص ٧٣٩ - ٧٤٠ (٢) قارن مع ذلك جرائم ولان ص ١٢ ن ٤٦ فقرة ٢ (٣) هذا ويقرر القانون الفرنسي بأنه لا يجوز للكفيل القضائي caution judiciaire حق التمسك بدفع التجريد (المادة ٢٠٤٢) وكذلك الحال بالنسبة لكفيل الكفيل certificateur ، أي كفيل الكفيل القضائي ، فانه لا يجوز له الدفع بتجريد المدين الاصلي أولاً ولا بتجريد الكفيل (المادة ٢٠٤٣) ورجع الشارع الفرنسي في تقريره لهاتين القاعدتين الى ما يجب ان يقسط للاحكام من القوة حتى لا تعطل بوسائل تسوية معطلة moyen dilatoire

وهذا لا يحول دون الدائن في أن يأخذ ما يراه من الوسائل التحفظية حفظا لدينه (المادة ٥٠٢ المذكورة) فيجوز له أن يطلب توقيع اختصاص^(١) على أملاك كفيله^(٢) وإذا حصل الدائن على حكم بالزام الكفيل بالدين على شرط تجريد المدين الاصلى أولا جاز له بعد التجريد أن ينفذ على الكفيل مباشرة بما تبقى له ، دون الحاجة الى الحصول على حكم آخر^(٣)

(٢) اذا حصل الدائن على بعض دينه من التجريد فلا يرجع على الكفيل الا بالباقي كما تقدم القول

(٣) يفلت الكفيل من احتمال وقوع المدين في العوز . أى لا يلزم الكفيل بدفع ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من المدين في الوقت المناسب بعد تقرير التجريد (المادة ٢٠٢٤ فرنسى وحكمها عام) ذلك لانه لا يلزم الكفيل بتحمل نتائج ابطاء واهمال الدائن في تنفيذ التجريد في الوقت المناسب^(٤)

٢٨ - حق التقسيم

١٩ - اذا كفل المدين جملة كفلاء بعقد الاستدانة الاصلى بلا تضامن لا يسأل الكفيل الواحد منهم الا بقدر نصيبه في الدين^(٥) واذا حصلت الكفالة من جملة كفلاء بعدة عقود أخرى جاز الاخذ بالتضامن من قرائن الاحوال ، أى يلزم الكفيل الواحد بجملة الدين . وفي ذلك تقوم المادة ٥٠٤ / ٦١٥ دنى و ٢٠٢٥ فرنسى ما يأتى : « في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد بغير شرط التضامن لا يجوز لرب الدين الا مطالبة كل منهم بقدر حصته في الكفالة . - وأما اذا كانت الكفالة

(١) affectation hypothécaire (٢) استئناف م ٣٠ ديسمبر ٩٠٨ م ت ق ،
 ٢١ ، ١٠٤ ، ج ع ٣ ص ٩٧ ن ١٠٤٤ (٣) استئناف م ١٨ مايو ٩٠٥ م ت ق ، ١٧ ،
 ٢٩١ (٤) جرائمولان ص ١٣ ن ٤٧ (٥) portion virile

حاصلة بعدة عقود متوالية فهذا لا يدل على تضامن الكفلاء ولكن يتضح التضامن من قرائن الاحوال «

والاصل في تعليل حق التقسيم بين الكفلاء يرجع الى اعتبارين . أولاً : نية الكفلاء . لأنه لا بد عند ما كفلاوا المدين معاً فقد اعتمد كل واحد منهم على الآخر واعتقد بأنه في دخول الآخر معه قد يترتب عليه تخفيف حمل الكفالة بما يختص به كل واحد من شطر المسؤولية بقدر نصيبه . ثانياً : ان الاصل في تعدد الملتزمين أن لا يلزم كل ملتزم الا بقدر حصته في الالتزام الكلي (١)

ولا يؤخذ بحق التقسيم الا اذا روعيت فيه الشروط المستفادة من نص المادة ٥٠٤ . وهي أن تكون الكفالة لنفس الدين ولنفس المدين وبنفس عقد الاستدانة . وعلى ذلك لا يؤخذ بالتقسيم بين الكفيل وـكفيله (٢) ولا بين الكفلاء لمدينين متضامنين (٣) أما اذا كفل الكفلاء بعدة عقود جاز الاخذ بالتضامن بينهم وعدم الاخذ بحق التقسيم ، اذا دلت الظروف على هذا التضامن كما تقضى بذلك الفقرة الثانية من المادة ٥٠٤ (٤) ولا يؤخذ بدفع التقسيم اذا تنازل عنه صاحبه

٢٠ — كيفية المطالبة بالتقسيم : يستفاد من المادة ٥٠٤ أن الشارع المصري قرر من نفسه تقسيم الدين المكفول على الكفلاء من غير حاجة الى أن يطلب الكفيل التقسيم . وهذا ما فعله قانون الالتزامات السويسري (المادة ٤٩٦) والقانون الاسباني (المادة ١٨٣٧) كل ذلك يؤيد القاعدة العامة التي قررتها في أن الاصل تقسيم الالتزام الكلي على أفراد الملتزمين (٥) . وعلى ذلك يجب على الدائن نفسه أن يجري تقسيم الدين على الكفلاء قبل رفع الدعوى وأن لا يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه فقط ، بحيث يمكن القول في هذه الحالة بأن الكفيل ليس ملزماً بضرورة ابداء تمسكه

(١) كابتان ص ٧٤٠ (٢) certificateur (٣) جرائم ولان ص ١٣ ن ٤٩

(٤) وقد نقلت هذه الفقرة من المادة ٧٤٧ من مرشد الحيران

(٥) débiteurs conjoints

بحق التقسيم قبل التكلم في الموضوع
أما القانون الفرنسي فقد سبق لنا أن رأينا أنه لا يقرر حق التقسيم باعتباره حقاً
مقرراً بسلطة القانون وانه يجب الاخذ به حتماً وضرورة بحكم القانون نفسه . ذلك لان
الشارع الفرنسي أجاز للدائن حق مطالبة كل كفيل على حدة بجميع الدين كأنهم
متضامنون بحيث لا يؤخذ بحق التقسيم الا اذا تمسك به الكفيل بعد رفع الدعوى
عليه ، وله التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى (المادة ٢٠٢٥)

في آثار حق التقسيم : لا يؤخذ في القانون الفرنسي بحق التقسيم الا بين الكفلاء
المليئين وقت رفع الدعوى من الدائن . فاذا وجد وقت رفع الدعوى كفيل معسر
وجب تقسيم نصيبه على بقية الكفلاء . ولا يتحمل الدائن وحده نتيجة عسر الكفيل
الا اذا كان الاعسار قد حل بعد حصول التقسيم (١)

أما الذي يستفاد من نص المادة ٥٠٤/٦١٥ المصرية فهو أنه يجب أن يحصل
التقسيم بحكم القانون نفسه ، كما يحصل تقسيم الدين عادة بين المدينين الملتزمين معاً
أى يحصل التقسيم وقت انعقاد عقد الكفالة (ويقول جرانمولان أنه كان من المنطق
أن لا يحصل التقسيم الا وقت حلول أجل الوفاء . ص ١٤ ن ٥٣) بحيث لا يلزم
الكفيل من وقت حصول العقد الا بنصيبه فقط في الدين دون أن يعول في هذا التقسيم
على من يكون معسراً من الكفلاء (٢) وعلى ذلك يجدر بالدائن وقت انعقاد عقد
الكفالة أن يتحقق من ملاءة كل كفيل على حدة . وربما فضل أن يعمل على جعل
الكفلاء يتنازلون عن حق الدفع بالتقسيم حتى يتقى بذلك خطر اعسار أحدهم فيما بعد

٢١ - أثر القانون الروماني بالقانون المصري : اتبع القانون الروماني
طريقتين الواحد بعد الآخر في أخذه بحق التقسيم : (١) قرر قانون فوريا (٣) بالنسبة

(١) كابتان من ٧٤٠ - جرانمولان من ١٤ ن ٥٢ (٢) جرانمولان من ١٤

ن ٥٣ la loi Furia (٣)

للكفلاء (١) بضرورة التقسيم بحكم القانون (٢) بين جميع الكفلاء (٣) ، القادرون منهم على الوفاء وغير القادرين وقت حلول أجل الوفاء — ٢) وثاني القانونين قرره هادريان (٤) بالنسبة للكفلاء (٥) وقد عمل على حماية الدائن بطريقة أوسع من القانون الاول . ذلك لانه لا يقضى بتوزيع الدين على الكفلاء الا في الوقت الذي يحصل فيه التمسك بحق التقسيم من قبل الكفلاء وعلى شرط أن ينحصر التقسيم بين القادرين منهم على الوفاء

ويبين لنا من ذلك أن القانون المصري قد اتبع في المادة ٦١٢/٥٠٤ المذكورة الطريق الروماني الاول . وهذا بخلاف القانون الفرنسي الذي أخذ بالطريق الثاني (٦)

ج — في الكفلاء المتضامنين

٢٢ — رأينا أن الدائن يجرى في المجالات العملية على أن يطلب الى كفيل مدينه أن يلتزم بالتضامن معه . ويقضى القانون التجارى بالمادة ١٣٩/١٤٦ و ١٤٢ فرنسي بمسئولية الكفيل بالتضامن في الاوراق التجارية ، والتضامن هنا بحكم القانون نفسه . ولقد قررنا بأن من شأن تضامن الكفيل أن يزول عنه حقا التجريد والتقسيم . ولكن مع القول بزوال حقي التجريد والتقسيم عن الكفيل المتضامن هل يصبح هذا الاخير في علاقته مع الدائن كالدائن المتضامن العادي سواء بسواء ، وانه بناء على ذلك تسرى عليه أحكام التضامن العادي ؟ أو أنه على العكس مما تقدم يظل الكفيل المتضامن مع ذلك كله كفيلًا (٧) ازاء الدائن بحيث يستفيد بما للكفيل عادة من الحقوق الخاصة به ؟ (٨)

ان الكفيل المتضامن يظل مع حرمانه من حقي التجريد والتقسيم كفيلًا ازاء

(١) fidepromissores و sponsores (٢) de plein droit

(٣) repondanis (٤) Hadrien (٥) fidejusseurs

(٦) جرانولان ص ١٤ ن ٥٤ (٧) fidéjusseur (٨) كتابان ص ٧٤١

الدائن وازاء المدين الاصلى^(١) وازاء بقية الكفلاء^(٢)
وعلى ذلك يجوز للكفيل المتضامن أن يحتج قبل الدائن بجميع الدفع التي
يحتج بها عادة الكفيل العادى وهى الدفع التي ترجع للمدين الاصلى كالدفع الخاص
بالمقاصة مثلاً^(٣)

٢ - في رجوع الكفيل على المدين الاصلى

٣٣ - مادام أن الكفيل لم يلتزم الا فى مصلحة المدين فانه يترتب على
ذلك حقوق للكفيل قبل المدين بعد الوفاء من جانبه (أى جانب الكفيل) وقبل
الوفاء أيضاً
واذا رجع بعد الوفاء فانه يرجع بالحق المقرر له شخصياً أو بالحق المقرر للدائن من
طريق الحلول^(٤)

٢٤ - في رجوع الكفيل بحقه الشخصى^(٥) : نقول فى ذلك المادة ٦١٧/٥٠٥
مدنى ٢٠٢٨ فرنسى ما يأتى : « اذا دفع الكفيل الدين عند حلول الاجل فله
الرجوع على المدين بجميع ما اداه . ويحل محل الدائن فى حقوقه . لكن لا تجوز له
المطالبة الا بعد استيفاء الدائن دينه بتمامه اذا كان الكفيل لم يدفع الا جزءاً من
الدين » ويرجع المسوغ القانونى للدعوى الشخصية اما للوكالة أو لأعمال الفضولى
وذلك باعتبار أن الكفيل قد كفل اما بناء على طلب المدين وهو ما يغلب وقوعه ،
واما من تلقاء نفسه وبلا علم المدين^(٦) وما القول فيما اذا كفل الكفيل برغم ارادة
المدين ؟ فهل يجوز له مع ذلك حق الرجوع على المدين بدعوى البراء بلا سبب^(٧) ؟
ربما جاز ذلك^(٨) ، واذا كانت الدعوى بسبب أعمال الفضولى أقل ضماناً بالنسبة

(١) استئناف م ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ت ق ، ٧ ، ١٣٧ (٢) cofidéjussurs
استئناف م ٢٠ نوفمبر ١٩٠٠ ، ١٣ ، ٢٣ (٣) ج ع ٣ ص ٩٨ ن ١٠٥٥
(٤) ج ع ٣ ص ٩٩ ن ١٠٦٥ (٥) action personnelle (٦) الالتزامات
ص ٦١٧ ن ٦٦٣ (٧) action de in rem verso (٨) أبرى ورو نبذة
٤٢٨ فقرة ١٥ - قارن جرانولان ص ١٦ ن ٦١

للكفيل من الدعوى بسبب الوكالة ، الا أن المادة ٥٠٥ المذكورة لم تفرق بين
الدعويين فيما قرره

ويرجع الكفيل الذي دفع بما يأتي : (١) جميع ما دفعه للدائن من أصل الدين
وفوائده ومصاريفه . (٢) فوائده ما دفعه هو ولو أن القانون المصرى لم ينص على
ذلك . انما قد يستفاد ذلك من طريق القياس مع ما قرره القانون بشأن الوكيل (المادة
٥٢٦/٥٤٦ مدنى و٢٠٢٨ فرنسى) (٣) المصاريف التى دفعها للدائن والتي
دفعها لمناسبة اخباره للمدين بامر مقاضاة الدائن له (أى للكفيل) وهو ما يستفاد
من المادة ٥٠٧/٦١٩ مدنى و٥٢٨/٦٤٩ مدنى و١٩٩٩ فرنسى . ويقرر القانون
الفرنسى (المادة ٢٠٢٨ فقرة ٣) بانه يجوز للكفيل حق مطالبة المدين بتعويضات
نظير الاضرار التى أصابته وذلك بخلاف الفوائد القانونية . ويحصل ذلك فيما اذا
بيعت أملاكه بواسطة الدائن (أنظر أيضاً المادة ٢٠٠٠ بشأن هذا التعويض) ولم
ينقل القانون المصرى هاتين المادتين الفرنسيتين

٢٥ - في رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول : مادام أن الكفيل
مسئول عن الوفاء مع المدين فانه يحل محل الدائن اذا دفع الدين له (المادة ١٦٢/٢٢٥
فقرة ٣ و١٢٥١٣ فقرة ١ - المادة ٥٠٥ المتقدمة) أى أنه يحل محله فى الحقوق والدعاوى
والضمانات المقررة للدائن ، وعلى الأخص الرهن الرسمى الضامن للدين
وللكفيل أن يرجع اما على المدين الأسمى أو على الغير الحائز للعقار المرهون
وذلك لأجل المطالبة بجميع ما دفعه من دين وفوائد ومصاريف
ولكن اذا أراد الكفيل الرجوع بحقه الشخصى فانه يجوز له وقتئذ حق المطالبة
بفوائد ما دفعه . واما اذا رجع بدعوى الحلول فليس له الحق فى المطالبة بهذه الفوائد
لأن هذه الفوائد لم تكن ضمن الحقوق التى انتقلت اليه بالحلول لأنها لم يكن من حق
الدائن الأسمى المطالبة بها . وعلى ذلك اذا كان من شأن الحلول أن يجعل الكفيل
متمتعاً بالضمانات المختلفة التى كانت مقررة للدائن ، فانه لا يمكنه من حق طلب

فوائد مادفعه . وعلى ذلك يعتبر الحلول من هذه الوجبة أقل منفعة للكفيل من حيث الفوائد فقط

هذا وقد قررت الفقرة الثانية من المادة ٥٠٦ بأنه لا يجوز للكفيل حق التمتع بالضمانات المقررة في حالة الحلول ، اذا كان الوفاء حاصلًا في بعض الدين ، الا بعد أن يستوفى الدائن كل دينه . وهذا أخذًا بالأصول المقررة في نظرية الحلول ولأنه لا يجوز أن يفترض بأن الانسان يمكن الغير من الحلول ضد نفسه (أى ضدهذا الانسان المادة ١٢٥٢ مدني فرنسي)

٢٦ - في رجوع الكفيل عند تعدد المدينين : اذا تعدد المدينون الاصليون ولم يكونوا متضامين فلا يجوز للكفيل الرجوع الا بقدر نصيب كل واحد منهم على حدة كالدين سواء بسواء

وأما اذا كان المدينون الاصليون متضامين فله الرجوع عليهم جميعًا بجميع ما دفعه ، كاللدين الذي حل الكفيل محله (المادة ٢٠٣٥ مدني فرنسي)

واذا كفل الكفيل أحد المدينين المتضامين دون غيره جاز له مثل الدائن حق الرجوع بكل الدين على المدين الذي كفله . وليس له حق الرجوع على بقية المدينين الا بقدر ما كان يمكن أن يرجع به هذا المدين المتضامن على زملائه المتضامين معه . ذلك لان الكفيل لا يرجع على زملاء المدين المكفول الا بسبب هذا المدين المكفول . ولأنه (أى الكفيل) لم يحل محل الدائن قبل زملاء مدينه لأنه لم يكن ملتزمًا معهم ازاء الدائن بالمعنى المقصود من المادة ١٦٢ / ٢٢٥ فقرة ٢ و ١٢٥١ فقرة ٣ فرنسي . وعلى ذلك يجب عليه أن يقسم الدين في حالة الرجوع على زملاء المدين ولا يرجع عليهم الا بالقدر الذي كان يرجع به مدينه عليهم فيما لو كان قد دفع مدينه الدين للدائن . وهذا ما يستفاد من طريق عكسي من المادة ٢٠٣٠ مدني فرنسي (١) اذ قررت هذه المادة الفرنسية ما يأتي : « اذا وجد جملة مدينين أصليين

متضامنين الدين واحد جاز للكفيل الذي كفلهم جميعاً حق الرجوع على كل واحد منهم بجميع ما دفعه « والمستفاد من طريق عكسي من هذه المادة أنه إذا كفل واحداً منهم فقط فلا يجوز له الرجوع على زواله مكفوله بكل الدين ، إنما له حق الرجوع فقط بما كان يرجع به المدين الدافع على زواله . أى لا يرجع عليهم بالتضامن إنما يرجع على كل واحد بقدر نصيبه بعد تقسيم نصيب المعسر على الملتئمين منهم (المادة ١١٥/١٧١ مدني)^(١)

ويزول حق الرجوع عن الكفيل الدافع ، سواء كان حقه الشخصي ، أو الحق المقرر له بالحلول ، فيما إذا جازف بالوفاء للدائن دون أن يتأكد من المدين عما إذا كان الدين لا يزال بدمته أو أن لديه (أى لدى المدين) دفوعاً تعطل حق المطالبة بالدين . فإذا وفى الدين وتبين بعد ذلك أن الدين سبق الوفاء به أو أنه معطل بدفع من الدفع المختلفة فلا يصح له مطالبة المدين بما دفعه . وفي ذلك تقول المادة ٥٠٧/٦١٩ مدني و ٢٠٣١ فرنسي ما يأتي : « على الكفيل أن يخبر المدين قبل أداء الدين بعزمه على الأداء أو المطالبة الحاصلة له من رب الدين والا سقط حقه في الرجوع على المدين في الحالتين إذا كان المدين أدى الدين بنفسه أو كان له أوجه لاثبات بطلان الدين أو زواله عنه » (ويستفاد من المادة ٢٠٣١ فرنسي فقرة ٢ أن الكفيل الذي دفع الدين عند مطالبة الدائن له مطالبة قضائية دون اخبار المدين بالمطالبة القضائية لا يحرم من حق الرجوع على المدين . وهذا على عكس ما تقرره المادة ٥٠٧ المصرية كما رأينا . ويتلاحظ أن المادة الفرنسية أشارت الى ضرورة اخبار المدين في حالة المطالبة غير القضائية) فإذا دفع الكفيل دون مراعاة هذه الشروط المقررة بالمادة ٥٠٧ فما عليه الا أن يتحمل نتيجة خطأه هو . إنما يبقى له باب واحد يطرده للحصول على ما دفعه وهو باب الرجوع بدعوى المدفوع بغير حق^(١)

٢٧ — في الضمانات المقررة للكفيل قبل الوفاء من جانب : الاصل أن

(١) الالتزامات من ٦١٨ ن ٦٦٣ مكرراً (١) répétition de l'indû

لا يتقرر شيء ما يتعلق بالرجوع للكفيل قبل المدين الا بعد أن يحصل الوفاء من جانبه وهذا ما يستفاد من المادة ٥٠٥ مدني

ولكن الشارع رأى أن يقر له بعض الضمانات قبل الوفاء من جانب الوفاء في بعض الاحوال . وفي ذلك قررت المادة ٥٠٣/٦١٣ مدني و ٢٠٣٢ فرنسي ما يأتي :
« للكفيل الحق في مطالبة المدين عند حلول أجل الدين ولو أجل رب الدين المدين أجلاً جديداً ولم يبرأ الكفيل من الكفالة . وله أيضاً مطالبة المدين بالدين اذا أفلس قبل حلول أجل الدين المكفول به » وعلى ذلك يجوز للكفيل مقاضاة المدين قبل الوفاء من جانب هذا الاخير في الاحوال الآتية :

(١) اذا حل الوفاء بالدين بحلول أجله أو تحقق الشرط المعلق عليه ومد الدائن مع ذلك الاجل دون اعفاء الكفيل من الكفالة . وحق مقاضاة الكفيل لدينه يرجع الى ما يحدق به من خطر عدم الوفاء

(٢) اذا أفلس المدين قبل حلول الاجل . ويجب أن يلحق بالأفلاس الاعسار^(١) برغم عدم النص بذلك بالقانون المصري ، وبالنص عليه بالقانون الفرنسي (المادة ٢٠٣٢ فقرة ٢) على أن هذه الحالة لا يجوز للكفيل أن يطالب بالدين عند افلاس المدين المكفول به مادام أن الدائن قد طالب بالدين ، والا أصبح الدين مطلوباً في التفليسة مرتين اضراراً بجماعة الدائنين

(٣) اذا قاضى الدائن الكفيل . لان المدين ملزم بحق الضمان لدى الكفيل^(٢) والغرض الذي يرمى اليه الكفيل من مقاضاة المدين المكفول في الاحوال المتقدمة قبل الوفاء من جانب المدين هو اعفاءه من الكفالة وبراءة ذمته منها ، أو المطالبة بتأمينات كافية لتضمن له فيما بعد حق الرجوع على المدين بما يحتمل أن يدفعه بالنيابة عنه اذا أعوز (قارن المادة ٧٧٥ من القانون المدني الالماني)

(١) déconfiture

(٢) استثناف م ١٤ فبراير سنة ١٩٩٦ ، ٧ ، ١٣٧ — المادة ٢٠٣٢ فقرة أولى فرنسي

وليس للكفيل حق المطالبة بأن يدفع له مبلغ من النقود بدلا من التأمينات التي يطلبها وهذا خوفاً من احتمال صرفها من جانبه واحتمال اعساره هو فيها (١)

٣ - في رجوع الكفلاء على بعضهم البعض

٢٨ - ما دام أن القانون المصرى قد قرر حق تقسيم الدين على الكفلاء غير المتضامين بمحكم القانون نفسه أصبح رجوع الكفلاء على بعضهم البعض في الاصل لا محل له ما دام أن كل واحد منهم قد تعين نصيبه أولاً وبادىء ذى بدء . وإنما يصح الرجوع فيما إذا كان تربط الكفلاء ببعضهم البعض رابطة التضامن . وفي ذلك قررت المادة ٦١٨/٥٠٦ ما يأتى : « واذا وجد كفلاء متضامنون فالذى أدى جميع الدين منهم عند حلول أجله له أن يطلب من كل باقى الكفلاء أن يؤدى له حصته من الدين مع تادية ما يخصه من حصة المعسر منهم » أى أن الكفيل المتضامن دافع الدين يرجع على بقية الكفلاء كل واحد على حدة بقدر نصيبه في الدين مع مراعاة تقسيم نصيب المعوز منهم على القادرين . وهنا نلاحظ أيضاً أن الكفيل لا يرجع على زملائه بالتضامن وإنما يرجع بقدر نصيب كل واحد على حدة

وترجع قاعدة الرجوع هذا الى القانون الرومانى اذ قرر هذا الاخير بأنه في حالة رفع الدعوى من الكفيل الذى دفع الدين على زملائه الكفلاء (٢) يجب على المدعى اثبات أن الدائن قد حول له حقه في المطالبة قبل الوفاء . ويسمى هذا الدفع الذى يدفع به المدعى عليهم بدفع تحويل حق المطالبة (٣)

أما تحويل حق المطالبة الى الكفيل الدافع فهو مقرر وأخوذ به دون الحاجة الى الاستعانة بالتحويل (٤) أو بالحلول التعاقدى (٥) ويرجع في تقرير المسوغ القانونى له اما الى

(١) ٢٣ مارس سنة ١٨٩٣ ، ١٩٨ ، ٥٠ ، ١٩٨ — جرانولان ص ١٩ ن ٦٩

(٢) cofidésusseurs (٣) exception de cession d'action

(٤) subrogation conventionnelle (٥) cession

أعمال الفصول، أو كما يقول بعض الشارحين إلى الحلول القانوني^(١) الذي يحصل بقوة القانون وحكمه، لأن الكفيل دفع ديناً ملتزماً به مع آخرين^(٢). هذا ولم تخرج المادة ٥٠٦ عما قررتها المادة ١١٥ كما سبق أن قررنا ذلك

ويزول حق الرجوع عن الكفيل قبل زواله الكفلاء وقبل المدين أيضاً إذا لم تترتب لهم فائدة ما من دفعه. كما إذا دفع الدين مع أنه قد انقضى الدين وقت الدفع إذا لم يستفد الكفلاء من وراء هذا الدفع شيئاً ما

٤ - في رجوع الكفيل على الخائز للعقار

المرهون رسمياً

٢٩ - قلنا ان للكفيل حق الرجوع على الخائز للعقار المرهون رهناً رسمياً ما دام أنه حل محل الدائن. والخائز للعقار المرهون هو المشتري له وهو مرهون من قبل. ولا بد لهذا المشتري أن يتخلى عن العقار حتى ينفذ عليه الكفيل بما دفعه للدائن. ولا يجوز للخائز حق الاعتراض على اجراءات الكفيل طالما أنه لم يتم بعملية التطهير^(٣) فأخيراً ودفع الثمن إلى البائع (وهو المدين المسكوفول) وفوق ذلك فان الكفيل عند ما دفع الدين قد اعتمد على حلوله محل الدائن في هذا الرهن واطمان إلى الاستعانة به للحصول على الدين، وهو ذلك الرهن الرسمي الذي تقرر وقت انعقاد عقد الكفالة والذي اعتمد عليه أيضاً الكفيل عند ما كفل مكفوله. بمعنى أن الكفيل اطمان إلى التزامه بالكفالة وقت انعقاد العقد عند ما رأى أن الدين مرهون رهناً رسمياً. ولذا اذا عمل الدائن ما من شأنه ضياع هذه التأمينات برئت ذمة الكفيل بقدر ما أضع الدائن (المادة ٥١٠/٦٢٣ دني و ٢٠٣٧ فرنسي)

ويحصل أن يكون الدين الاصلى مكفولاً في آن واحد بكفيل عادي وبرهن

(٢) cogarantis : جرائع ولان ص ١٩ ن ٧٢

(١) subrogation légale

(٣) purge

رسمى يقدمه الغير دون أن يلتزم هذا الغير شخصياً . وسبق أن رأينا أن هذا الغير يسمى بالكفيل العيني . وفي هذه الحالة لا يجوز للكفيل الذي دفع الدين الرجوع على الكفيل العيني الا بقدر نصف ما دفعه للدائن^(١) والسبب في تقسيم الدين مناصفة بين الكفيل العادي والكفيل العيني هو أنه لا يوجد مسوغ لتحميل أحدهما بجملة الدين دون الآخر . وفي هذه الحالة يجب اعتبارهما كفيلين عاديين ازاء الدائن

(٥) في انقضاء الكفالة

٣٠ — تنقضى الكفالة اما من طريق تبعى واما من طريق أصلى :

٣١ — انقضاء الكفالة من طريق تبعى : تنقضى الكفالة بانقضاء الدين

الأصلى . وفي ذلك تقول المادة ٥٠٩ / ٦٢٢ مدنى و ٢٠٣٦ فرنسى ما يأتى : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج المدين بها ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه » فاذا دفع المدين الدين برئت ذمته طبعاً وبرئت ذمة الكفيل حتماً . وهل للكفيل حق الاعتراض على المدين عند حصول عملية خصم المدفوع من الديون المتكررة^(٢) ؟ أليست له مصلحة فى أن يكون الوفاء منصرفاً أولاً الى الدين المكفول حتى يفلت من مخاطر الكفالة ؟ وان كانت له مصلحة فهل من شأنها أن تؤثر على حق المدين فى اختيار ما يرى الوفاء به أولاً ، وهو اختيار مقرر له فى أحوال معينة ؟ يظهر أن للمدين حق الخصم كما يرى جرياً وراء مصلحته وليس للكفيل حق الاحتجاج عليه اذا تم الخصم . ولكن اذا حصل الخصم خلسة بطريقة تدليسية بحيث كان الغرض الحاق الضرر بالكفيل جاز لهذا الاخير الاعتراض على ذلك^(٣)

(١) جرانولان ص ٢٠ ن ٧٧ — أبرى ورو نبذة ٣٢١ فقرة ٨٦ ن ٨٧

(٢) imputation des paiements

(٣) استئناف م ١١ يناير سنة ١٩٠٠ ، ١٢ ، ٨٤ . — فيما يتعلق بمعاملة الخصم أنظر

الالتزامات ص ٣٩٦ ن ٤٠١ وما بهما

والكفيل حق التمسك قبل الدائن بجميع الدفع التي يمكن أن يتمسك بها المدين الأصلي ما عدا ما كان منها خاصاً بشخص المدين كالدفع الخاص بعدم أهلية المدين . وله حق الدفع بما تعلق بأصل الدين كأن يدعى ببطالان الالتزام أو أن الالتزام كان مشوباً باحدى الشوائب القانونية المتعلقة بالرضا ايجاباً وقبولاً (المواد ٤٩٦ و ٥٠٩ مدنى) (١)

وينقضى الدين على المدين باحدى الوسائل المقررة لانقضاء الالتزامات . وإذا كان الانقضاء يرجع للإبراء (٢) أى ابراء الدائن لمدينه من الدين نفسه فإن التزام الكفيل ينتقضى أيضاً (المادة ١٨١ / ٢٤٤ مدنى) (٣)

وما القول فيما اذا حصل الوفاء من المدين بواسطة تسليمه لدائنه شيئاً في مقابل الدين الأصلي (٤) . في هذه الحالة تبرأ ذمة المدين اذا رضى الدائن بأخذ الشيء . وتبرأ معه ذمة الكفيل أيضاً . ولكن هل يعود التزام الكفيل الى عالم الظهور اذا استحق الشيء وتبين له مالك فيما بعد ونزعه هذا المالك من يد الدائن ؟ يقول القانون بالسلب وتظل ذمة الكفيل يريثة من التزام الكفالة . والسبب في ذلك أن الوفاء بشيء في مقابل الدين هو استبدال (٥) بتغيير محل الدين . ومن شأن الاستبدال انقضاء الدين الأصلي وزواله . وفي براءة ذمة الكفيل مع استحقاق الشيء المدفوع ما يتفق مع العدالة . لانه لا يجوز ترك الكفيل معالماً في التزامه الى مخاطر اعسار المدين الى ما لانهاية . اذ لا يأن الكفيل أن يتعرض لاعسار المدين فيما اذا استحق الشيء وأراد الدائن مقاضاة المدين فلم يجد عنده شيئاً فيعود على الكفيل بالدين وتوابعه . وفي هذه الحالة لا يستطيع الكفيل الحصول على دينه وقد اكتنف العوز مكفوله (٦)

(١) جرانولان ص ٩ ن ٣١ — ص ٢١ ن ٨٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٧٦ م ر م ، ٢ ،

٧ — ١٠ يناير سنة ١٨٩٠ ، ١ ، ٣٦٢ — ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ ، ١٢ ، ١٨٣ ،

(٢) remise de dette (٣) وفيما يتعلق بالإبراء أنظر كتابنا في الالتزامات ص ٤٧٤

ن ٤٨١ وما بعدها (٤) وهو ما يسمى في عرف القانونيين dation en paiement

(٥) novation (٦) فيما يتعلق بالوفاء بشيء في مقابل الدين أنظر الالتزامات ص ٣٩٥

٣٢ - في انقضاء الكفالة من طريق اصلي : تنقضي الكفالة هنا أيضاً

باحدى وسائل انقضاء الالتزامات المقررة بوجه عام اذا كان سبب الانقضاء راجعاً للكفيل بالذات ، كأن يوفى هو بالدين أو أن يتقاص فيه مع الدائن ، وهكذا

وينقضى الالتزام بالكفالة في حالة خاصة وهي ما اذا عمل الدائن على ضياع التأمينات الضامنة لدينه والتي كانت مقررة وقت انعقاد العقد وهي التي عول عليها الكفيل في كفالته للمدين وقت العقد . وفي ذلك تقول المادة ٥١٠ / ٦٢٣ مدني و ٢٠٣٧ فرنسي ما يأتي : « يبرأ الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بتقصيره ^(١) من التأمينات التي كانت له ^(٢) » وترجع هذه القاعدة الى القانون الروماني الذي قرر الكفالة بالشكل المسمى تسمية خاصة ^(٣) وهو عقد خاضع لاحكام حسن النية ^(٤) . والسبب في تقرير انقضاء التزام الكفالة عند الكفيل أن هذا الاخير عول عليها عند ما يكفل مدينه واعتبرها ضامنة له هو الآخر فيما اذا دفع الدين للدائن فيحل محله في جميع التأمينات المقررة ضمانا للمدين . فكأن الدائن قد التزم هو الآخر بأن يحافظ على هذه التأمينات مدة قيام الدين . فاذا قصر في القيام بالمحافظة عليها اعتبر مسئولاً أمام من أصابه الضرر من جراء خطأه وتقصيره . وطريقة تصحيح الضرر هو حرمان الدائن من الرجوع على الكفيل بما أضعاه ^(٥)

وينتفع بالمادة ٥١٠ الكفيل العادي والكفيل المتضامن لان نص المادة عام ولانه لا محل للتفرقة بينهما ما دام أن كلا منهما يحل محل الدائن في التأمينات عند الوفاء من جانبه

ويستفيد أيضاً من هذه المادة الكفيل العيني ^(٦) وهو من لم يكفل شخصياً بل

ن ٤٠٠ . وفيما يتناق باآثار الاستبدال ص ٤٤٠ ن ٤٤٧ وما بعدها

(١) faute (٢) garanties (٣) mandatum pecuniae credendae

(٤) contrat de bonne foi (٥) راجع المادة ٧٧٦ مدني الماني فانها توسعت في تقرير

حماية الكفيل الى حد حمايته أيضاً بشأن التأمينات التي يحصل عليها الدائن بعد انعقاد العقد . أنظر المادة

٥١٠ من القانون السويسري والمادة ١٩٢٨ من القانون الايطالي (٦) caution réelle

كفل بتقديم عقار ورهنه رهناً رسمياً في مصلحة الدائن

أما القضاء الفرنسي فإنه لم ير تقرير هذا الحق براءة الذمة أمام الدائن بسبب ما أضعه من التأمينات فيما إذا كان المتمسك مديناً متضامناً بالاشتراك مع المدين الأصلي^(١) أو فيما إذا كان حائزاً للعقار المرهون^(٢) ذلك لأن المدين المتضامن والحائز للعقار لا يعتبران كفلاء . ولأن القانون قرر هذا الحق فقط للكفلاء دون غيرهم . ولكن ما دام أن للمدين المتضامن والحائز للعقار المرهون حق الحلول محل الدائن عند الوفاء منهم بالدين له والحلول حينئذ محله في التأمينات فإن لهم حق دفع دعوى الدائن عند مطالبته لهم ، بأنه قد جعل هذا الحلول مستحيلاً بما أضعه من التأمينات . أي أنهم لا يكرهون على تحمل اجراءات الدائن قبلهم ، لأنهم لا يستطيعون الوفاء له في سبيل الحلول ما دام أن لا مصلحة من الحلول بما أضعه من التأمينات . وعلى ذلك يتحمل نتيجة خطأه وتقصيره^(٣)

٣٣ - في شروط براءة ذمة الكفيل بسبب ما أضعه الدائن من التأمينات

هذه الشروط هي :

(١) يجب أن تكون التأمينات خاصة لا عامة . أي الرهن الرسمي وحقوق الامتياز وحق الرهن الحيازي وحق الحبس^(٤) أي التأمينات التي تعينت بعقد الكفالة تعييناً خاصاً ظاهراً^(٥) وضمنت الدين ضماناً معيناً^(٦) وعلى ذلك لا يجوز الاخذ بالمادة ٥١٠ المذكورة اذا عمل الدائن على عدم العناية بما هو مقرر له من حق الضمان العام^(٧) المقرر له قانوناً على أموال مدينه^(٨) كما اذا لم يأخذ اختصاصاً ، أو اذا لم يستمر في

(١) codébiteurs solidaires د ، ١٠٦١ ، ١٥٣ (٢) د ، ١٠٥٥ ، ٣٤

tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué (٣) استثناء م ٢٥ مايو

سنة ١٦ ، ٩٠٤ ، ٢٦٣ وكانت الدعوى خاصة بمدين متضامن . - جرانوان س ٢٣ ن ٨٨

(٤) ١٨ مارس ١٨٩١ ، ٣ ، ٢٧٤ . - أول مايو ١٩٠٧ ، ١٩ ، ٢٢٨

(٥) ج ع ٣ ص ١٠٠ ن ١٠٨٠ و ١٠٨٢ (٦) ج ع ٣ ص ١٠١ ن ١٠٨٦

و ١٠٨٨ (٧) gage général (٨) ١٥ فبراير ٨٣ ، م ر م ، ٧٧ ، ٠٧٧

اجراءات الحجز الذي أوقعه على منقولات المدين (١) أو عدم مطالبته المدين قضائياً بالدين في الميعاد وأعسر المدين بعد ذلك (٢)

(٢) أن تكون التأمينات موجودة من قبل تقرير الكفالة أو على الاقل موجودة عند انعقاد عقد الكفالة . لأن الكفيل كما ذكرنا قد اعتمد على هذه التأمينات في الوقت الذي رضى فيه باشتغال ذمته بالكفالة

وعلى ذلك اذا أضع الدائن تأميناً حصل عليه فيما بعد انعقاد عقد الكفالة فلا يستفيد الكفيل شيئاً من وراء هذا الضياع . كما اذا أهمل الحصول بعد انعقاد عقد الكفالة على تأمين ضامن لدينه (٣)

(٣) يجب أن يكون التأمين مفيداً بحيث يستطيع الكفيل الاستفادة منه في حالة رجوعه على المدين . كما اذا كان الرهن الرسمي لا زال حافظاً لدرجته في ترتيب التسجيل . وهذا ما يستفاد حتماً من نص المادة ٥١٠ في قولها « التأمينات التي كانت له » (٤)

(٤) يجب أن يثبت حصول تقصير أو خطأ من جانب الدائن سواء كان التقصير حاصلًا بسبب عمل إيجابي (٥) كتقريره ازالة الرهن وتحرير العقار المرهون من عبء الرهن (٦) أو عمل سلبي كما هاله (٧) كما اذا ترك الرهن يسقط في درجته دون تجديده في ظرف المدة القانونية

٣٤ — في خطأ الكفيل نفسه : اذا أخطأ الكفيل فليس له التمسك بالمادة ٥١٠ والادعاء بعدم الوفاء وأنه يستحيل عليه الحلول محل الدائن في التأمينات ، سواء كان

— ١١ ديسمبر ١٩٠٢ ، ١٥ ، ٤٣

(١) ج ع ٣ ص ١٠١ ن ١٠٨٩ (٢) ج ع ٣ ص ١٠٠ ن ١٠٨١ و ١٠٨٥ و ١٠٨٧ (٣) وقد رأينا بالمادة ٧٧٦ مدني المائي جواز استفادة الكفيل من اضعاء الدائن لتأمين حصل عليه فيما بعد انعقاد عقد الكفالة (٤) valeur des garanties

(٥) fait positif (٦) main-levée d'hypothèque (٧) ١٣ مايو سنة

١٩٠٢ ، ١٥ ، ٢٩١ ، ٨ ، ٢ مارس سنة ١٩٠٨ ، ١٠ ، ١٦٨ . قارن ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ ،

١٥ ، ٤٣ بشأن إهمال الدائن من الاستمرار في الاجراءات اللازمة لاتمام حجز على منقول

الخطأ خاصاً به وحده أو كان خطأً مشتركاً بينه وبين الدائن^(١) وعلى ذلك لا يجوز التمسك ضد الدائن في أن هذا الأخير لم يسارع إلى مقاضاة المدين الأصلي عند حلول الاجل وأنه بسبب عدم المطالبة في الوقت المناسب واتمهاز فرصة ملاءة المدين ، قد تعذر الحصول الآن على الدين من المدين لاعسار حل به . قلنا لا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع لأنه يعتبر هو الآخر مقصراً لأنه لم يسارع إلى مطالبة المدين عند حلول الاجل أخذاً بالمادة ٥٠٣ مدي^(٢)

ولا تبرأ ذمة الكفيل بسبب ما أضعه الدائن من التأمينات الا بقدر ما ضاع . فإذا استغرقت التأمينات الضائعة كل الدين برئت ذمة الكفيل من الدين كله . وإذا بقى بعض التأمينات برئت ذمة الكفيل بقدر ما ضاع ، أي تبرأ ذمته بقدر الاضرار التي تحل به من الاستفادة مما ضاع من التأمينات

في الرهن

(١) كلمة عامة

٣٥ — « الرهن هو عقد به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنه^(٣) أو حيازة من اتفق عليه^(٤) العاقدان تأميناً^(٥) للدين . وهذا العقد يعطى للدائن حق حبس الشيء^(٦) المرهون لحين الوفاء بالتمام وحق استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً بالامتياز^(٧) على من عداه » (المادة ٥٤٠ / ٦٦٢ مدي و ٢٠٧٣ فرنسي)
وعقد الرهن^(٨) يسمى أيضاً عقد تأمين^(٩) ذلك لان الدائن يعتبر حائزاً^(١٠) للشيء المرهون تحت يده (قارن المادة ٢٠٧١ فرنسي) ويسمى الرهن أحياناً

(١) د ، ٩٠٠ ، ٢٧٥ ، ١ (٢) القضاء مجلد ٤ ص ٢٤٩ . — م ت ق ، ٢١ ، ٣٠٣ . — د ، ٩٠٠ ، ٢٧٥ ، ١ (٣) en la possession (٤) tiers (٥) garantie (٦) droit de retenir (٧) par préférence (٨) contrat de gage (٩) contrat de nantissement (١٠) nanti (تأمينات ذهني — ٥)

بالكفالة (١) اذا كان الشئ المرهون مبلغاً من النقود أو أورافا مالية (٢) . ولكن يجب أن يراعى فى هذه الحالة الاخيرة أن الرهن يظل حافظا لكيانه الاصلى باعتباره ضمانا عينياً (٣) وأن لا يجوز الخلط بينه وبين الكفالة وهى التى لا تنشأ عنها سوى مجرد تأمين شخصى (٤)

والغرض من وضع الدائن يده على الشئ المرهون هو أن لا يعمل المدين على التصرف فى الشئ تصرفا يراد به تهريبه اضراً بالدائن ، أو تصرفا سوريا . ويروج التصرف التهربى فى المنقولات لسهولة تداولها بالأيدى . وقد يترتب ضرر ظاهر بمالك الشئ عند رهنه وهو حرمانه من الانتفاع به اذا لزمه فى تجارته أو صناعته . وبالرهن تزول عن الراهن أداة صالحة له فى رواج عمله واتساع دائرة ثقة الناس به ويعتبر الرهن الرسمى (٥) أقل ضرراً على المالك بالنسبة للرهن الحيازى ، وذلك لبقاء العقار المرهون تحت يد المدين الراهن . ويوجد بمصر الرهن العقارى الحيازى (٦) وهو يقابل فى فرنسا الغاروقة الفرنسية (٧) وقد لاحظ بعض شارحى القانون الفرنسى ان عقد الرهن العقارى الحيازى (المصرى أو الغاروقة الفرنسية) لا يدل على أنه عقد لازم لامة متمدينة . وربما لوحظ فى تطور المعاملات أن الناس يعملون على قصر الرهن الحيازى على المنقول وصرف الرهن الرسمى للعقارات ولكن الشريعة الاسلامية أبتت العمل بالرهن الحيازى العقارى لانها لا تعرف الرهن الرسمى . وجاءت القوانين الفرنسية واستبقت لديها الرهن الحيازى العقارى المقرر بالشريعة الاسلامية مع أخذها حتما بالرهن الرسمى أيضاً (٨)

(١) cautionnement (٢) effets publics (٣) garantie réelle (٤) sûreté personnelle (٥) hypothèque (٦) gage immobilier (٧) antichrèse (٨) انظر فى نقد الرهن العقارى الحيازى بمصر وانصراف الناس عنه الى الرهن الرسمى مقال Pupikofer جازيت ٨ ص ١٣ — ١٥ وعلى الاخص ص ١٤ العامود الاول . — وانظر أيضاً مقال Maurice Arcache بمجلة مصر الحديثة المجلد ٨ سنة ١٩١٧ ص ٥٣٨ — ٥٥٩ وعلى الاخص ص ٥٣٨

وأصبح للرهن الرسمى بمصر شأن ظاهر في مجال المعاملات بين الافراد والمصارف المالية . وشاع رهن المنقولات من بضائع وغيرها في المعاملات التجارية ، كما شاع رهن الاسهم والسندات في أوقات المضاربات . وإذا جاء أجل الوفاء وأعسر أصحاب الاوراق بيعت هذه الاخيرة عليهم في وقت يتدهور فيه السوق وينزل نزولا ظاهراً . وتقرض المصارف المالية المزارعين بناء على ما ترتمنه منهم من المحصولات وتضع هذه المحصولات بشون لها منبئة في أنحاء البلاد في أطرف المدن والقرى . وتتقاضى في ذلك مبالغ صغيرة في مفرداتها وكبيرة في جملتها كمصاريف التخزين والنقل والتأمين والقطع (١) وغير ذلك

٣٣٦ - الرهن في الشريعة الإسلامية : يصح الرهن في العقار والمنقول . وأخذ يرهن العقار لأن الرهن الرسمى لم يكن معروفاً بالشريعة الإسلامية . وللمرتمن حق حبس الرهن لاستيفاء الدين الذى ارتمن به (المادة ٨٧٠ من مرشد الخيران) وإذا قضى الراهن بعض الدين فلا يكلف المرتمن بتسليمه بعض الرهن (المادة ٨٧٣ مرشد الخيران) ولا يصح اشتراط تملك العين المرهونة للمرتمن في مقابلة دينه ان لم يؤده الراهن في الأجل المعين لادائه . فاذا حصل ذلك صح الرهن وبطل الشرط (المادة ٨٦٤ من مرشد الخيران) ويصح توكيل الراهن المرتمن عند حلول الأجل لاستيفاء دينه من ثمنه (المادة ٨٦٤ المذكورة) ولا يجوز للمرتمن أن ينتفع بالرهن منقولا كان أو عقاراً بدون اذن الراهن . وله أن يؤجره باذنه ويدفع الاجرة للراهن أو يحتسبها من أصل الدين برضاء الراهن (المادة ٨٩١ من مرشد الخيران) والمصاريف اللازمة لحفظ الرهن وصيانته تكون على المرتمن . والمصاريف اللازمة لنفقته كعمارته وكل ما به اصلاحه وبقاؤه يكون على الراهن (المادة ٨٩٢ من مرشد الخيران) ويجب على المرتمن أن يعتنى بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله (المادة ٨٩٣ من مرشد الخيران)

وإذا أجل الدين يجبر الراهن على بيع الرهن ووفاء الدين من ثمنه . ويجوز أن يبيعه الحاكم قهراً (المادة ٩٠٥ من مرشد الخيران)

٣٧ - الرهن في القانون الفرنسي القديم : كان يحصل الرهن بنقل الملكية من المدين الى الدائن كما كان الأمر حاصلًا عند الرومان في نقل الملكية الصوري^(١) . وكان للمدين الحق في طلب رد الملكية اليه بعد وفائه بالدين . وكان يحصل الرهن في المنقول والعقار . ثم اعتاد الناس على نقل مجرد الحيازة من المالك للدائن ، وهي حيازة المنقول فقط . وللدائن حق بيع الرهن عند عدم وفاء المدين بدينه له . هذا بشأن المنقول . واما بشأن العقار فكان الرهن العقارى الحيازى على نوعين : نوع يسمى الرهن الميت^(٢) ويحصل في نقل وضع اليد الى الدائن . ويستغل هذا الاخير العقار ويتملك ثمراته على اختلاف أنواعها . ونوع يسمى الرهن الحى^(٣) وهو كالأول الا أنه يختلف عنه في أن الدائن يخضم الغلة من الدين أى يستهلك الدين من غلة العقار^(٤) وبالرهن الميت كان يستطيع الدائن وقتئذ الاستفادة من غلة العقار كأنه ربا ولو أن الربا كان محظوراً في ذلك الحين بالقوانين الدينية . وربما تحكى الغاروقة المصرية هذا الرهن الميت في القانون الفرنسي القديم . ولكن لوحظ أن الكنيسة حظرت على الناس استعمال الرهن الميت الا في بعض أحوال على سبيل الاستثناء . وحظر القانون الدينى أيضاً^(٥) الاخذ بصحة شرط تملك الدائن المرتهن للرهن عند عدم الوفاء بالدين^(٦)

٣٨ - القانون الفرنسي : زال أثر الرهن العقارى بالقانون الفرنسي وبالتوانين العصرية الحاضرة . وأخذ على تقيضه بالرهن الرسمى . ولكن يظهر أن القضاء الفرنسى أخذ يعمل على بعثه الى عالم الوجود من طريق الاخذ بالغاروقة الفرنسية^(٧)

(١) aliénation fiduciaire (٢) mortgage (٣) vifgage (٤) جرائم ولان ص ٢٦ ن ١٠٠ (٥) droit canon (٦) وهو الشرط المسمى pacte comissoire (٧) antichrèse

ولما كان الشارع التجاري الفرنسي لم يشرع للرهن التجاري سنة ١٨٠٧ عند وضعه للقانون التجاري واراد بذلك الرجوع الى الاحكام المقررة في الرهن المدني وأخذت شؤون التجارة تزداد وتتسع ، رأى ذلك الشارع ضرورة وضع نصوص جديدة للرهن التجاري . وفعل ذلك فعلا بقانون ٢٢ مايو سنة ١٦٨٣ حتى يلبث هذا القانون مع الشؤون التجارية من حيث انعقاد الرهن وتحقيق الرهن ورهن الاوراق المالية القابلة للتحويل وغير ذلك من المسائل التي تهم التجارة

٣٩ - القانون المصري - يظهر أن الشارع المصري تأثر بالشرعية الاسلامية فأبقى العمل بالرهن العقاري الحيازي وبعد أن أخذ شيئاً من احكام الغاروقة الفرنسية

ويلاحظ بالتشريع المصري أن هناك احكاماً مختلفة بين الرهن المدني والرهن التجاري . وبيان ذلك ان القانون المختلط الموضوع سنة ١٨٧٥ لم يقرر شيئاً بشأن الرهن التجاري . مع أن الشارع الفرنسي قد سبق له أن قرر هذا الرهن ووضع له قانون ٢٣ مايو سنة ١٨٦٣ . ولكن لما جاء الشارع الاهلي سنة ١٨٨٣ وجد أنه من النقص عدم تقرير القواعد العامة للرهن التجاري . لذا قرر احكامه بالقانون التجاري بالمواد ٧٦ - ٨٠ ، ولم تمض ثلاث سنوات حتى اضطر الشارع المختلط الى تقليد الشارع الاهلي ، فقرر بقانون ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ بعد موافقة الدول الاجنبية ، وضع الاحكام العامة للرهن التجاري ، ولاحظ ما يتعلق بالفروق القائمة بين السند المدني الاهلي الذي لا يقبل التحويل الا برضاء المدين طبقاً للمادة ٣٤٩ من اهلئ ، والسند المدني المختلط الذي يكون فيه المدين وطنياً أو اجنبياً طبقاً للمادة ٣٤٦ منئ مختلط . ولذا وضع المواد ٨٢ - ٨٤ بعد أن راعى هذه الفروق ونسخ هذه المواد من المواد السابقة عليها مع تغيير طفيف فيما يتعلق ببعض الالفاظ كأن يذكر كلمة ضمان^(١) مثلاً بدلاً من كلمة رهن^(٢)

ولما شاع بمصر رهن المنقولات النفيسة كالخواتم والساعات وأنواع الخلى بوجه عام تأميناً على مبالغ يقترضها المقترضون وعلت الشكوى (ولا زالت تعلق) (١) مما يجريه جماعة المقرضين من وسائل الارهاق بمدنيهم ، تدخل الشارع المصرى فى الامر وأصدر قانون ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الخاص بمحلات التسليف على رهن وهو قانون سار على الاجانب والمصريين معاً . ووردت بشأن الرهن المدنى المواد ٦٦٢ / ٥٤٠ وما بعدها

والغرض من التشريع للرهن هو تقرير حق الحبس والامتياز للدائن بما يترتب عليهما حق التبع وحق الاولوية بما فيه تأمين له على حقه . والغرض منه أيضاً حماية الغير من حيث ضرورة تحرير عقد كتابى بالرهن ذى تاريخ ثابت وتعيين الرهن تعييناً صحيحاً مع بيان المبلغ المؤيد بالرهن ، وتسجيل الرهن العقارى . ولكن يلاحظ هنا أنه ليس لجماعة الغير الذين يملكون العقار المرهون (٢) أن يلجأوا لعملية التطهير (٣) وقرر القانون أيضاً عدم شرعية شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء (٤) وألزم الدائن المرتهن العمل على تحقيق حقه ككل دائن عادى . وألزمه بالتزام على حفظ الشئ المرهون والعناية به حفظاً له . وفوق ذلك فان القانون التجارى لم يشأ الاخذ بالاجراءات المطولة المدنية من حيث بيع الرهن بل قرر بأنه اذا حل ميعاد دفع الدين ولم يوفه المدين جاز للدائن بعد ثلاثة أيام من تاريخ التنبيه على مدينه بالوفاء خلاف مواعيد المسافة أن يقدم عريضة للقاضى المعين للامور الوقتية فى المحكمة السكان محله فى دائرتها ليحصل منه على الاذن ببيع جميع الاشياء المرهونة أو بعضها بالمزايدة العمومية على يد سمسار يعين لذلك فى الاذن المذكور (المادة ٧٨ / ٨٤ تجارى و ٩٣ فرنى)

(١) جريدة الاهرام عدد السبت ١٠ مايو ١٩٢٤ بالصحة الاولى مقال تحت عنوان « محال الرهن والتسليف » — انظر محضر جلسة ٣ يونيه ٩٢٤ لمجلس النواب المصرى
 (٢) tiers détenteurs (٣) purge (٤) pacte commissaire

(٢) في الرهن بالنسبة للعاقدين

٤٠ — يجب أن يكون الرهن حتما برضاء صريح للعاقدين . وقد يقع ضمناً كما سنرى ذلك بعد . ولا بد فيه من تسليم الرهن الى الدائن^(١) والرهن عقد عيني^(٢) من عهد الرومان للآن^(٣) وقبل التسليم يعتبر أن هناك وعداً بالرهن^(٤) وهذا الوعد ملزم للواعد ، ويجوز للدائن حينئذ طلب تنفيذه والزام الراهن بتسليم الشيء^(٥) ويختلف الراهن في هذه الحالة عن الكفيل ، اذ يقصر التزامه على قدر الرهن فقط^(٦) ويجوز أن يكون الراهن اما المدين أو أجنبي حتى ولو بغير علم المدين . وفي ذلك تقول المادة ٥٤٨ / ٦٧١ مدني و ٢٠٧٧ فرنسي ما يأتي : « يجوز رهن شيء تأميناً لمدين على شخص غير الراهن ويجب في الراهن أن يكون مالكا للشيء المرهون »^(٧) ويجب أن يكون أهلا للتصرف

وإذا ارتهن منقولاً غير مملوك للراهن تعرض وقتئذ لدعوى تثبيت الملكية^(٨) من المالك الحقيقي^(٩) الا اذا ثبت أنه حسن النية فانه يجوز حينئذ التمسك بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » ويستثنى من ذلك حالة السرقة والضياع^(١٠) وعلى ذلك يجوز للمؤجر للعقار أن يتمسك بحق الامتياز المقرر له على المنقولات التي أتى بها المستأجر ووضعها بالعقار ، اذا كان يجمل وقت وضعها أنها ليست مملوكة للمستأجر (قارن المادة ١٢ من قانون محلات التسليف على رهن الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ٩٠٠)

(١) remise (٢) contrat réel (٣) كابتان ص ٧٥٧
 (٤) promesse de gage (٥) ولا يجوز المطالبة بتسليم الرهن اذا أفلس المدين الراهن . ويعتبر الدائن في هذه الحالة دائننا عاديا : ج ع ٣ ن ٢٥١٠ (٦) كابتان ج ١ ص ٧٥٧ (٧) قارن ٢ يناير سنة ٩٠٢ ، ١٤ ، ٧٣ . — ٢ مارس سنة ٩٠٥ ، ١٧ ، ١٥٠ . — ٢٩ يناير سنة ٩٠٨ ، ٢٠ ، ٧١
 (٨) action en revendication (٩) verus dominus
 (١٠) ١٤ مايو ٩٠٢ ، ١٤ ، ٢٩٥ . — قارن ٢٢ مايو ٩٠١ ، ١٣ ، ٢٢٧

ويقرر الرهن لمصلحة الدائن عادة . ويحصل أن يتقرر لبعض المصالح التي يجوز أن تصبح فيما بعد دائنة . كما يقع ذلك للمحاكم في أنها تقرر الزام المحضرين بتقديم كفالة^(١) مبلغاً من المال أو من السندات المالية الحكومية ، قيمتها توازي مرتب المحضر مدة سنة (المادة ٣٠ من لأئحة المحاكم المختلطة)

٤١ — الأشياء التي تصح أن تكون محلاً للرهن : يصح أن يكون محلاً للرهن كل شيء قابل للتنازل عنه أو لبيعه كالمثقولات المادية . والأشياء المعنوية مثل حقوق الدائنية وحق التأجير^(٢) والأوراق المالية القابلة للتحويل والصادرة بأسماء أصحابها أو لحاملها والمرتببات المقررة للأفراد على الحكومة^(٣)

٤٢ — هل يجوز رهن الاستحقاق في الوقف ؟ إن الاستحقاق في الوقف موقوف على المستحق دون غيره فهو شخصي خاص به لا يتوارثه ورثته . فإن استحق وارث المستحق شيئاً في الوقف فإنه لا يستمد حقه من مورثه إنما يستمده من الواقف بالذات . وما دام أن حق المستحق موجود ضمن ماله وهو حق معقود بحياته ينتهي بماتته فإنه يجوز رهن هذا الحق في الوقف . ويجوز للمرتهن استلام قيمة استحقاق مدينه في الوقف ويستمر في الاستلام حتى يتقاضى دينه دون أن يستطيع مع ذلك طلب بيع هذا الحق بيعاً ارادياً أو بيعاً جبرياً سواء كان طلب البيع منصباً على الحق بالذات أو على المال المحمل بالوقف^(٤)

وتخضع السفن عند رهنها للقواعد الخاصة بالثقولات^(٥) ويصح رهن العقار كما كان ذلك حاصلًا عند الرومان . وتقول في ذلك المادة ٥٤٧ / ٦٧٠ مدني ما يأتي :

(١) cautionnement (٢) droit au bail (٣) rentes sur l'Etat

(٤) استئناف م ١٧ ابريل ١٨٩٨ ، ١٠ ، ٢٤٤ ، والحكم هام كاتري

(٥) ١٩ فبراير ١٨٩٠ ، ٣٢٧ ٢ ، — قارن المادة ١٢٥٩ وما بعدها مدني ألماني .

وفما يتعلق برهن سند دين تحت يد الدائن أنظر ٢٣ ابريل ١٨٩٦ ، ٨ ، ٢٣٩ . — وقارن

١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ ، ٨ ، ٣٣٠ . — وفيما يتعلق برهن المنزل والارض المقامة عليه انظر ٢

يناير سنة ١٨٩٦ ، ١٤ ، ٧٣

« يجوز أن يكون الرهن منقولاً أو عقاراً » وتقول المادة ٢٠٧٢ مدني فرنسي ما يأتي :
 « تأمين المنقول يسمى رهناً . وتأمين العقار يسمى غاروقة^(١) ويتفق رهن المنقول مع
 رهن العقار في أغلب الاحكام . ولكن لرهن العقار أحكام خاصة به كضرورة تسجيله
 ليكون حجة على الغير (المادة ٦٧٤ / ٥٥٠ مدني و ٦٧٥ / ٥٥١ مدني)
 ولا بد أن يكون محل الرهن حاضراً لا مستقبلاً . اذ من المستحيل ان تحصل
 الحيازة الحاضرة عن شيء سيحدث في المستقبل

(٣) في الرهن بالنسبة للغير

٤٣٥ — ان للغير مصلحة ظاهرة في أمر الرهن فإذا كان للراهن دائنون خلاف
 الدائن المرتهن ترتبت لهم مصلحة حتماً في معرفة قيمة الدين والشيء المرهون معرفة
 صحيحة حتى يقفوا على مبلغ ما يصل اليه مدى حق الدائن المرتهن من حق الاولوية
 عنهم في تقاضي دينه قبلهم . لذا رأى الشارع أن يحيط الغير بضمانات يأمنون بها
 ما يحتمل أن ينساق فيه المدين من الخدعة بهم والتدليس عليهم . وهذه الضمانات هي :
 (١) شرط وضع يد الدائن على الشيء المرهون : يجب أن يوضع الشيء
 المرهون تحت يد الدائن المرتهن أو تحت أمين يتفق عليه الطرفان (المادة ٥٤٠ /
 ٦٦٢ مدني) بحيث يبطل الرهن اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه (المادة ٥٤١ /
 ٦٦٣ مدني) لان في بقاء الشيء المرهون تحت يد صاحبه سواء لم يخرج من يده
 لدائنه أو خرج ثم عاد ، ما يشعر الغير بأن هذا المال حر من كل قيد وأنه ليس للغير
 حق ما عليه . وفي خروج المال المرهون من يد المدين اشارة للغير واشعاره بأن هذا
 المال محل بحق لآخر عليه . وحيازة الدائن للمال المرهون نفس الاثر المرجو من
 العلانية والاشهار^(٢) . نعم وان كان في حالة البيع لا يشترط في نقل ملكية المنقول

(١) intichrèse (٢) كلبان ص ٧٥٨ . وعلى ذلك لا يملك العاقدان حق تقرير

الرهن من غير نقل الحيازة مع انها يملكان حق نقل ملكية الشيء بمجرد الاتفاق عليه

(تأمينات ذهني — ٦)

تقل الحيازة فعلا من يد البائع الى المشتري حتى يكون حجة على دائن البائع ، الا أن هذا الدائن ان فاتته مزية الاستفادة من حق الضمان المقرر له على المنقول بالذات فانه لا تفوته مزية الاستفادة من ثمنه

✓ ويجب أن تظل الحيازة قائمة بيد الدائن المرتهن حتى يستوفى دينه مهما طال أجلها بحيث اذا ردت الحيازة للمدين الراهن بطل الرهن بالنسبة للغير^(١)

وعقد الرهن من العقود الصارة بجماعة الدائنين . ولذا يجوز لهم الطعن فيه بما لهم من حق الضمان العام^(٢) اذا صدر بقصد الاضرار بهم حتى ولو كانت ديونهم مضمونة برهن^(٣) أو مكفولة بكفيل

ويجوز أن يسلم الشيء المرهون ليد شخص آخر غير المرتهن ليظل عنده باسم هذا الاخير (المادة ٢٠٧٦ فرنسي وحكمها عام) ويقع ذلك كثيراً في الاحوال التجارية حتى يفلت المرتهن من مضايقات حيازة المنقول اذا كثر نوعه وكبر حجمه . ولهذا السبب أنشئت الخازن العمومية ومعها سند الرهن^(٤)

(٤) في رهن العقار

٤٤ — في انعقاد الرهن العقارى الحيازي بين المتعاقدين : الرهن العقارى

الحيازي ينعقد ككل العقود بمجرد حصول رضا الطرفين . وانما يستعان بالكتابة

(١) ويجب ان تكون يد المرتهن على المرهون يدا جاية واضحة لا ابهام فيها ولا غموض . ويبطل الرهن على ذلك اذا كان التسليم تسليماً صورياً tradition feinte وهو التسليم المشفوع بنقل اليد صورة لا حقيقة constitut possessoire : فاذا ساء المرتهن مفاتيح الخانوت الموجودة به الاشياء المرهونة الى الراهن ، فلا اثر للرهن : س ، ١٠٩١٠ ، ٤٨٨ — ويجب ان تكون يد المرتهن قائمة باستمرار على الشيء المرهون حتى ينتهى العقد : د ، ١٠٩٠٩ ، ٥٨ — س ، ٩١١ ، ١ ، ٣٧٢ وذلك منما لتلك النادة التي قد يجرى عليها الماقدان في ان يرد المرتهن الشيء المرهون الى الراهن فيضع هذا الاخير يده بطريق النيابة à titre précaire عن الراهن لان من شأن هذا العمل ادخال الخدعة على جماعة الغير : كابتان ص ٧٥٨

(٢) gage général (٣) ج ع ٣ ص ٢٤١ ن ٢٥٢٦

(٤) warrant كابتان ص ٧٥٩

لاجل الاثبات ولاجل التسجيل ليكون الرهن حجة على الغير . ويلزم على ذلك ضرورة الحصول على الكتابة حتى ولو كانت قيمة الرهن ١٠ جنيهات فأقل ما دام لا بد من التسجيل . والتسجيل اللازم لاجل أن يكون الرهن حجة على الغير (المادة ٦٧٤/٥٥٠ مدنى) منصوص عنه بالمادة ٦١١/٧٣٧ مدنى باعتبار أن الرهن العقارى الحيازي حق عينى عقارى . هذا بالنسبة للقانون المدنى

٤ مكرر - الرهن الحيازي العقارى وقانونه التسجيل الجديد : رأينا الرهن الحيازي العقارى ينعمد صحيحاً بمجرد الاتفاق ونقل الحيازة . واذا لم يشفع العقد بنقل الحيازة جاز للدائن مقاضاة المدين عنها ومطالبته بها . والتسجيل المطلوب بالمادة ٦٧٤/٥٥٠ مدنى و ٦١١/٧٣٧ مدنى هو فقط لحماية الغير ليس الا . وأما وقد صدر قانون التسجيل الجديد فى ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ وقرر بالمادة الاولى منه بأنه لا تنتقل الحقوق العينية العقارية (وهى حتما الحقوق المعينة بالمادة ٦١١ مدنى) ولا تزول بين الطرفين الا بالتسجيل ، فان الحق العينى العقارى الذى يترتب على الرهن الحيازي العقارى لا يتقرر للدائن الا بالتسجيل . بمعنى أنه اذا عمل عقد الرهن ولم يحصل تسجيله فلا يتقرر الحق العينى العقارى للدائن على وجه القانونى . ومع القول بعدم تقرير الحق العينى العقارى هذا للدائن ، فان الدائن المرتهن لا زال يعتبر دائناً فى نظر المدين . والمدين الراهن لا زال يعتبر مديناً فى نظر الدائن . أى أن عقد الرهن ينتج بين العاقدين نتائج القانونية من واجبات وحقوق لسكل من طرفيه ، وهى الواجبات والحقوق التى تنشأ عن العقد بالذات ، والتى لا تنشأ عن التسجيل . اذ التسجيل منصرف ، ومنصرف فقط ، الى تقرير الحق العينى العقارى للدائن . وأما ما عدا ذلك من الاحكام المقررة للرهن فانها باقية ونافذة على الطرفين . ويترتب على ذلك أنه مع عدم حصول التسجيل يجوز حينئذ للدائن مطالبة المدين الراهن بتسليمه العقار ، وليس للمدين دفع طلبه بعدم حصول تسجيل العقد ، لان التسجيل كما قلنا قد انصرف فقط الى تقرير الحق العينى العقارى ، ولأن التسجيل

من عمل الدائن وفى مصلحته ، ولأنه لا يجوز للمدين أن يستفيد من عدم قيام الدائن بما فيه حماية حقه . ويجوز أيضاً للمدين من جهة أخرى مطالبة الدائن بتنفيذ التزاماته المترتبة على عقد الرهن غير المسجل ، كأن يطالبه بدفع مبلغ القرض . ولا يجوز للدائن دفع الطلب بعدم تسجيل العقد ، اذ لا يصح للدائن أن يستفيد ضد الغير من اهماله أو من عمل إيجابى أو سلبى يتعلق به خاصة ، كعدم قيامه بالتسجيل — والإذا قيل بان عقد الرهن يتجرد عن كل التزام ناشئ عن عقد الرهن بالذات عند عدم تسجيله ، لترتب على ذلك أن تعطل المعاملات الرهنية بين الافراد (وغير الرهنية أيضاً كالبيع وغيرها) بان يمسك الدائن المرتهن عن التسجيل طلباً فى الافلات من نتائج العقد وما اشتغلت به ذمته من التزامات ناشئة عن العقد بالذات . ولترتب على ذلك أيضاً ، كما حققنا ذلك فى كتابنا فى الاموال ، بان تسجيل العقد ، (العقد غير المسجل لا وجوده الا من حيث تقرير تعويض فقط ، كما ينصرف الذهن الى ذلك خطأ) لا يصممه مادام أنه باطل قبل تسجيله . وهذا لا يقبله المنطق الصراح ولا القانون البحث . والمراد من عبارة الالتزامات الشخصية الواردة بالمادة الاولى من قانون التسجيل الجديد الالتزامات المترتبة على العقد بالذات ، أى المطالبة بالتسليم والمطالبة بالمبلغ وغير ذلك طبقاً لطبيعة كل عقد . ولا تنصرف هذه العبارة الى التعويض الا اذا استحال التسجيل (كأن يبيع العقار للغير حسن النية بعد أن يبيع لمشتري أولاً)

وإذا فرض وعمل عقد الرهن ولم يتسجل ، ثم باع المدين العقار لمشتري النية (وزيد نحن بسوء النية اما علم أكيد لدى المشتري بسبق رهن العقار ، واما تواطؤ تدليسى بينه وبين البائع) فلا ينفذ البيع المسجل على الدائن المرتهن الا والعقار محمل بالرهن ، أى يعتبر أن المشتري قد اشترى عقاراً مرهوناً رهناً عقارياً حيازياً ، والعقار فى هذه الحالة مهدد بالخروج من يد المشتري بالبيع الجبرى عليه وفاء لدين الدائن السابق عليه . ولا يجوز للمشتري الاحتجاج بان عقد الرهن لم يتكون قانوناً طالما أن العقد غير مسجل . لان للدائن المرتهن مع عدم تسجيل عقد الرهن حقوقاً قبل المدين

وهي حقوق منسوبة حتماً على العقار . نعم وإن كان من المتعذر القول بأنها حقوقاً عينية ، لأن الحقوق العينية محددة بالقانون (المادة ١٩/٥ م.د.ن) كما أنه من المتعذر القول بأنها حقوق شخصية ، لأنها منسوبة على العقار بالذات ، إلا أنها حقوق على كل حال تفرقت للدائن المرتهن قبل المدين الراهن ، وتعلقت هذه الحقوق بعقار معين^(١) وما دام أن المشتري يعلم بسبق تقرير هذه الحقوق للدائن على نفس العقار ، أى يعلم بسبق رهن العقار ، فلا يجوز مع هذه الحال القول بنفاذ البيع على الدائن والأضرار بحق هذا الأخير ما دام المشتري سيء النية

والتقاعدة التي قررناها صحيحة فيما إذا تصرف المدين تصرفاً عينياً عقارياً في العقار المرهون بهما انصرف هذا التصرف سواء إلى البيع أو إلى رهن العقار رهناً حيازياً أو رهناً رسمياً أو تبادل عليه . إذ لا ينفذ التصرف في جميع الأحوال على الدائن المرتهن الأول إلا وهو محمل بحق الرهن ما دام المتصرف إليه سيء النية

٤٥ — قلنا إن في وضع يد الدائن المرتهن على الشيء المرهون اشارة العلانية والأشهار . ولا يكتفى في الرهن الحيازي العقارى أن يكون العقد مسجلاً ليكون حجة على الغير ، بل يجب أيضاً أن يكون العقار تحت يد الدائن المرتهن . وفي وجود العقار تحت يد الدائن اشارة على وجود الرهن ، ولذا لا يكفي التسجيل وحده . وعلى ذلك إذا حصل العقد وتسجل دون أن يكون العقار تحت يد الدائن فلا يعتبر الرهن حجة على الغير حتى مع تسجيل العقد . وسواء ظل العقار باقياً تحت يد المدين أو رجع العقار إليه بعد تسليمه للدائن ، فإن الرهن لا يكون حجة على الغير ما دامت الحيازة لم تكن بيد الدائن^(٢)

(١) وخير لنا أن نأخذ بما يقرره الاستاذ « دوجي » في نظرياته الفذة بأنه من الأفضل أن لا يقال بالحقوق ، بل يقال بالحالات المكتسبة *situations acquises* وذلك في نظرنا نقادياً من الصعوبات العامة البحت التي تمتدور الباحث في طريق التفرقة بين الأنواع المختلفة للحقوق

(٢) ٨ يونيو سنة ١٩١٠ ، ٢٢ ، ٣٠٨ — ج ع ٣ ص ٢٤٨ ن ٢٤٩٨ — ص ٢٣٩

ويبطل رهن الحصة المشاعة حتى ولو كان المالكون على الشيوع قد اقتسموا العقار قسمة مهايأة، (أى قسمة انتفاع مؤقتة) وانصب الرهن على الجزء المفروز مهايأة، وتعهد الراهن بنقل الرهن بعد القسمة النهائية الى الحصة التي تتعين له فيما بعد^(١)

ويبطل الرهن بالذات اذا اتفق العاقدان على أنه اذا لم يحصل الوفاء بعد الميعاد المعين بيوم واحد يجوز للدائن وقتئذ وضع يده على العقار المرهون، لان ذلك يدل على أن العقار لم يكن تحت يد الدائن من وقت انعقاد العقد. واذا اشترط بالعقد بأن الدائن يضع يده على العقار ثانياً يوم الوفاء عند عدم حصول الوفاء فلا يصح عقد الرهن، ذلك العقد الذى شابه البطالان من وقت انشائه^(٢) ويجب أن يذكر بالعقد ما يدل دلالة صريحة على حصول تسليم العقار للدائن ليضع يده عليه^(٣) ويجب أن يكون وضع اليد وضماً ظاهراً علنياً^(٤) وأن يكون حقيقياً^(٥) والا لا يكون الرهن حجة على الغير. فيما اذا اشتراه هذا الغير من المدين^(٦)

وقد يقع كثيراً في مجال العمل أن لا يتخلى المدين عن العقار المرهون بل يستبقه تحت يده من طريق استجاره له من الدائن المرتهن. فهل يعتبر بقاءه في هذه الحالة حجة على الغير باعتبار أن يد المدين هي نفس يد الدائن بالانابة، أو أن الغير لا يستطيع معرفة حقيقة هذه اليد ان كانت هي اليد الاصلية للمدين، أى لم تخرج العقار من حيازة المدين الى حيازة الدائن وكانت يد الدائن بطريق الانابة؟

(١) ٢٥ فبراير ١٥، ٢٧٩، ١٧٩، ج ع ٣ ص ٢٣٨ ن ٢٤٩٢ . — ٢٦ ابريل

٩١٦، ٢٨، ٢٧٧٠، ج ع ٣ ص ن ٢٤٩٣

(٢) ٣٠ مايو سنة ٩١٦، ٢٨، ٣٧٤ حيث لم يقبل القضاء اعتبار أن هناك رهنا عند ما ذكر

بالعقد عبارة رهن غاروقة وأن المدين يدفع مع الدين الاصلى مصاريف التسجيل مع عدم التعرض

لمسئلة رد العقار المرهون (٣) ٢٠ يونيو سنة ٩١٥، ٢٧، ١٢٤. انظر مع ذلك ٢٤ مايو

سنة ٩١١، ٢٣، ٣٣٩، ج ع ٣ ص ٢٣٨ ن ٢٤٩٩ (٤) ج ع ٣ ص ٢٤٠ ن ٢٥١٢

(٥) ن ٢٥١٣ (٦) ن ٢٥١٤

ان في المسئلة ابهاماً وعموضاً يتعذر معه على الغير معرفة الحقيقة وتقل حماية القانون لهذا الغير. لان الشروط اللازمة لصحة الرهن قبل الغير يجب أن تكون متوافرة لا ينقصها شرط واحد، أى يجب التسجيل ووضع اليد. ولا يكفي أحدهما في صحة الرهن قبل الغير. فإذا حصل التسجيل وحده دون وضع اليد، فلا ينفذ الرهن على الغير. والا بطل العمل بالرهن الرسمي واشتبه الرهن غير المصحوب بوضع اليد بالرهن الرسمي. واكتفى الناس وقتئذ بالرهن العقارى المسجل دون حاجة الى نقل الحيازة، مع أن الشارع لم يقرر هذه الحالة، أى حالة الرهن بلا نقل حيازة، الا في حالة الرهن الرسمي وقيدته بضمانات هامة بأن جعله رسمياً أمام مدينه ورسم طرقاً لحمايته من حيث تسجيله أى قيد قوائمه وضرورة تجديد التيد كل عشر سنوات

ولما كان خطر الشبه حاصلًا حتماً بين الرهن العقارى المسجل بلا نقل حيازة والرهن الرسمي، الامر الذى يترتب عليه نقص الضمانات المقررة للرهن الرسمي، وكان هذا الشبه قائماً أيضاً في حالة استئجار المدين للعقار من الدائن، اضطرب القضاء في تقرير صحة الرهن العقارى في هذه الحالة الاخيرة. فتارة يقضى بصحة الرهن باعتبار أن الحيازة بيد المدين هي بصفته مستأجراً لا بصفته محتفظاً بوضع اليد من الاصل^(١) وطوراً بعدم صحة الرهن لعدم توافر شرط نقل الحيازة الفعلية العلنية الى الدائن. ولما كانت المسئلة ذات خطورة عملية هامة عرضت على الدوائر المجتمعة المختلطة فقررت هذه الاخيرة بضرورة الاخذ بالرأى الثانى أى عدم صحة الرهن اذا ظل العقار تحت يد المدين الراهن أو عاد اليه من طريق الاستئجار^(٢)

٤٦ - قانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٤٩ أهلى و ٥٠ مختلط:
وأخيراً رأى الشارع المصرى أن يتدخل فى الامر وكان متردداً بين حذف الرهن

(١) وآخر حكم من هذا النوع فى ١٧ مارس سنة ١٩١٥، ٢٧، ٢٢٥، ج ٣ ع ٢٠٤٠ ن ٢٥١٩. — انظر بمجموعه عياشى ص ٢٧٥ ن ١٢٧٥ و ١٢٧٧ — ١٢٧٩
(٢) ٤ يناير سنة ١٩١٧، ٢٩، ١٣٧، ج ٣ ع ٢٤٠ ن ٢٥٢١

الحيازي مكتفياً بالرهن الرسمي ، وبين بقاءه مع تقرير أحكام خاصة . وانتهى الامر بأن رأى الاخذ بالرأى الثانى أى ببقاء الرهن العقارى الحيازى واعتباره صحيحاً مع بقاء الحيازة بيد المدين الراهن بصفته مستأجراً . ولهذا الغرض أضاف للمادة ٥٤٠ / ٦٦٢ مدينى الفقرة الآتية : « وفى حالة الرهن العقارى ^(١) يجوز للدائن المرتهن ^(٢) أن يؤجر العقار المرهون بشرط أن يكون الايجار منصوصاً عليه فى عقد الرهن أو مؤشراً به فى هامش تسجيل الرهن ، وذلك فى حالة حصول الايجار بعد الرهن » وعلى ذلك يصح الرهن مع بقاء العين المرهونة بيد المدين الراهن المستأجر لما على شرط الاشارة الى عقد الايجار بنفس عقد الرهن الذى يتسجل فيعلم الغير بأن يد المدين هى يد مستأجر ^(٣) لا يده هو باعتباره مالكا ^(٤) أو التأشير بهامش التسجيل بما يفيد استئجار المدين للعقار وذلك فيما اذا عمل عقد الايجار مستقلاً بنفسه دون أن يثبت بالعقد . وبهذه الوسيلة فضل الشارع المصرى استبقاء هذا الرهن العقارى الحيازى لشيوعه فى المعاملات بمصر ولأن الشريعة الاسلامية أقرته من قبل ^(٥)

ولا يحتج بالرهن العقارى الحيازى على الغير الا اذا توافر شرط الحيازة والتسجيل وعلى ذلك لا ينفذ الرهن العقارى على الدائن المرتهن رهناً رسمياً الا اذا كان مسجلاً قبل قيد الرهن الرسمي ^(٦) ولا ينفذ على المشتري الا اذا كان مسجلاً قبل تسجيل عقد هذا المشتري ^(٧) وكل ذلك تحقيق للقاعدة المقررة بالمادة ٥٧١ / ٦٧٥ مدينى فى أنه « لا يضر رهن العقار بالحقوق المكتسبة عليه المحفوظة بالوجه المرعى قبل تسجيل الرهن » وقد يقع أن تكون الحيازة بيد أجنبي عن العاقدين يتفقان عليه (المادة ٥٤٠

(١) gage immobilier (٢) créancier gagiste

(٣) pro locato (٤) animo domini (٥) أنظر المذكورة الايضاحية لقانون

١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المذكور بمجلة جازيت الحاكم المختلطة المجلد ١٣ ص ١٣٠ . وانظر

مقالا فى ذلك بالمجلد نفسه ص ٢٩ (٦) ١٠ يونيو سنة ١٩٢٥ ، ٦ ، ١٠٠

(٧) قارن مع ذلك حكم ١ يونيو سنة ١٩٠٠ ، ١٣ ، ٦ والتعليق عليه فى حالة ما اذا كان

لعقد الرهن تاريخ ثابت وسابق على تسجيل عقد البيع

المذكورة) أو بيد الجمارك أو السفن أو المخازن العمومية (المادة ٧٧ / ٨٣ تجارى و ٩٢ فرنسى)

وإذا زالت يد الدائن الحائز للشيء المرهون برغم ارادته عقب اكراه أو غش فإن الرهن مع ذلك صحيح . ويتقرر له في هذ الحالة تتبع الشيء المرهون^(١) عند وجوده لدى الغير^(٢)

وشرعت الحيابة في الرهن لمصلحة الغير لا لمصلحة المدين . فإذا لم تنتقل الحيابة ليد الدائن زال عنه حق الامتياز لزوال حق الحبس . ولكن يجوز له حق مطالبة المدين بتسليمه الشيء المرهون لان عقد الرهن لم يخرج عن كونه في هذه الحالة وعداً بالرهن^(٣) وعلى ذلك يجوز للدائن حق رفع الدعوى على المدين ومطالبته بتسليمه الشيء المرهون^(٤)

٥) في الرهن مع عدم نقل الحيابة

٤٧ — ولا يصح رهن السندات الا بتسليمها للدائن المرتهن لها . وأجازت بعض القوانين رهن المنقولات دون نقلها (المادة ٨٧٤ وما بعدها من مقاطعة زورنج والمادة ٢١٠ من القانون السويسرى . والقانون الفرنسى الخاص بالرهن الزراعى^(٥) الصادر فى ١٨ يوليو سنة ١٨٩٠ الذى أباح للمزارعين رهن مزروعاتهم دون نقلها ومع بقائها تحت يد المدين . والقانون الفرنسى الخاص برهن رباش الفنادق) وفى ذلك رجوع الى احياء الرهن الرسمى للمنقولات^(٦) ذلك الرهن الذى زال من زمن^(٧)

(١) droit de suite (٢) جرائمولان ص ٣٢ ن ١٢١ — م ت ق ، ٢ ، ٢٩ — ١٥٢ ، ٨ — ١٠ ، ٣ . ٢٧٨ ، ٨ — م ر ا ، ٥ رقم ٣٢
(٣) promesse de gage (٤) م ت ق ، ١٣ ، ٢٧ — ١٩٨ ، ٨ —
— ٢٠٧ ، ١٧ — ١٢٠ ، ٨ — استئناف م ٢٤ مايو سنة ١٩١١ ، ٢٣ ، ٣٣٩ .
راجع مع ذلك حكم ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ ، ٢٧ ، ١٢٤ ، ج ع ٣ ص ٢٣٩ ن ٢٥٠٧
(٥) warants agricoles (٦) hypothèque mobilière
(٧) جرائمولان ص ٣٣ ن ١٢٤ . كابتان ص ٧٦٧ — ٧٦٨

وربما روعى في تقرير رهن المنقولات هذه دون الحاجة لنقلها ان لها ميزة خاصة في كونها مستقرة بمكانها فهي من هذه الوجبة في حاجة الى بعض الامتيازات المقررة للرهن الرسمى^(١)

(٦) رهن المحل التجارى

٤٨ — للمحل التجارى^(٢) تشريع خاص بفرنسا وليس له تشريع بمصر .

وأجاز القانون الفرنسى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٩ صحة رهن المحل التجارى أى أن الرهن يشمل العملاء^(٣) واسم المحل^(٤) والحق فى تأجير المحل ، والبضائع ويحصل ذلك دون تغيير فى وضع اليد . وصدر قانون آخر فى ١٩ مارس سنة ١٩٠٩ ونظم من طريقة الرهن وبيع المحل التجارى بطريقة تحفظ حق الدائن المرتهن من جهة وحق البائع وحقوق دائنيه من جهة أخرى . ويحصل رهن المحل التجارى بواسطة

(١) ولقد تساءل أهل الفقه بفرنسا عما اذا كان الرهن الحاصل مع عدم نقل الحيازة يعتبر فى الحقيقة رهنا أم لا . اذ نال البعض بان هذا المقدر لا يعتبر رهنا البتة . لانه اذا كان من الجائز للشارع نفسه ان يقرر ما يشاء من الشروط اللازمة لصحة عقد من العقود فانه لا يستطيع ان يفتات على التعريفات العلمية البحث باعتبارها نتيجة من نتائج الجدل المنطقي . ولما كان الرهن فى أصله عقدا عينيا contrat réel أى لا بد فيه من نقل الحيازة فلا يمكن القول بالرهن فى حالة عدم نقل الحيازة . وتقرير هذا النوع من الرهن من جانب الشارع الفرنسى قد أعاد تقرير رهن بذلك المنقول بلا حيازة hypothèque mobilière ، وهو ذلك الرهن الذى ينصب على منقول لا يمكن حمايته بحق التتبع

ويقول فريق بانه ليس هناك ما يحظر على تقرير رهن مع عدم نقل الحيازة . ولا يستند فى ذلك الى ان عدم نقل الحيازة فى عقد عينى صحيح ومطابق للقواعد القانونية . بل يستند الى أن الشارع فى تقريره لشروط نقل الحيازة انما اراد به اخبار الغير . أى ان الشارع نظر الى نقل الحيازة باعتبارها اداة للملاينة ووسيلة فى الاشهار . واذا كان من السهل الحصول على الملاينة بطريقة خلاف طريقة نقل الحيازة ، فلماذا لا يعمل بهذه الطريقة الاخرى بدلا من طريقة الحيازة وما ينجم عنها من المضايقات والاضرار وربما كانت مستحيلة فى بعض الاحيان ؟ وربما كان مما لا يتعارض مع طبيعة عقد الرهن القول بمحو شرط نقل الحيازة فيه . لان الغرض الاساسى من الرهن تقرير حق الاولوية للمرتهن على الشئ . ويتحقق هذا الغرض سواء كان المرهون موجودا تحت يد الدائن أم تحت يد غيره : كابتان ص ٧٦٨

nantissement de fonds (٢)

enseigne (٤)

clientèle (٣)

de commerce

عملية القيد وتجدد في كل خمس سنوات بدقتر موجود بالحكمة التجارية الكائن بدائرتها المحل التجارى . وفى القيد اشهار للغير واعلان لهم . ويتفاضل الدائنون المرتهنون بأسببية تواريخ القيد كما فى الرهن . وأباح القانون الفرنسى هذا تقرير قاعدة التطهير^(١) المعروفة فى الرهن الرسمى وهى الطريقة التى يستعين بها المشتري فى افلات المحل من حقوق الدائن المرتهن ومن حقوق البائع^(٢)

وكان القضاء الفرنسى يجرى قبل سنة ١٨٩٢ ، أى قبل أى التشريع للمحلات التجارية ، على قاعدة جواز رهن المحل التجارى^(٣) على شرط أن يسلم للدائن المرتهن العقيد الدال على تملك المدين للمحل أو على عقد ايجار الممكان^(٤) الذى يستغل فيه المحل التجارى . وكان مقرراً أنه يجب على الدائن اخبار المؤجر بحصول الرهن . وكانت هذه الطريقة فى رهن المحل التجارى ، وهى التى تحصل فى رأينا دون خروج الحياة من يد المدين ، تمكن هذا الاخير من الاستمرار فى استغلال المحل . وكان هذا القضاء الفرنسى محلاً للخلاف بين الشارحين ، ولكنه كان يستند الى المادة ٢٠٧٥ مدنى فرنسى (المقابلة للمادة ٥٤٩ / ٦٧٣ مدنى) التى تبيح صحة رهن الحقوق المعنوية اذا عمل عقد الرهن وأعلن المدين بحصول الرهن

اذا علم ذلك فيمكننا القول بأنه يجوز الاخذ بمصر بصحة رهن المحل التجارى أخذاً بما قرره القضاء الفرنسى قبل صدور أى قانون بشأن المحلات التجارية . وما علينا فى هذه الحالة الا الرجوع الى المادة ٥٤٠ مدنى المذكورة^(٥)

(٧) فى الرهن المقرر للمؤجر

٤٩ — يظهر أن الرهن المقرر للمؤجر على أمتعة المستأجر هو رهن قد يلحظ فيه هو الآخر انه يتقرر دون الحاجة الى نقل الحياة من المستأجر الى المؤجر . على أنه يمكن القول هنا بأن المالك المؤجر يعتبر حائزاً قانوناً لهذه الامتعة ما دام أنه فى

(١) purge (٢) جرائم لان من ٣٣ — ٣٤ ن ١٢٥ (٣) س ١٠٨٨ ، ١٠٨٩ ، ٣٠٢
(٤) magasin (٥) أول ابريل سنة ١٩٠٨ ، ٢٠ ، ١٥٣

نظر القانون هو واضح اليد^(١) ولذا أجاز له القانون حق توقيع حجز تحفظي^(٢) حتى يضمن له بذلك اما عدم خروجها من يده أو ردها الى عقاره فيما اذا خرجت والرهن هذا دون نقل الحيازة يسمى أيضاً بالرهن الضمني^(١) والاصل في الرهن أن يكون باتفاق خاص . ولكن قد يقع ضمناً دون الاتفاق عليه اتفاقاً خاصاً . كما يقع ذلك أيضاً بالنسبة لاصحاب الفنادق على أمتعة المسافرين (المادة ٦٠١ فقرة ٨/٧٢٧ فقرة ٧ مدني و ٢١٠٢ فرنسي) وبالنسبة للوكلاء بالعمولة على البضائع والمكافئين يبيعها أو مشتراها على ذمة موكلهم (المادة ٨٥ / ٨٩ تجاري و ٩٥ فرنسي والمادة ٩٤ تجاري مختلط)

ولمناسبة الرهن الضمني هذا نرى ضرورة الاشارة الى المادة ٢٠٨٢ مدني فرنسي اذ قررت بقررتها الاولى بأن الدائن لا يلزم برد الرهن الى المدين الا بعد تمام ارفاء الا اذا أساء استغلال الشيء . وعقب ذلك قررت بالفقرة الثانية منها ما يأتي : « واذا اشتغلت ذمة المدين نفسه أمام نفس الدائن بدين آخر بعد الرهن ثم استحق هذا الدين الثاني قبل الاول فلا يكره الدائن على التخلي عن الرهن قبل أن يتقاضى دينه الاول والثاني حتى ولو لم يحصل اتفاق خاص بتخصيص الرهن ضماناً للدين الثاني » ولقد تساءل الشارحون الفرنسيون بشأن هذا الرهن عن الدين الثاني فيما اذا كان رهناً بالمعنى القانوني أو أن الشارع الفرنسي قد أراد بهذه الفقرة مجرد تقرير حق الحبس للدائن حتى يستوفي دينه كاملاً . ويظهر أن الرأي الصحيح يؤيد حق الحبس^(٢) على أن لا نستطيع المجازفة في الاخذ بهذا النص الفرنسي الذي لم يكن له شبيهه بالقانون المصري ، وعلى الاخص اذا لاحظنا أن المادة ٨٧٠ من مرشد الحيران تقرر

(١) س ، ٩٣ ، ١ ، ١٦٩ (٢) saisie-conservatoire

(٣) gage tacite (٤) وهذه القاعدة المقررة بالمادة ٢٠٨٢ فقرة ١ فرنسي مأخوذة عن الرومان . وعلّة تقريرها هي الرغبة الضمنية للمدين . لانه من المحتمل كثيراً أن الدائن المرتين لم يقرض مدينه مرة أخرى قبل الوفاء بالدين الاول المرهون الا وهو يعتمد على الرهن الاول في الوفاء بالدين الثاني . كتابتان ص ٧٦١

ما يأتي : « للمرتهن حق حبس الرهن لاستيفاء الدين الذي رهن به وليس له أن يمسه بدين سابق على العقد أو لاحق به »

وعلى كل حال فإنه يلزم في الرهن الضمني كما في الرهن الصريح ضرورة توافر شرط نقل الحيازة الى يد الدائن المرتهن وبقاء هذه الحيازة بيد هذا الاخير حتى تمام الوفاء (المادة ٨٥ / ٨٩ تجارى و ٩٥ فرنسى) على أن الكتابة ليست ضرورية للرهن الضمنى (١)

٨) في الشروط اللازمة لرهن المنقولات

٥٥ — للرهن اجراءات قد تحكى لصحته اجراءات نقل الملكية . أى أن الشارع قد راعى في تقرير صحة الرهن نفس الاجراءات التي قررها عند نقل الملكية . وقد راعى في ذلك تقرير أحكام الرهن دون أن ينص عليه بعبارة صريحة . على أن بعض الشرائع الاجنبية رأى أن ينص على هذه القاعدة نصاً صريحاً (المادة ١٢٧٤) اذ قررت ما يأتي : « يتقرر حق الرهن طبقاً للأحكام المقررة لنقل الحقوق »

ولا بد لصحة الرهن قبل الغير من اثباته بالكتابة وأن يكون السند المثبت له ثابت التاريخ . وفي ذلك تقول المادة ٥٤٩ / ٦٧٢ مدينى ما يأتي : « لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا كان بسند ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى (٢) وبيان الشيء المرهون بياناً كافياً . . . » حتى ولو كانت قيمة الدين ألف قرش ونازلاً لان القانون لم يفرق بين نصاب الكتابة ونصاب الشهادة والقرينة . وعلى ذلك لا يجوز الاثبات هنا لا بالاقرار ولا باليمين (٣)

ولا بد من اثبات تاريخ سند الرهن حتى يكون حجة على الغير . ويثبت التاريخ باحدى الطرق المقررة بالمادة ٢٢٩ / ٢٩٤ مدينى (٤)

(١) جرانمولان ص ٤١ ن ١٥٠ (٢) dale certaine

(٣) كابتان ص ٧٦٠ . أما القانون الفرنسى فإنه لا يقضى بضرورة الكتابة الا فى نصاب الاثبات الكتابى أى اذا كانت قيمة كل من الدين والرهن أكثر من ١٥٠ فرنكاً

(٤) وبمكسه القانون الفرنسى فإنه قرر بالمادة ٢٠٧٤ أن يكون الاثبات بطريق القيد بالدفاتر

ويرجع الاصل في ضرورة الكتابة لاثبات الرهن الى المادة ١٤٨ من القانون المسمى بقانون ميشو^(١) ولم يكن الغرض من هذا الشرط اثبات العقد بين المتعاقدين لان هذا العقد يخضع للقواعد العامة المقررة في الاثبات . فيجوز فيه الاثبات بالشهادة والقرينة اذا كانت قيمته ائف قرش فنازلاً . انما أريد بشرط السند الكتابي حماية الغير حتى لا يفاجئون من أصحاب الشؤون المختلفة بأنواع الخدعة وضموف التدليس ، وهو التدليس الذي يراد به انتقاص مال المدين اضراراً بالدائنين . واما تفضيل البعض على البعض من طريق الاضرار بهذا الاخير ، وطرق الغش كثيرة في هذا الشأن ، فيعمل أصحاب الغرض فيه بطرق شتى : اما تأخير تاريخ عقد الرهن أو زيادة المبلغ المرهون أو استبدال الرهن برهن آخر أكبر قيمة من الرهن السابق وهكذا . وذلك في كل حالة ينزل فيه الاعسار بالمدين^(٢) فيعمل على تمييز بعض الدائنين على الآخر من طريق الغش^(٣)

ويجب أن يتبين بعقد الرهن ما يمكن به تشخيص الشيء المرهون تشخيصاً نافياً للجهالة ، كالعقد والوزن والمقاس (المادة ٥٤٩ المذكورة) ويجب أن يذكر به أيضاً قيمة الدين (المادة ٥٤٩) وليس من الضروري أن يذكر نوع الدين وأجل الوفاء به ولا تاريخ العقد المثبت للدين نفسه^(٤)

وأما بالنسبة للرهن التجارى فانه يجب الرجوع فيه الى المادة ٧٦ / ٨٢ تجارى و٩١ فرنسى (قارن هذه المادة بالمادة ٥٤٩ / ٦٨٣ مدنى)^(٥)

الرسمية enregistrement . وقد اراد بذلك دعوة اصحاب الشأن الى المسارعة في اثبات التاريخ سراعا منعا لحصول الغش . على أن القضاء الفرنسى لا يرى محلا للاخذ بهذا القيد ويقول باثبات التاريخ باحدى الاحوال المقررة قانونا . استئناف ليون في ٦ يوليو ١٨٨٩ ، د ، ٢٠٩٠ ، ١١٣ . — جرانولان ص ٣٠ ن ١٢٩ الهامش ٢ — كابتان ص ٦٦١

(١) Code Michaud (٢) débiteur aux abois

(٣) كابتان ص ٧٦٠ (٤) جرانولان ص ٣٦ ن ١٣١ الهامش ٢

(٥) ويقول جرانولان ص ٣٦ ن ١٣٢ بأنه ليس من الضروري اثبات الرهن قبل الغير بالكتابة في المسائل التجارية على أنه يظهر أن المادة ٧٦ تجارى تقول بضرورة الرجوع الى القانون المدنى في هذه الحالة

(٩) في الشروط اللازمة لرهن الديون

٥١ — قلنا انه لا بد من الكتابة الثابتة التاريخ ليكون الرهن حجة على الغير (المادة ٥٤٩) وهل لا بد من هذا الشرط أيضاً في حالة ما اذا كان الرهن ديناً من الديون؟ (١) تقول في ذلك المادة ٢٠٧٥ مدني فرنسي بأنه لا بد من السند الكتابي حتى ولو كانت قيمة الرهن تدخل ضمن النصاب بالشهادة والقرينة . فيل يؤخذ بهذا النص أيضاً بالقانون المصري؟ يظهر أن الشارع المصري لم يرد مخالفة الشارع الفرنسي بشأن تقرير هذه القاعدة أيضاً في حالة رهن الدين ، ما دام أنه لا بد في القانون المختلط من ضرورة اعلان المدين بتحويل الدين من طريق الرهن (٢) وأما طريقة رهن هذه الديون فهي تحويل سندات الدين الى الدائن المرتهن وأن يذكر بعبارة التحويل ما يفيد أنه رهن

ولاجل أن يكون هذا التحويل حجة على الغير يجب أن يكون سند الدين المرهون قابلاً للتحويل بالقانون الاهلي (المادة ٣٤٩ مدني أهلي) أو لا بد من اعلان المدين الاصلى بالتحويل بالقانون المختلط (المادة ٣٤٦ مدني مختلط والمادة ٢٠٧٥ فرنسي) (٣) وما دام أن سند الدين قد تحول من طريق الرهن الى دائن الدائن فانه لا بد أيضاً من تسليم دائن الدائن هذا السند بالذات . وفي ذلك تقول الفقرة الاخيرة من المادة ٥٤٩ مدني ما يأتي : « ويحصل رهن الدين بتسليم سنده ورضاء المدين كالمقرر في المادة ٣٤٩ فيما يتعلق بالحالة بالدين وكل هذا مع عدم الاخلال بالاصول المقررة في التجارة » (٤) ويستفاد من ذلك أنه لا بد في الدين المرهون أن يكون ثابتاً بالكتابة . والا كيف يمكن تسليم السند؟ وعلى ذلك لا بد من السند الكتابي للدين المرهون

(١) créance (٢) جرانمولان ص ٣٦ ن ١٣٤ (٣) فيما يتعلق بتحويل الدين في القانون الاهلي والمختلط والفرنسي أنظر الالتزامات لنا ص ٥٤٤ ن ٦٦ ومابعدها . والبيع للهلالى بك ص ٥٤٨ — ٥٩٩ ن ٧٧٤ — ٨٢٢ (٤) راجع كابتان ص ٧٦١

حتى ولو كان الدين بذاته قابلاً للتحويل^(١) وسند الدين المرهون اما أن يكون تحت الاذن أو باسم صاحبه خاصة أو لحامه

(١) رهن سند المرهون تحت الرهن : يحصل هذا الرهن بواسطة التحويل لاجل الرهن^(٢)

(٢) رهن سند الدين باسم صاحبه : يراعى في تحويل أسهم الشركات المدنية والتجارية ، وسنداتهما وقسائم أرباحها (المادة ٧٦ / ٨٢ تجارى و ٩١ فرنسى) أى ضرورة التأشير بالرهن بسجلات الشركة . على أنه يجوز مع ذلك الاخذ في هذه الحالة بالمادة ٥٤٩ مدنى مع ضرورة انذار الشركة بمحصول التحويل فقط^(٣)

وهناك رأى يقول بأن شرط تحويل السند باسم صاحبه أو السند تحت اذن صاحبه ليس لازماً وحتماً لصحة الرهن . بل يجوز أن يكتفى بضرورة مراعاة ما ورد بالفقرة الاولى من المادة ٧٦ تجارى دون التحويل . وحجة هذا الرأى أن عبارة التحويل جاءت من طريق الجواز بالفقرة الثانية للمادة ٧٦ تجارى . اذ قررت هذه الفقرة ٢ ما يأتى : « والاوراق المتداول بيعها^(٤) يثبت رهنها أيضاً^(٥) » وكلمة أيضاً^(٦) هذه التى وردت بالفقرة الثانية ووردت كذلك بالفقرة ٣ بكلمة أيضاً^(٧) تدل على جواز الاكتفاء بمجرد تسليم السند ليد الدائن المرتهن كأنه منقول مادى^(٨) دون الحاجة الى شرط التحويل . وأنه في هذه الحالة ما دام أن السند المرهون خلو من عبارة التحويل فانه يجوز اثبات الرهن بقواعد الاثبات العامة المقررة تجارياً بالمادة

(١) جرانولان ص ٣٧ ن ١٣٦ . ولم يوجد بالقانون الفرنسى نص يحكى هذا النص المصرى ولكن القضاء الفرنسى يعمل على الاخذ مع ذلك بهذه القاعدة : انظر نقد هذه النظرية بفرنسا كتاب القانون انتجارى تأليف تالير Thaller ن ١٠٩١ ، كابتان ص ٧٥٨ — ٧٥٩

(٢) endossement pignoratif : ٢٢ ديسمبر ١٩٠٩ ، ٢٢ ، ٦٩ — كابتان ص ٧٦١ . — انظر المادة ٧٦ / ٨٢ تجارى و ٩١ فرنسى (٣) والاراء متعارضة في هذا الشأن بين الشارحين الفرنسيين والقضاء الفرنسى . ليون كان مع رينوج ٣ ن ٢٧٧ . — س ١٠٨٠ ، ١١٣ . تالير ن ١٠٨١ (٤) valeurs négociables (٥) aussi

(٦) aussi (٧) également (٨) meuble corporel

٢٣٤/٢٩٩ مدني والمادة ١٠٩ تجاري فرنسي^(١) ويظهر لنا أن الرأي الاصح هو ضرورة مراعاة شرط التحويل ، لان الفقرة الاولى من المادة ٧٦ تجاري المذكورة انما انصرفت الى رهن المنقول المادي . وأما الفقرة الثانية فقد انصرفت الى رهن السندات المكتوبة بأسماء أصحابها أو تحت اذنهم^(٢)

(٣) في رهن السند لحامله : لما كان السند لحامله يشبه المنقول المادي فانا نرى ضرورة الاكتفاء بتسليمه ليد الدائن المرتهن دون الحاجة الى اجراءات أخرى تتعلق بالتحويل . أى نأخذ هنا بالفقرة الاولى من المادة ٥٤٩ (الفقرة الخاصة بالمنقول المادي) لا بفقرتها الثانية (الخاصة بالديون)^(٣) ولا محل حينئذ لاخبار الشركة المدنية أو التجارية برهن السند لحامله (المادة ٧٦ تجاري المذكورة) على أن القضاء الفرنسي رأى في حالة الرهن المدني لسند لحامله ضرورة اخبار المحل الذي أصدر هذا السند^(٤) وذلك لان السند لحامله في هذه الحالة لم يخرج عن كونه منشأ للدين^(٥) وبما دام كذلك فلا بد من مراعاة الاجراءات المقررة بالفقرة ٢ من المادة ٥٤٩/٦٧٣ مدني و٢٠٧٥ فرنسي^(٦)

وان كان قد جاز رهن الدين^(٧) وهو منقول معنوي وقد نص القانون عليه بالفقرة ٢ من المادة ٥٤٩ كما رأينا ، فانه يجوز أيضاً رهن أى منقول معنوي آخر مثل حق الانتفاع بمنقول أو شهادة اختراع^(٨) ولو أنه لم يرد نص بالقانون لغير الدين (ويظهر أن حكم المادة ٥٠٢٧ مدني فرنسي عام) ولا محل هنا الى شرط اخبار المدين حيث لا مدين هنا

(١) س ، ١٠٣ ، ٢ ، ٩٠٣ ، ومقال فاهل Wah (٢) ليون كان مع رينوج ٣ ن
٢٧٧ . — تايرن ١٠٨٣ — جرائمولان ص ٣٨ ن ١٤١ (٣) كابتان ص ٦٦٢
(٤) établissement émetteur (٥) créance (٦) س ، ١٠٨٨ ، ٢٦٥
brevet d'invention (٨) créance (٧)

(١٠) في حقوق الدائن المرتهن

٥٢ — للدائن المرتهن ضمان عيني تبعي^(١) ويتمتع بالحقوق الآتية : حق الحبس وحق الامتياز وحق بيع الشيء المرهون . وله حق استغلال الشيء وخصم غلته من فوائد الدين وأصل الدين . وليس له حق الاتفاق على تملك الرهن عند عدم الوفاء . وزى التكلم على كل من ذلك على حدة

١ — حق الدائن في استغلال الشيء المرهون

٥٣ — رأى القانون الفرنسى أن لا يقرر للدائن المرتهن حق استغلال الرهن^(٢) بمحض عقد الرهن . وعلى ذلك ليس للدائن المرتهن طبقاً للقانون الفرنسى حق استغلال الرهن الا اذا حصل الاتفاق على خلاف ذلك . وألحق القانون الفرنسى الرهن من هذه الوجبة بالوديعة (المادة ٢٠٧٩) أى أن الدائن المرتهن يعتبر مودعاً لديه . ولم يقرر الشارع الفرنسى حق الاستغلال هذا الا فى حالة الغاروقة الفرنسية^(٣) على شرط خصم الغلة من فوائد المبلغ ومن أصله (المادة ٢٠٨٥) على أنه اذا كان الشيء المرهون مع ذلك سنداً يرجح فوائد معينة وجب خصم هذه الفوائد من فوائد الدين المرهون . وان لم يكن للدين فوائد فتخصم فوائد السند المرهون من أصل الدين (المادة ٢٠٧١)

أما القانون المصرى فقد خالف هذه القاعدة الفرنسية وأجاز للدائن المرتهن حق استغلال الشيء المرهون ، على شرط خصم الغلة من الفوائد وأصل الدين . وفى ذلك تقول المادة ٥٤٥ / ٦٦٨ مدنى ما يأتى : « لا يجوز للدائن المرتهن أن ينتفع بالرهن بدون مقابل بل عليه أن يسعى فى الاستغلال من الرهن بحسب ما هو قابل له الا اذا

jouissance du gage (٢)

garantie réelle accessoire (١)

antichrèse (٣)

وجد شرط بخلاف ذلك . وهذه الغلة تستنزل من الدين المؤمن بالرهن ولو قبل حلول الاجل بحيث أنها تستنزل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين » ونلاحظ هنا أن النص الفرنسي للمادة أوضح من النص العربي لأن عبارة « الا اذا وجد شرط بخلاف ذلك » لاتنصب الاعلى « بل عليه أن يسمى في الاستغلال من الرهن بحسب ما هو قابل له » أى يجوز الاتفاق على طريقة الاستغلال بأن يستغل الدائن الشيء كما أعده له صاحبه وهو المدين ، أو أن يستغله بطريقة أخرى يحصل الاتفاق عليها . ولا تنصب هذه العبارة « الا اذا وجد شرط بخلاف ذلك » على صدر المادة . أى أنه لا يجوز مطلقاً الاتفاق على جعل الانتفاع بدون مقابل ، الا اذا كانت الفوائد مساوية للغلة فانه يصح الاتفاق . ولا يصح اذا زادت الغلة عن الفوائد المقدر أقصاها بمقدار ٩ /٠ مديناً وتجارياً . والا اعتبره باحظره القانون . ويلاحظ أن يحصل خصم المصاريف أولاً أى مصاريف الاستغلال (على أن المفهوم أن الغلة لا تكون الا بعد خصم مصاريفها حتماً ثم تخصم فوائد المبلغ اذا كانت له فوائد) من الغلة وما يتبقى يخصم من اصل الدين

هذا ولا يجوز بالشريعة الاسلامية للدائن المرتهن الانتفاع بالرهن بدون اذن الراهن (المادة ٨٨٥ من مرشد الخيران . وهذا يحكى القانون الفرنسى) أما اذا اذن له الراهن جاز له أن ينتفع ، وقيل لا يجوز ولو كان بالاذن ، لاعتبارهم اياه اذناً بالربا . والفتوى على أنه جائز حتى لا تتعطل منافع الاموال^(١)

٢ - فى حق الحبس

٥٤ - « للدائن حق حبس الشيء المرهون^(٢) حتى يستوفى دينه كاملاً »^(٣)
 (المادة ٥٤٠/٦٠٥ مدينى ٢٠٨٢ فرنسى)^(٤) والمادة ٨٧٠ من مرشد الخيران تقول

(١) المعاملات الاستاذ أبو الفتح بك ص ٦٠٥ - ٦٠٦ (٢) droit de rétention
 (٣) parfait paiement (٤) entièrement payé

« للمرتهن حق حبس الرهن لاستيفاء الدين الذى رهن به . . . فللمرتهن حق حبسه الى أن يصل اليه دينه بتمامه اذا كان الرهن سابقاً على الدين » والمادة ٨٧٣ تقول « اذا قضى الراهن بعض الدين فلا يكلف المرتهن بتسليمه بعض الرهن » وما دام أن الرهن غير قابل للتجزئة^(١) فلا يكره الدائن المرتهن على التخلي عن الرهن بعضاً أو كلاً طالما لم يستوف دينه كاملاً . فاذا استلم بعض الدين فلا يلزم برد جزء من الرهن فى مقابل الجزء من الدين المدفوع ، كما يحصل فيما اذا توفى المدين وترك وريثة ودفع بعضهم نصيبه فى الدين . وكذلك اذا مات الدائن واستلم بعض وريثه نصيبه فى الدين فلا يجوز اكره البعض الآخر من الورثة على التخلي عن المرهون فى مقابل ما دفع ، لما فى ذلك من رفع الضمان عنهم وهو الضامن لهم فى الوفاء^(٢)

٥٥ - فى اعتبار حق الحبس محجة على الغير : حق الحبس حجة على خلفاء المدين ، كما هو حجة على المدين سواء بسواء . وهو حجة أيضاً على من كان له حق امتياز على الشيء المرهون

ويرجع ذلك الى أن المرتهن يعتبر واضح يد بحسن نية وله حينئذ الاستناد الى قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الملكية » (المقررة بالمواد ٦٠٧ / ٧٣٣ و ٦٠٨ / ٧٣٤ مدنى و ٢٠٧٩ فرنسى) ضد كل شخص يدعى حقاً عينياً على الرهن ، على شرط حسن النية ، أى لا يعلم بسبق وجود حق الامتياز المقرر للغير على الرهن . فاذا فرض وأن الشيء المرهون كان قد اشتراه المدين الراهن ولم يدفع ثمنه بعضاً أو كلاً للبائع جاز للدائن المرتهن دفع دعوى البائع المطالب بحق امتياز البائع ، باعتباره ارتهن وهو حسن النية . وعلى العكس يحرم المرتهن من حق الحبس لو كان يعلم بظرف البيع رعدم دفع الثمن^(٣) ويجوز أيضاً للمرتهن دفع دعوى المالك الحقيقى ، مادام أنه حائز بحسن نية ، وعلى شرط أن لا يكون الشيء مسروقاً أو ضائعاً

ويجب أن يلاحظ هنا فى حالة السرقة أو الضياع أن الدائن المرتهن لم يكن منظوراً

بعين الرعاية والحماية من جانب القانون مثل المشتري للشيء المسروق أو الضائع . ذلك لان للمشتري الحق في مطالبة المالك الحقيقي بدفع ما دفعه هذا المشتري فيما اذا اشترى المنقول من سوق عام أو من تاجر يبيع هذا الصنف (المادة ٧٨ / ١١٦ مدني و ٢٢٨٠ فرنسي فقرة أولى) وأما الدائن المرتهن فما دام أنه لم يشتر من سوق عام أو من تاجر للصنف فانه لا يجوز له مطالبة المالك الحقيقي بدفع قيمة الدين فيما اذا طالبه هذا الاخير برد المنقول اليه^(١)

٥٦ - في بيع العقار جبراً على المرتهن : ان علة الرهن ضمان الدين . فاذا استلم الدائن دينه وجب عليه التخلي عن الرهن . أما اذا لم يستلمه فالرهن باق تحت يده . واذا استلم بعض الدين فلا يكره على التخلي أيضاً ، لان الرهن كما قلنا غير قابل للتجزئة ولكن ما القول فيما اذا جاء دائن عادي وأراد بيع العقار جبراً على المرتهن ، فهل له هذا الحق أم ليس له ذلك ؟ الاصل أن حق الحبس لدى المرتهن لا يحول دون الراهن في بيع الشيء المرهون ودياً ، ولا دون الدائنين الآخرين في طلب البيع بالطرق القانونية ، أي بنزع الملكية ان كان عقاراً . فاذا حصل البيع ودياً واستلم المرتهن دينه كاملاً زال حق الحبس حتماً . وأما اذا استلمه ناقصاً بقي حق الحبس ضمناً للباقي وهنا تتساءل فيما اذا كان من الجائز للدائن العادي أن ينزع ملكية العقار ويعمل على بيعه قضائياً . فاذا رجعنا الى التساعدة العامة التي قررناها والمؤيدة بنص المادة ٥٤٠ مدني على أن حق الحبس يزول اذا استلم المرتهن دينه كاملاً ، لقلنا لأول وهلة بأنه اذا انتهى البيع الجبري بالحصول على ثمن يعني بدين المرتهن وجب زوال حق الحبس اذا استلم المرتهن دينه كاملاً لا تقص به . وأما اذا بيع العقار جبرياً بثمن أقل من دين المرتهن فلا يكره هذا الاخير على التخلي عن العقار اذا استلم الثمن وكان باقياً له جزء من دينه^(٢) وقد أيدت هذا الرأي أحكام كثيرة من القضاء المختلط وناصره

(١) س ، ٩٨ ، ١ ، ٤٨١ ، ومقال Tissier . د ، ٩١١ ، ٢ ، ٢٠٩ ، ومقال ليون كان . — كابتان ص ٧٦٤ (٢) وبحق الحبس يستطيع حينئذ الافلات مما ينزل بالرهن

فيه بعض رجال الفقه المصرى . ولكن هناك رأى آخر يقول بأنه يجب على المرتهن التخلى عن العقار المباع جبراً وبالتضاء ، ولو كان الثمن أقل من دينه ، اذ يستحيل حق الحبس فى هذه الحالة الى تقرير حق امتياز على الثمن المباع به العقار . وليس للمرتهن سوى أخذ الثمن وفاء لبعض دينه وليس له حق حبس العقار تحت يده ضمناً لباقى دينه . ولهذا رأى أنصار من رجال الفقه ، وتؤيده أحكام من القضاء المختلط

٥٧ - رأى الاول - لا يكره المرتهن على التخلى عن العقار المباع مبراً

اذا لم يستوف دينه كاملا : وأدلة هذا رأى ما يأتى :

١ - للدائن العادى حق بيع العقار المرهون جبراً على المرتهن بواسطة القضاء (١) والبيع صحيح . وللرأسى عليه المزداد حق استلام العقار من يد المرتهن . انما كل ذلك معقود بشرط الوفاء بالدين كله وتمامه للمرتهن (٢) لان القانون صريح فى أن الرهن باق حتى تمام الوفاء ، ولان الشارع فى تعديله بعض مواد المرافعات المختلط بقانون ٢٨ نوفمبر سنة ٩١٢ نمرة ٣٩ لم يمس هذه القاعدة المقررة بالمادة ٦٦٢ مدنى مختلط و٤٥٠ أهلى . ولم يمس القاعدة المقررة بالمادة ٦٢٩ مرافعات مختلط (القائمة بوجوب اعلان قائمة شروط المزداد (٣) الى المدين المحجوز عليه (٤) والى الدائنين المقيدين (٥)) أى الدائنين

من بحس الثمن فيما لو بيع بالمزداد فى وقت هبوط الاسعار ، ولم يستوف دينه كاملا

(١) وسبق صدر حكم واحد أصبح منعزلاً بنفسه لم يؤيد فيما بعد بحكم ما . وقضى هذا الحكم فى ١١ ابريل ١٨٧٨ بأنه لا يجوز بيع العقار المرهون : انظر مقال الاستاذ Dario

Palagi جا ٨ ص ٢٩ - ٣٢ وعلى الاخص ص ٢٩ الدامود الثالث تحت عنوان Le gage immobilier par rapport à l'expropriation de l'immeuble engagé

(٢) استئناف م ٢٠ ابريل سنة ٩٢ ، ٤ ، ٢٠٤ . - ١١ مارس سنة ٩٦ ، ٨ ، ١٥٢ ،

- ٢٧ يناير سنة ٩٧ ، ٩ ، ١٣٦ . - ١٧ نوفمبر سنة ٩٧ ، ١٠ ، ١١ . - ١٨ مايو

سنة ٩٩ ، ١١ ، ٢٠٨ . - ٢٠ ابريل سنة ٩٠٤ ، ١٦ ، ٢٠٣ . - ٤ فبراير ٩٠٩ ،

٢١ ، ١٥٧ . - ٢١ يونيو ٩٠٩ ، ٢١ ، ٣٨٥ . - ٢١ ديسمبر سنة ٩١٠ ، ٢٣ ،

٧٤ . - ١٣ ديسمبر ٩١١ ، ٢٤ ، ٥٢ . - ٢٣ ابريل ٩١٤ ، ٢٦ ، ٣٥١ ، ج ع ٣

ص ٢٤١ ن ٢٥٣٢ . - ١٥ مايو ٩١٥ ، ٢٧ ، ٣٣٣ ، ج ع ٣ ن ٢٥٣٤ . - اول

مارس ٩١٦ ج ع ٣ ص ٢٤١ ن ٢٥٣٥ . - ٢٩ مارس ٩١٧ ، ٢٩ ، ٣٣٧ ، ج ع ٣

ن ٢٥٣٦ (٣) cahier des charges (٤) debiteur saisi

(٥) créanciers inscrits

المرتهنين رهناً رسمياً) ولا القاعدة المقررة بالمادة ٦٧٥ مرافعات (القائلة بأن حكم مرسى المزداد المسجل يطهر العقار من جميع الرهون الرسمية وليس للدائنين المرتهنين سوى حق أخذ ديونهم من الثمن الذى رسا به المزداد)

٢ — ان العبارة الواردة بالمادة ٦٦٢/٥٤٠ فى قولها « وهذا العقد (عقد الرهن) يعطى للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام » يجب أن تتميز عما يسمى بوجه عام بحق الحبس^(١)

وذلك لان «حق الحبس» كما يقول بلانيول^(٢) لم يكن هو المعادل للرهن المشفوع بنقل الحيازة^(٣) لان للدائن المرتهن حيازياً فى المنقول أو العقار حقوق أخرى خلاف حق الاحتفاظ بالشيء . وفوق ذلك فان حق الحبس بالنسبة له لم يخرج عن كونه حقاً تعاقدياً . وعند ما يذكر حق الحبس الحقيقى يجب أن يفهم بأنه لا يوجد هنا رهن صريح أو ضمنى . بل يوجد فقط حق اختيارى للدائن تقرر له بحكم القانون بنص أو بمبدأ عام

وعلى ذلك يستنتج مما تقدم ان حق المرتهن فى الاحتفاظ بالشيء انما هو نتيجة لعقد الرهن ومقرر له بنص صريح . وفوق ذلك فان تسليم المرهون للمرتهن أمر حتى يلتزم به الراهن^(٤)

وهذا الحق من جانب المرتهن والالتزام من جانب الراهن لم يتأثر مطلقاً بالمادة ٦٧٥ مرافعات مختلط ، القائلة بأن حكم مرسى المزداد والمسجل يطهر العقار من الرهون ، وينصب اذ ذلك حق الدائنين على ثمن مرسى المزداد ولا علاقة للمادة ٦٧٥ مرافعات مختلط المذكورة بالرهن ولا تتمشى عليه ، وان كانت تتمشى باجماع الآراء على حقوق الامتياز ولو أنها لم تنص عليها^(٥) لان امتياز

(١) انظر مقال الاستاذ Léon Castro ج ٨ ص ٨١ — ٨٣ وعلى الاخص ص ٨١

العامود الثانى فى منتصفه (٢) ج ٢ ن ٢٥٠٥ (٣) nantissement

(٤) بلانيول ج ٢ ن ٢٤٠٤ (٥) ليون كاسترو ، مقاله السابق العامود الثالث

البائع لم يخرج عن كونه هو في الحقيقة رهنا رسمياً ممتازاً

٣ — ان اجراءات نزع الملكية لا تعمل في مواجهة المرتهن، وهذا مما لا يجعل هناك محل لسريان المادة ٦٧٥ المتقدمة على الرهن الحيازى العقارى . وما دام المرتهن لم يكن خصماً فى اجراءات نزع الملكية فلا يعتبر حكم مرسى المزاى مطهراً للعقار من الرهن الحيازى . وان كان للمادة ٦٧٥ أثراً على الدائن المرتهن رسمياً فذلك لان القانون يقضى باعلان هذا الاخير بقائمة شروط البيع بالمزاى (المادة ٦٢٩ مرافعات مختلط) ولا عبرة بما يقال بان الدائن المرتهن لا بد وان يعلم حتماً باجراءات البيع ، من انتقال المحضر لمسكان العقار لتحرير محضر الحجز العقارى ، لانه يحصل ان المرتهن لا يجوز بنفسه العقار^(١) اذ يجوز ان يؤجره ، ولا يلزم المستأجر باخباره بحضور المحضر وعمل محضر الحجز العقارى^(٢)

وليس من العدالة اكرام المرتهن على قبول ثمن أقل من دينه بينما لم يكن خصماً فى اجراءات البيع

٥٨ — الرأى الثانى : يكره المرتهن على التخلي عمه العقار المباع مبرا

منى ولو طامه ثمن مرسى المزاى الذى قبضه أقل من دينه : وحجته ما يأتى :

١ — يتقرر للمرتهن من الرهن حقان ، حق الحبس وحق الامتياز . ولاشبهة فى حق الامتياز الذى ينتهى بتقرير حق الاولوية للمرتهن مع تقرير حق التبع . فاذا بيع العقار بالمزاى العلقى انصب حق امتياز المرتهن كسكل امتياز آخر ، على الثمن الذى رسا به المزاى ، وأصبح من رسا عليه المزاى فى حل من أخذ العقار من يد المرتهن دون أى اعتراض ما من المرتهن فيما اذا كان الثمن أقل من الدين ما دام أن العقار قد استحال الى مبالغ من المال : وهذا هو حق الامتياز

وأما عن حق الحبس فانه مقرر بالمادة ٦٦٢ مدنى مختلط و ٥٤٠ أهلى ، وبالمادة

٧٣١ مدنى مختلط و ٦٠٥ أهلى . ولا يمكن الاخذ بحق الحبس هذا فيما اذا بيع العقار

(١) corpore alieno (٢) ليون كاسترو مقاله المذكور ص ٨٢ العامود الاول فى اوله

بالمزاد علناً ورسا المزاد فيه على من قدم أكبر ثمن، واعتبار حق الحبس حائلاً دون تمكين من رسا عليه المزاد من استلام العقار، فيما اذا كان الثمن أقل من دين الرهن. ذلك لان من رسا عليه المزاد لا يلزم بدفع أكثر مما تقرر بذمته من الثمن^(١)

وحق الحبس، وقد قام الجدل حوله بالشرائع الفرنسية والايطالية عما اذا كان حقاً عينياً أم لا، هو حق عينى بمقتضى القانون المصرى (المادة ١٩ مدنى مختلط و٥ أهلى) وهو حجة على جميع الدائنين الآخرين للراهن حتى تمام الوفاء بالدين كله (المادة ٦٧٨ الفقرة الاولى مدنى مختلط و٥٥٤ أهلى) وما دام أن هذا النص استثنائى لا يجوز التوسع فيه وجب أن يترتب عليه أن حق الحبس هذا حجة فقط على دائنى الراهن للعقار دون غيرهم^(٢) نعم ولو أن المادة ٦٧٤ مدنى مختلط والمادة ٥٧٠ أهلى تقرر بأن الرهن العقارى الحيازى لا يكون حجة على الغير الا اذا تسجل بقلم الرهون، الا أنه يجب هنا عمل تمييز لا بد منه: فاذا كان الامر متعلقاً بحق الاولوية مع حق التتبع المترتب عليه، أعتبرت كلمة «غير» بمعناها العام، وانصرفت الى كل شخص لم يكن طرفاً فى عقد الرهن. وأما اذا كان الامر متعلقاً بهذا الحق الخاص الآخر وهو حق الحبس، فانه لا بد وأن تقصر كلمة الغير على دائنى الراهن فقط^(٣)

اذا علم ذلك فما هو اذن حق الحبس الذى قرره الشارع المختلط؟ هو الحق المقرر للدائن فى دين ممتاز فى المحافظة على شىء مملوك للمدين ضماناً للدين. ويترتب على حق الحبس الزام الدائن بالاحتفاظ بالشىء بحيث اذا خرج من يده زال الضمان (المادة ٦٦٣ مختلط و٥٤١ أهلى) ويظهر أن حق الحبس لم يخرج عن كونه تكليفاً^(٤) وعبئاً يتحمل به الدائن، لا غير ذلك. اذ يجب عليه استثمار العقار والمحافظة عليه والصرف عليه ودفع الاموال المطلوبة عليه (المواد ٦٦٧ و٦٧٦ و٦٦٨ و٦٦٧ مدنى مختلط

(١) بالايجى، مقاله السابق ص ٣٠ العامود الاول فى آخره والعامود الثانى فى اوله

(٢) بالايجى ص ٣٠ العامود الثانى فى آخره (٢) بالايجى ص ٣٠ العامود الثانى فى

آخره، والعامود الثالث فى اوله (٤) charge

(تأمينات فهنى — ٩)

٥٤٥٥ و ٥٥٢ أهلى) وعلى ذلك اذا بيع العقار بالمزاد ، سواء بناء على طلب أى دائن آخر ، أو بناء على طلب الدائن المرتهن نفسه ، سقطت هذه التكاليف عن المرتهن وزال حق الحبس واستحال العقار حينئذ الى مجرد مبلغ من المال . ويترب على المزداد نقل الملكية لمن رسا عليه المزداد وتمكينه أيضا من وضع اليد^(١)

٢ — ويعترض على هذا رأى بأن المرتهن لم يكن خصما فى الاجراءآت ، لان المادة ٦٢٩ مرافعات مختلط (ولا مثيل لها بالقانون الاهلى) لم تقل باعلان قائمة شروط المزداد الى المرتهن . ويرد أنصار هذا المبدأ على ذلك الاعتراض بأن جميع الدائنين الممتازين الآخرين غير المقيدين ، وفى مقدمتهم البائع الذى لم يستلم الثمن ، والذى سجل امتيازاه طبقا للمادة ٧١٧ فقرة ٧ مدنى و ٦٠١ أهلى ، لا يمكن اعتبارهم أجانب عن البيع العلى . وفوق ذلك فهل يمكن القول بأنه بصرف النظر عن جواز تسجيل عقد الرهن المقرر بالمادة ٦٧٤ مدنى مختلط و ٥٥٠ أهلى ، لا يجوز قيد هذا الرهن أيضا ؟ يظهر أن المادة ٧٤١ مدنى مختلط و ٦١٤ أهلى تنص بالعكس (وهى المادة القائلة بضرورة قيد الامتيازات المقررة على العقارات خلاف امتياز الضرائب والمصاريف القضائية) وقد جرت العادة فى مجال العمل أن البائع الذى لم يستلم الثمن يسارع الى قيد امتيازاه دون الاكتفاء بتسجيل عقد البيع^(٢)

٣ — ان الدائن المرتهن يعلم ضمنا باجراءآت البيع نظراً لما يحيط به من الاعلانات والغش . وعلى ذلك لا محل لاعلانه

٤ — يقول خصوم هذا رأى بأن المادة ٦٧٥ مدنى تقضى بتطهير العقار من الرهون المتوقعة عليه بمجرد تسجيل حكم مرسى المزداد . وعلى ذلك لا تسرى المادة المذكورة على حالة الرهن ، بل يجب أن يبقى الرهن قائماً برغم رسو المزداد ، ويبقى معه حينئذ حق الحبس . ويرد على ذلك أصحاب هذا رأى بأن المادة ٦٧٥ المذكورة ، ولو

(١) بالاجى من ٣١ المامود الاول فى آخره (٢) بالاجى من ٣١ المامود الثانى فى أوله

أنها لم تذكر الا رهون ، فاتها تسرى مع ذلك على جميع حقوق الامتياز المحمل بها العقار . ويترتب على ذلك أن تسجيل حكم مرسى المزداد يطهر أيضا العقار من حق الامتياز الناشئ عن الرهن ويزول الامتياز حتما بزوال حق الحبس (١)

٤ — يقول أصحاب هذا رأى أنه لما أعوز خصوصهم الدليل فى الطعن على صحة هذا التدليل الاخير ، القائل بأن تسجيل حكم مرسى المزداد يطهر العقار من جميع الامتيازات بما فيها الامتياز الناشئ عن الرهن ، وأنه بزوال الامتياز يزول حق الحبس ، أخذوا يبحثون فى طبيعة حق الحبس ذاته . فقالوا ان حق الحبس حق عينى (المادة ١٩ مدنى مختلط و ٥ أهلى) ويترتب عليه حق استغلال (٢) يشبه حق الانتفاع (٣) وانه من المقرر بأن جميع الحقوق العينية خلاف الرهن ، كحقوق الارتفاق وحق الانتفاع ، تبقى قائمة على العقار حتى بعد بيع العقار بالمزاد (٤) . ويرد أصحاب هذا الرأى بأن حقوق الامتياز هى أيضاً حقوق عينية تشبه فى طبيعتها وكيانها حقوق الرهن الرسمى ، وعلى ذلك يجب أن يزول بتسجيل حكم مرسى المزداد

على أن حق الحبس هو أيضاً ، باعتباره حقاً عينياً ، مثل الحقوق العينية الاخرى كحقوق الامتياز والرهن . ولذا وردت هذه الحقوق جميعها وهى الامتياز والرهن وحق الحبس ، باعتبارها فصيلة واحدة بالفقرة الرابعة من المادة ١٩ مدنى مختلط و ٥ أهلى . وليس من شأن حق الحبس ، ومثله فى ذلك مثل الامتياز والرهن الرسمى ، وبخلاف الحقوق العينية الاخرى ، أن يترتب عليه تجزئة الملكية (٥) . والحقوق العينية التى تترتب عليها تجزئة الملكية هى التى تبقى برغم بيع العقار قضائياً . ويستنتج من ذلك أن حق الحبس الناشئ عن الرهن يجب أن يزول مع زوال حق الاولوية بمجرد

(١) بالاجبى ص ٣١ الم.ود الثانى فى آخره droit de jouissance (٢)

(٣) droit d'usufruit (٤) ٢٠ ابريل ١٩٢٠ ، ٤ ، ٢٠٤ — ١١ مارس ١٩٠٦ ، ٨ ، ١٥٢ ، ١٥ مايو ١٩١٥ ج ، ٥ ، ١٥٩ ، ٥ (٥) ١٠ نوفمبر ٨٧ تعليق بوربلى بك على

تسجيل حكم مرسى المزاد^(١)

٥ — يستند أصحاب هذا الرأي الى المادة ٦٧٨ قرة ٥ من مخطوط ٥٥٤
أهلى فى أن حق الحبس يحتج به على الدائنين الآخرين
وما دام أن الراسى عليه المزاد يعتبر من طبقة الدائنين فلا يحتج عليه حينئذ
بحق الحبس^(٢)

٦ — انه وان كانت المادة ٦٧٥ مرافعات مختلط القائلة بتطوير العقار لم تذكر
الارهنون ، فانه يجب أن يلاحظ أنها قالت مع ذلك بأنه بعد مرسى المزاد تصبح
حقوق « الدائنين » منصبة على الثمن . وفى كلمة « الدائنين » تعميم لهم ويدخل فيها
حما الدائن المرتهن باعتبار أن له حق الاولوية على الثمن^(٣)
هذان هما الرأيان اللذان اختلف فيهما القضاء المختلط والفقهاء المصرى . والذي
نراه برغم وجاهة الادلة التى أدلى بها كل فريق ، انه مما لا يجوز التساهل فيه ، القول
باعتبار الدائن المرتهن حيازيا خصما فى الاجراءآت لمجرد القول بان الاجراءات علنية
ويشهر عنها بالنشر . وعلى ذلك نرى ما دام القانون قد حتم اعلان أصحاب الرهن
الرسمية حتى تكون اجراءآت البيع صحيحة فى مواجهتهم ، فلا يجوز اعتبار هذه
الاجراءآت صحيحة فى وجه من لم يعلن بها اعلانا رسميا . ونرى جواز اعلان المرتهن
حيازيا بتلك الاجراءآت حتى يصح التمسك بها قبله باعتباره صاحب حق على العقار
ولعل أصح حل لحسم هذا الاشكال هو أنه يجب أن يتدخل الشارع نفسه فى
تقرير ضرورة اعلان الدائن المرتهن حيازيا كالدائنين المرتهنين رسميا^(٤) والا تعذر
القول ، ان لم يستحيل ، بجعل اجراءات البيع سارية على الدائن المرتهن الذى لم يكن
خصما فيها مع أنه محتفظ بالشيء المرهون وله عليه حق مقرر

(١) بلاجى ص ٣١ العامود الثالث (٢) بلاجى ص ٣١ العامود الثالث فى آخره

(٣) بلاجى ص ٣٢ العامود الاول فى أوله (٤) كما اقترح ذلك الاستاذ ليون كاسترو :

مقاله السابق ص ٨٢ العامود الاول والثاني

٥٩ - في حق المرتهن في استرداد الرهن : اذا نزع الرهن من يد المرتهن برغم ارادته جاز له استرداده من حازه كالمالك تماما . ويجب عليه في هذه الحالة أن يدفع للحائز ما دفعه هذا الاخير فيما اذا اشتراه من سوق عام أو من تاجر يبيع هذا الصنف (المادة ٨٧ / ١١٦ مدي) (١)

٣ - في حق امتياز المرتهن

على ثمن الرهن

٦٠ و ٦١ - ان للمرتهن حق امتياز (٢) على الرهن . أى له حق الاولوية (٣) وحق تتبع الرهن (٤) (المادة ٥٤٠ مدي) ويلاحظ أن حق الامتياز هذا، الناشء عن التعاقد والمقرر للدائن المرتهن مهما كان نوع دينه ، يختلف عن الامتيازات الاخرى الواردة بالمادة ٦٠١ / ٧٢٧ والتي قررها التانون نفسه دون الاتفاق عليها وأوقفها على طائفة خاصة من الدائنين رأى ضرورة حمايتها لما هم أهل له من العناية وحق الضمان . ونرى أن نفرد لكل من حق الاولوية والحبس كلمة على حدة

٦٢ - من الاولوية : حق الاولوية هذا أوحق الافضالية نتيجة حتمية لحق الامتياز . وهو يقرر للدائن صاحب الامتياز الحق في أن يتقاضى دينه قبل كل دائن آخر (٥) واذا تعدد المرتهنون لمنقول واحد فضل الاسبق في تاريخ الرهن اخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة « الأسبق في الزمن أسبق في الحق » (٦) (المادة ١٢٠٩ مدي الماني) والمفروض هنا ان الشيء المرهون تحت يد واحدة على ذمة جميع الراهنين .

(١) كابتان ص ٧٦٤ (٢) privilège (٣) droit de préférence

(٤) droit de suite (٥) دى هلس ج ج ص ٥٢٤ ن ٨٦

(٦) prior tempore prior jure — وتقرر ذلك بالمانيا على الاخص ضمنا للحسابات

الجارية : راجع تعليقات دى لاجراسرى D. La Grasserie على المادة المذكورة ص ٢٥٢ الهامش ١ ، والترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الماني ج ٢ ص ٨٠٦

والا اذا انفرد به واحد دون الآخرين اختص هو بحق الاولوية دونهم
 واذا تعدد المرتهنون حيازيا مع المرتهنين رسميا في حالة ما اذا كان الشيء
 المرهون عقارا وجب الرجوع في الاولوية الى تاريخ تسجيل الرهن العقاري الحيازي
 والى تاريخ قيد الرهن الرسمي^(١). والاولوية للاسبق منهما . مع مراعاة شرط يد الدائن
 المرتهن حيازيا على العقار المرهون ، ومع مراعاة تسجيل تأجير العقار من المدين الراهن
 للمرتهن (اذا كان التأجير وارداً بعقد الرهن) أو بقيده بهامش تسجيل عقد الرهن
 (اذا حصل التأجير بعقد على حدة) كما أوضحنا ذلك عند ما تكلمنا على قانون ١١
 ديسمبر سنة ١٩٢٣ (انظر أيضا المادة ٥٥١ و ٦١٥)

واذا هلك الشيء المرهون جاز أن يتمشى حق الاولوية على ثمن الشيء المرهون
 أخذاً بنظرية الحلول العيني^(٢) التي قررها القانون بشأن الرهن الرسمي في حالة حصول
 حريق العقار المرهون اذا كان مؤمنا عليه (المادة ٥٦٧ / ٦٩١ دى .) . وقرر القضاء
 المصري الاخذ بنظرية الحلول العيني هذه في حالة ما اذا هلك العقار في ثورة أو اضطراب^(٣)
 أى في حالة الرهن الحيازي

٦٣ - من التبضع : وما دام أن للمرتهن حقا عينيا على الرهن فهو يتمتع أيضا
 بحق التبضع نحوه قبل الدائنين الخائزين له^(٤) . انما يتعطل حق التبضع هذا لدى صاحبه
 اذا احتج عليه الغير بقاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » . وبالنسبة لحق التبضع المقرر
 للمؤجر فانه يجوز لهذا الاخير حق توقيع الحجز التحفظي على المنقولات الضامنة للأيجار
 اذا نقلت من المحلات المؤجرة بدون رضاه ، بشرط أن يقع الحجز في ظرف ثلاثين
 يوما من نقلها (المادة ٦٧٢ / ٧٦٢ مرافعات و ٨١٩ فرنسى)

(١) دى هلس ج ٤ ص ٥٢٨ ن ٩٤ (٢) subrogation réelle

(٣) ٢ يونيو ١٨٨٦ م ر م ، ١١ ، ١٧٠ (٤) قارن المادة ١٢٢٧ مدنى المانى

حيث تقرر بان للمرتهن في هذه الحالة الحقوق المقررة للملكية ، راجع الترجمة الرسمية الفرنسية للقانون

المالى ج ٢ ص ٨١٦

٤ - في حق المرتهن في طلب

بيع الشيء المرهون

٦٤ - من نتائج حق الامتياز المقرر للمرتهن حق طلب بيع الرهن حتى يستولى على دينه . وليس له تملكه عند عدم الوفاء . وفي ذلك تقول المادة ٥٤٣/٦٦٥ مدني ما يأتي : « ولا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكا للدائن عند عدم الوفاء له انما للدائن فقط الحق في طلب بيع المرهون^(١) بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » أي انه يجب على الدائنين عند حلول الأجل أن لا يدعي ملكيته للشيء المرهون حتى ولو حصل التراضي على ذلك بينه وبين مدينه . ويجب عليه أن يعمل ككل دائن عادي آخر في أن يحصل على حكم بالدين ثم يجرى تنفيذه على الرهن بالطرق المقررة قانونا . أي يطلب التنفيذ ويجريه لا باعتباره مرتهنا بل باعتباره دائنا^(٢) أما اذا كان دينه ثابتا بسند رسمي فلا يعمل على الحصول على حكم . انما يجرى تنفيذه كما تقدم ، على شرط أن يكون السند الرسمي خاليا في ذاته عن النزاع فيما يتعلق بتقدير مبلغ الدين ، والا اضطر صاحبه الى ضرورة الالتجاء أولا للقضاء حتى يحصل على حكم فاصل في النزاع القائم بشأن التقدير ، أو بشأن أصل تكوين الدين اذا كان ذلك غير معين تعيينا نهائيا بالعقد

٦٥ - ان الدائن يعمل على الحصول على حكم ثم يجرى اجراءات التنفيذ على الشيء المرهون ككل دائن عادي . وقد خالف في ذلك القانون الفرنسي . اذ قرر هذا الاخير بالمادة ٢٠٧٨ ما يأتي : « لا يجوز للدائن عند عدم دفع الدين أن يتصرف في الشيء المرهون . انما له أن يطلب الى القضاء أن يحتفظ بهذا الشيء لنفسه خاصة في مقابل الدين وبقدر هذا الدين وذلك بعد تقدير العقار بمعرفة خبراء . كما أن له أيضا أن يطلب بيعه بالمزاد العلني . — وكل شرط يتقرر للدائن ويكون له بمقتضاه حق تملك الشيء

(١) provoquer la vente (٢) والمصاريف يلتزم بها المدين : ج ع ٣ ص ٢٤٢

المرهون ، أو التصرف فيه بدون مراعاة الاجراءآت المتقدمة ، يعتبر باطلا . ومن هذا النص يفهم أنه يجب على الدائن أولاً الالتجاء الى القضاء واطلاق خصمه المدين بذلك لاجل طلب بيع الشيء المرهون من طريق المزاد . وهنا تساءل الشارحون الفرنسيون فيما اذا كان الدائن ملزماً في هذه الحالة باتباع اجراءآت الحجز التنفيذي^(١) أم لا . فقال البعض أنه ليس ملزماً بذلك ويجب اعتباره معنى من اتباع هذه الاجراءآت ما دام أن الشيء الضامن لدينه موجود تحت يده . لانه لا فائدة من اكرامه على اتباع اجراءات الحجز التنفيذي ، وهي تلك الاجراءات التي ترمى الى جعل أموال المدين تحت يد القضاء والحيلولة بين المدين وبين التمكن من التصرف فيها . وهناك رأى آخر يقول بضرورة اتباع اجراءات التنفيذ العادية^(٢) . هذا ويجب في جميع الاحوال على المرتهن الالتجاء الى القضاء (الفرنسي) لاجل طلب البيع بالمزاد العلني حتى ولو كان حائزاً لسند مشمول بالصيغة التنفيذية^(٣) لما في تصريح القضاء للبيع من الضمانات للمدين ، لان بيع الرهن لا يعتبر حجراً^(٤)

٦٦ — أما القانون المصري فقد صاغ قاعدته بالمادة ٥٤٣ مدني بما يقطع في أنه يجب على الراهن كما ذكرنا أن يلجأ الى القضاء في طلب الحكم بدينه ثم ينفذ بالطرق العادية المقررة قانوناً دون أى امتياز ما سوى الافضلية أى الاولوية في تقاضي الدين قبل المزاحمين من الدائنين الآخرين

٦٧ — هذا ويجوز للدائن في المزاد العلني أن يزيد في الثمن فيرسو عليه المزاد . وله أن يقرر بالزيادة بعد رسو المزاد^(٥) . ولا يعتبر ممنوعاً قانوناً من ذلك لانه لا يعتبر وكيلاً في هذه الحالة عن المدين حتى تحظر عليه هذه الحقوق (المادة ٢٥٨ / ٣٢٥ مدني

(١) saisie-exécution (٢) جرائمولان ص ٤٥ ن ١٦٧

(٣) titre exécutoire (٤) دي لوان ج ١ ن ١٣٢ في التأمينات . — بلانيول

ن ٢٤٤٨ — وفي تسليم الرهن للمدين في مقابل دينه نوع من أنواع الوفاء بالمدين وهو ما يسمى بالوفاء بمقابل dation en paiement : كابتان ص ٧٦٥ (٥) surenchérir

و ١٥٩٦ فرنسى) (١)

٦٨ — ولا يجوز الاتفاق بين العاقدين على شرط الاباحة للدائن بالتصرف في الرهن عند حلول الوفاء ودون مراعاة الاجراءات المقررة لطلب البيع من القضاء (٢) واذا وقع هذا الشرط اعتبر باطلا . ويمكن استفاضة هذا الحظر من مضمون المادة ٥٤٣ مدنى و ٧٨ تجارى (٣) وذلك يرجع الى أن القوانين الخاصة بطرق التنفيذ انما هي خاصة بالنظام العام . ومتى كانت كذلك فلا يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفها . نعم وان كانت المادة ٥٤٣ مدنى لم تنقل العبارة الواردة بالمادة ٢٠٧٨ فرنسى القائلة « وكل شرط يتقرر للدائن بمقتضاه حق تملك الشيء المرهون ، أو التصرف فيه بدون مراعاة الاجراءات المتقدمة ، يعتبر باطلا » الا أنه يجب الاخذ بها بقانوننا المصرى (٤) ولكن يرى القضاء المصرى مع ذلك الاخذ بصحة هذا الشرط (٥)

٦٩ — واذا حل أجل الوفاء بقيمة السند المرهون تحت يد الدائن فلا يجوز له تحصيل قيمته اذا حل أجله قبل حلول أجل الوفاء بدينه هو ، كما لا يجوز للمدين الراهن تحصيل قيمته الا اذا حصل الاتفاق على خلاف ذلك . وذلك لان المرتهن ممنوع من التصرف في الرهن . ولان الراهن وقد سلم الرهن للمرتهن فقد حرم من حق التصرف فيه أيضاً . ولما لم ينص القانون على طريقة لحل هذا الاشكال فان خير حل له هو

(١) أنظر المادة ١٢٣٩ المانى اذ أباحت للمرتهن والراهن حق المزايدة ، على شرط أن يدفع هذا الاخير الثمن في الحال وقت المزايدة — انظر تعليق دى لاجبرى ص ٢٥٦ الهلهش ١
(٢) وهذا ما يسمى *prohibition de la voie parée* ومعنى *paré* أى *detournée* أو *évitée* (٣) ٢٦ ديسمبر ١٩٨٠ ، ١١ ، ٨٣ (٤) جرائدولان ص ٤٩ ن ١٧٠
(٥) ١٦ فبراير ١٩٣٠ ، ٥ ، ١٢٣ اذ قضى بصحة الشرط المأخوذ على المدين بعد انعقاد عقد الرهن بالتجوز للدائن ببيع الشيء المرهون عند حلول الاجل وعدم الوفاء ، دون التقيد بمراعاة الاجراءات المقررة قانونا للبيع بواسطة القضاء — قارن أيضاً ٢٦ ابريل ١٩٧٧ م ر م ، ٢٠ ، ٣١٩ — بوربلى بك تعليقا على المادة ٦٦٥ مدنى محتاط ن ١ . — ٢٠ يونيو سنة ٣١٨ ، ١ ، ٨٩

أن الوفاء بقيمة السند المرهون يحصل بناء على رضا الراهن والمرتهن وتودع هذه القيمة بمحل يحصل الاتفاق عليه^(١) على أنه مع ذلك يجوز للدائن حق تحصيل قيمة السند المرهون اذا كان السند تجارياً وقابلاً للتداول بين أيدي الافراد^(٢) (المادة ٧٦ / ٨٢ تجارى و ٩١ فرنسى)^(٣)

٧٠ — أما القانون الالماني فقد قرر (المادة ١٢٨١ مدنى) بأنه لا يجوز الوفاء بقيمة السند المرهون الا للمرتهن والراهن معاً^(٤) وأجاز لكل منهما حق طلب تسليم المبلغ لشخص حارس ، على ذمتهم الاثنين معاً^(٥)

٧١ — وقد تأثر القانون التجارى بالاعتبارات التجارية الخاصة بضرورة انجاز الاعمال التجارية وعدم تعطيل معاملات التجار . فاختزل هو الآخر الاجراءات القانونية المقررة فى القانون المدنى (المادة ٧٨ / ٨٤ تجارى) وقرر ما يأتى :

١ — عند عدم الوفاء بالدين يقوم الدائن بانذار مدينه انذاراً رسمياً على يد محضر^(٦) بالوفاء

(٢) وبعد مرور ثلاثة أيام على الانذار يقدم عريضة للقاضى الامور الوقتية للحصول منه على اذن يبيع الاشياء المرهونة بالمزاد بعضاً أو كلاً وفاء لدينه^(٧) وليس من الضرورى اعلان المدين باذن القاضى بالبيع^(٨) ويحصل البيع بواسطة سمسار يعينه القاضى . ويجوز للقاضى أن ينتدب جمعية سمسرة الاوراق ذات القيمة المالية لتعين بمقرقها السمسار الذى يتولى البيع^(٩)

(١) كابتان ص ٧٦٧ (٢) effet négociable (٣) ٢٦ ابريل ١٩٣٠ ، ٥٥ ، ١٨٨ — ٣١ ديسمبر ١٩٠٠ ، ٣ ، ٩٤ — ١٨ يناير ١٩٠٥ ، ١٧ ، ٨٢
(٤) conjointement (٥) راجع الترجمة الرسمية الفرنسية للقانون الالماني طبعة سنة ١٩٢٣ ص ٢٨٦ — وراجع ترجمة دى لاجبرى ص ٢٦٣ والهامش ١
(٦) sommation (٧) فيما يتناق باختصاص قاضى الامور المستعجلة أنظر ٢٧ مايو ١٩٠٨ ، ٢٠ ، ٢٥٦ — ١٨ مارس ١٩١٨ ، ٢٠ ، ١٢٩ — ٣٠ مارس ١٩١٠ ، ٢٢٤ ، ٢٢ — ٦ ابريل ١٩١٠ ، ٢٢ ، ٢٤٠ (٨) ٢٥ فبراير ١٩٠٣ ، ١٥ ، ١٦١
(٩) ٦ يناير ١٩٠٨ ، ٢٠ ، ٥٣

٧٢ — ويختلف القانون الفرنسي عن القانون المصري في هذا الشأن في أنه اختزل الاجراءات أكثر من القانون المصري. وذلك أنه لم ير محالاً لأن يلزم المرتهن بضرورة الحصول على إذن من القاضى بالبيع. بل أجاز له اخبار المدين مجرد اخبار^(١) والانتظار مدة ثمانية أيام ثم أباح له بعد ذلك مباشرة القيام بالبيع بالمزاد العلنى. أى أن التنفيذ يحصل دون الحاجة الى الحصول على سند قابل للتنفيذ (المادة ٩٣ تجارى فرنسى)

٧٣ - في شرط تملك الرهن^(٢) وقضى القانون بعدم صحة هذا الشرط (المادة ٥٤٣/٦٦٥ مدنى ٢٠٧٨ فقرة ٢ فرنسى) لأن مثل هذا الشرط يستحيل في الواقع الى اباحة الربا وهو محظور. لأن المدين وهو تحت سلطان الحاجة الى المال انما يضطر مكرهاً الى قبول مثل هذا الشرط حتى يغلت من ضائقة نزلت به^(٣) ويبطل شرط تملك الرهن فقط وأما عقد الرهن فيبقى قائماً. وهذا على خلاف ما كان يقضى به القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم اذ كان يسرى بطلان الشرط على عقد الرهن نفسه فيبطل معه أيضاً^(٤) وعلى ذلك يجب على المرتهن رد المرهون لمالكه. ولكن يجوز له مع ذلك مطالبة مدينه بالدين^(٥)

ولا بد لبطلان شرط تملك الرهن أن يكون هذا الشرط قد عمل في وقت انعقاد الرهن حتى يمكن القول بتأثر الراهن من ضغط المرتهن عليه. أما اذا عمل شرط تملك الرهن بعد انعقاد عقد الرهن سواء كان ذلك بعد حلول أجل الوفاء بالدين أو قبله صح الشرط واعتبر الاتفاق عليه صحيحاً مشروعاً^(٦) اذ لا يمكن القول في هذه الحالة بأن

(١) simple signification (٢) pacte comissoire

(٣) قارن ٢٢ نوفمبر ١٨٨٠، ١٠٦٠٦ - ٦، ٣٣٤ - استئناف أول مايو ١٩٠٦ م
 ر ٨٠١ عدد ٤ - استئناف م ٤ فبراير ١٩٠٨، ٢١، ٣١ - وانظر ١٦ ديسمبر ١٩٠٣
 ١٦، ٧١ فيما يتعلق بالتفرقة بين شرط تملك الرهن والشرط القاضى بفسخ عقد البيع حتماً ومن
 تلقاء نفسه في مصاحبة البائع الذى احتفظ بحق الحبس (٤) جرائمولان ص ٤٧ ن ١٦٧
 الهايش ٤ (٥) بونيه في التأمينات (٦) د ١٩٠٧، ١، ٧٩ - س ١١١، ٥٢٢، ١، ٤

الرهن قد تعاقد على هذا الشرط وهو تحت سلطان تأثير الحاجة الصارخة لانه كان في استطاعته أن يرفض التعاقد على هذا الشرط مع المرتهن^(١)

ولكن القضاء المصري لم يشأ أن يأخذ بهذا المذهب وقضى بعكس ما قضى به القضاء الفرنسي^(٢) وحجته في ذلك أن المادة الفرنسية ٢٠٧٨ مدينى تقول « كل شرط يبيح للدائن حق تملك الرهن . . . يعتبر باطلا » وأن المادة المصرية ٥٤٣ مدينى تقول « ولا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يكون مملوكا للدائن » وأنه يفهم من مقارنة عبارتى المادتين أن الشارع المصري أراد أن لا يأخذ بهذه التفرفة التى قال بها القضاء الفرنسي بين الشرط الوارد بعقد الرهن ، والبيع الحاصل بعد انعقاد عقد الرهن^(٣)

هذا وقد رأينا من نص المادة ٢٠٧٨ فرنسي أن الشارع الفرنسي أباح للدائن الحق فى أن يطلب الى القضاء تملك الرهن بعد تقديره بمعرفة خبراء فى مقابل دينه وبقدر قيمة هذا الدين . ولم يرد بالقانون المصري نص يحكى هذا النص ولذا لا نستطيع الاخذ به هنا

ولكن اذا كان الشيء المرهون مبلغاً من النقود^(٤) أى أمانة بصفة كفالة وتأمين^(٥) جاز للدائن أن يتقاضى منها دينه قبيل كل دائن آخر ، وذلك بأن يحتفظ بالمبلغ تحت يده من طريق المقاصة . لان تحويل الكفالة الى مبلغ من النقود قد حصل من تلقاء نفسه . وقد ينذر مثل هذا الرهن بالنقود . بل تجرى العادة على أن يكون الرهن شيئاً غير نقود . وفى هذه الحالة لا يمكننا كما قلنا أن نأخذ بالنص الفرنسي ٢٠٧٨ فيما يتعلق بالتجوز للقضاء بتمايك المرتهن الرهن فى مقابل الدين وبقدر الدين

(١) كابتان ص ٧٦٦ . ويلاحظ ان هذا التعاقد يبطل ان تبين بانه عمل فى الحقيقة وقت انعقاد الرهن ووضع له تاريخ لاحق على تاريخ الرهن تضليلاً بالحقيقة (٢) ١٣ ابريل ١٨٩٠ ، ١١ (٣) ولكن أنظر مع ذلك ٥ يناير ١٩١٦ ، ٢٨ ، ٩٢ ، ج ع ٣ ص ٢٤٢ ن ٢٥٤٣ ، قارن ن ٢٥٤٤ (٤) gage en numéraire (٥) dépôt d'un cautionnement

أما وقد انتهينا من حقوق المرتهن فانا ننظر الآن في واجباته

(١١) في واجبات الدائن المرتهن

٧٤ — يلتزم الدائن بالواجبات الآتية :

(١) يلتزم الدائن بالمحافظة على الرهن كما يلتزم زب الاسرة المعنى بأموره^(١) ويجب عليه على الاخص أن يعمل على ما فيه المحافظة على الرهن^(٢) وأن يقوم بالصرف عليه فيما فيه حفظ كيانه . وتقول المادة ٥٤٤ / ٦٦٦ مدني ما يأتي « الشيء المرهون هو تحت حفظ الخائز له^(٣) فإذا تلف بسبب قهري فتلفه على مالكة » وتقول المادة ٥٥٢ / ٦٧٦ مدني ما يأتي « على الدائن الذي ارتهن العقار أن يقوم بحفظه^(٤) وأن يصرف المصاريف الضرورية اللازمة لصيانته^(٥) مع أداء العوائد المترتبة عليه للحكومة^(٦) انما له أن يستوفي ذلك من ريعه أو يستوفيه بالامتياز من ثمن العقار . — ويجوز له في جميع الاحوال أن يتخلص^(٧) من تحمل تلك الكلف^(٨) بتركه حقه في الرهن^(٩) » (قارن المادة ٢٠٨٦ مدني فرنسي)

(٢) يجب على الدائن المرتهن أن يستغل الشيء المرهون بحيث يستثمره بما أعد له (٣) ويجب عليه أن يدفع الضرائب أو الفوائد المطلوبة للسلطة العامة كالحكومة أو المجالس البلدية أو مجالس المديرية (المادة ٥٥٢ المذكورة) ان كان الرهن خاصا بعقار

(٤) ويجب عليه رد الرهن بعد تمام الوفاء . لان الرهن كله ضامن لكل جزء من أجزاء الدين . وتقول المادة ٥٤٦ « جملة الرهن ضامنة لكل جزء من الدين » ويترتب على ذلك أن حق الراهن في استرداد الرهن لا يستقط الا من وقت الوفاء

(١) كابتان ص ٧٦٦ (٢) entretien (٣) à la surveillance

(٤) pourvoir à l'entretien (٥) dépenses nécessaires a la con-

(٦) impôts (٧) se décharger (٨) obligations (٩) servation

en abandonnant son droit au gage

لان الراهن لا يملك طلب الاسترداد قبل الوفاء

وما دام أن المرتهن لا يلتزم بالواجبات المناسبة حيازته للشيء المرهون^(١) فهو يتحرر من هذه الواجبات حينئذ فيما لو تخلى عن الرهن . وتقول في ذلك المادة ٥٥٢ بققرتها الاخيرة « ويجوز له في جميع الاحوال أن يتخلص^(٢) من تحمل تلك الكلف^(٣) بتركة حقه في الرهن »

٧٥ — ويجب على المدين الراهن أن يدفع للمرتهن المصاريف الآتية :

(١) المصاريف الضرورية^(٤) أو المفيدة^(٥) التي صرفها على الشيء المرهون . أما الاولى فيدفعها المدين الراهن تماما ويرمتها . وأما الثانية فانه يدفعها بالتقدر الذي عاد بالمنفعة على الشيء المرهون أى يدفع بقدر ما زاد في قيمته من جراء المصاريف المفيدة^(٦) (٢) العوائد والاموال المدفوعة . للحكومة . والمرتهن أن يتقاضى ديونه هذه اما من غلة الرهن أو من ثمنه . من طريق الامتياز (المادة ٥٥٢ / ٦٧٦ مدني و ٢٠٨٠ فرنسي) ويرى من ذلك كله أن الرهن عقد ذو طرف واحد أو ذو طرفين غير كامل^(٧) أى أن الالتزامات الناشئة عنه لا تقع الا بعد حصوله وهي الالتزامات التي يتحمل بها الراهن

وإذا قصر الدائن في المحافظة على الرهن التزم بقيمة تصديره واصلاح ما أفسده . وعلى ذلك يصبح المرتهن مسئولاً فيما اذا أهمل تجديد قيد الرهن الرسمي في ظرف المدة القانونية ، وهو الرهن الرسمي الضامن للدين المسلم سنده له ضمانا لدينه هو^(٨) وفوق ذلك فانه يجوز للمدين الراهن في هذه الحالة استرداد الرهن من المرتهن دون أن يكون ملزماً مع ذلك بدفع الدين قبل حلول أجله^(٩)

(١) propter rem (٢) se décharger (٣) obligations

(٤) impenses nécessaires (٥) utiles (٦) plus-value

(٧) contrat synal. imp. (٨) د ، ٩٠٥ ، ٣٣١ ، ٣١ — س ، ٩٠٤ ، ١ ، ٤١٦

(٩) كابتان ص ٦٦٧

(١٢) في اقتضاء حق الرهن

٧٦ — ينقضى الرهن كما ينقضى كل تأمين تابع لدين متبوع أى ينقضى باقتضاء الدين . والرهن غير قابل للتجزئة ككل تأمين (المادة ٢٠٨٣ فرنسى وحكمها عام) والرهن ضامن كله أو أى جزء منه لكل جزء من أجزاء الدين (المادة ٥٤٦ / ٦٦٩ مدنى) فإذا تقاضى الدائن أربعة أخماس دينه مثلاً فلا يلزم بالتخلى عن أربعة أخماس الرهن بل له أن يستبقه كله لديه حتى يستوفى دينه بتمامه (المادة ٥٤٠ مدنى) وإذا دفع الوارث نصيبه فى الدين المحلف عن مورثه فلا يجوز له مطالبة المرتهن بجزء من الرهن يقابل ما دفعه طالما ان الدين لم يدفع برمته (المادة ٢٠٨٣ فرنسى وحكمها عام) وما دام ان المرتهن حق الاحتفاظ بالرهن حتى تمام الوفاء بدينه ، فلا يسقط هذا الدين بالتقادم طالما الرهن بيده ، لان فى بقاء الرهن تحت يده اقراراً من الراهن بالدين ، والاقرار قاطع للمدة

على أن حق الرهن ينقضى اما بترك الدائن حقه فى هذا الضمان أو بارهاقه فى استغلال الرهن ارهاقاً ضاراً به (١) أو بهلاك الشئ .
وقد سبق أن رأينا بان عملية التطهير (٢) المقررة فى الرهن الرسمى لا تسرى فى حالة الرهن العقارى الحيازى (٣) . أى لا يجوز للمشتري للعقار المرهون أن يلجأ الى عملية التطهير حتى يقضى على حق الرهن العقارى ، وهو الحق الذى يترتب عليه للدائن المرتهن حق الحبس والحق العينى فى استغلال العقار (المادة ٥٤٥ مدنى) . وعلى ذلك يرى أن للدائن المرتهن رهناً حيازياً للعقار مركزاً أفضل من مركز الدائن المرتهن رهناً رسمياً . اذ لا يجوز اكراهه على قبض دينه قبل حلول الاجل المتفق عليه (٤)

(١) abus du gage — ١٦ ديسمبر ١٠ ، ٩٧ ، ٤٩ — قارن المادة ٢٠٨٣

فرنسى — كابتان ص ٧٦٦ (٢) purge (٣) ج ع ص ٣ ن ٢٤١ ن ٢٥٣٣

(٤) جراتمولان ص ٥٠ ن ١٨٦

(١٣) في الرهن المفرغ في قالب بيع وفائي

٧٧ — البيع الوفاي والرهن عمليتان قانونيتان متميزتان . ففي حالة الرهن يعتبر المقرض مدينا بالمبايع المقرض . ويجوز اكراهه على الوفاء به عند الاقتضاء . ويلزم المقرض بالفوائد . ويحتفظ بملكيته التامة للرهن الذي قدمه للدائن . وأما في البيع الوفاي^(١) فعلى العكس مما تقدم اذ لا يعتبر البائع بالوفاء مدينا للمشتري ولا يلزم بالفوائد . وكل ما أجراه ان باع العقار للمشتري واحتفظ لنفسه حق استرداد المبيع بالوفاء^(٢) ولكنه ليس ملزماً بطلب الاسترداد

وإذا اختلفت هاتان العمليتان البيع الوفاي والرهن من الوجهة القانونية فانهما يتحدان من الوجهة الاقتصادية . ذلك لان البائع في الوفاء لا يلجأ الى هذا النوع من البيع الا اذا احتاج للمال . فهو كما انه يقترض ثمن الصقمة من المشتري ويبيع له العقار بمثابة ضمان للدين ثم يحتفظ بحق استرداده اذا رد المبالغ الذي أخذه

ولقد شاع في مجال العمل حصول الرهن على شكل بيع وفائي بحيث يفرغ الرهن في قالب بيع وفائي ويستتر هذا الرهن في ذلك البيع^(٣) . ويغلب وقوعه عند ما يراد ستر الربا الفاحش أو الافلات من محذور شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء^(٤)

٧٨ — ويظهر أن الشريعة الاسلامية ترى في بيع الوفاء أنه يستحيل الى رهن . ذلك أن المادة ٤٥٥ من مرشد الحيران تقول « بأنه لا يجوز للمشتري وفاء أن ينتفع بالمبيع الا باذن البائع . . . » أي أن المشتري شراء وفائياً لا يملك حق استغلال العقار الا اذا أذن له البائع . واذا حل أجل رد الثمن من جهة البائع ولم يدفعه هذا الاخير جاز بيع العقار على البائع حتى يقبض المشتري الثمن الذي دفعه (المادة ٤٥٧ من مرشد الحيران) ويظهر أيضاً أن البيع الوفاي هذا المحكوم بالاصول المقررة في الشريعة الاسلامية

(١) vente à réméré (٢) rachat (٣) ويسمى في هذه الحالة contrat
pacte comissoire (٤) contrat pignoratif أو d'impignoration

كان شائعاً قبل انشاء المحاكم بمصر . وكان يستعان به بمثابة رهن دون نقل الحيابة فيه من البائع الى المشتري . وكان الناس يلجأون اليه لعدم دخول الرهن الرسمى بالقوانين المصرية التى لم تكن قد سنت بعد بقوانين مجموعة^(١) وربما لوحظ ذلك أيضاً فى عهد القانون الفرنسى القديم اذ اختلط البيع الوفاؤى أيضاً مع رهن المنقول أو الرهن العقارى^(٢)

٧٩ — ولما وضعت القوانين المصرية على شكل مجموعة مستقلة سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ حافظ الشارع المصرى على تلك العادة التى كانت مألوفة عند الناس قبل انشاء المحاكم . ولذا ميز بين البيع الوفاؤى الصحيح ، أى البيع الحقيقى الناقل للملكية والقابل للفسخ برد الثمن ، وبين البيع الوفاؤى غير الحقيقى الذى يستتر فيه عقد الرهن الحيازى^(٣) ، أى العقد الذى يراد به تقرير ضمان عقارى للمشتري ضمانا لدينه الذى اشتغلت به ذمة البائع . وفى ذلك تقول المادة ٣٣٨ مدنى ما يأتى : « ينقسم بيع الوفاء الى نوعين : الاول — جعل العقار أو الشئ المبيع بيع وفاء رهناً للمشتري لسداد الدين الذى على البائع . الثانى — البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع واعادة الاشياء الى الحالة التى كانت عليها أولاً اذا أحب ذلك » . ثم يقرر الشارع بالمادة ٣٣٦ بأنه « تتبع فى النوع الاول من بيع الوفاء الضوابط المختصة برهن العقار أو المنقول . وفى النوع الثانى من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية » وهى الواردة بالمادة ٤٣٠ وما بعدها

٨٠ — ولما كان الامر قد يختلط فى تمييز البيع الوفاؤى الصحيح عن الرهن المفرغ فى قالب بيع الوفاء ، رأى الشارع المختلط دون الاهلى أن يضع ضوابط خاصة يمكن الاستعانة بها فى التعرف على النوعين وأيهما أراد العاقدان . وقرر بالمادة ٤٢٣

(١) Codes (٢) جرانولان ص ٥١ ن ١٨٨ (٣) contrat pignoratif أو nantissement déguisé

التي لا مثيل لها بالقانون الاهلي ما يأتي : « . . . في حالة الاشتباه (١) يعتبر للبيع في مقام رهن (٢) اذا كان الثمن مدفوعاً فوراً (٣) أو صارت المقاصة فيه بدين سابق أو اشترط رده مع فوائده أو اذا بقي الشيء تحت يد البائع بأى وجه كان » (٤)

ولقد قرر القضاء الاهلي قرائن رأى هو الآخر محلاً للأخذ بها في اعتبار عقد البيع عقد رهن . وهذه القرائن هي عدم خروج العقار من يد البائع وبقائه تحت يده بصفة مستأجر من المشتري المؤجر ، والبخس في ثمن الصفة

على أنه يجب في ذلك كله التعويل على الاكثر على غرض المتعاقدين وما قصدها من العقد فيما اذا قد أرادا فعلاً البيع الوفاي الصحيح أو الرهن المستر في بيع الوفاء بصرف النظر عن عبارة العقد (قارن المادة ١٣٨ / ١٩٩ مدني و ١١٥٦ فرنسي) ويجب ملاحظة أن ما ورد بالمادة ٤٢٣ مدني مختلط لم يرد حتماً على سبيل الحصر بل هو على سبيل التمثيل . وعلى ذلك يجوز أن يعتبر أيضاً من قرائن الرهن المفرغ في قالب بيع الوفاء اعتماد المشتري على اقراض الناس (٥)

وان صحت تسمية القرائن الواردة بالمادة ٤٢٣ مختلط المذكورة بالقرائن القانونية فانها لا تعتبر قرائن قانونية قاطعة بل هي قابلة للدليل العكسي (٦)

٨١ — حكمم الرهن المفرغ في قالب بيع الوفاء : حكمه أن يقع صحيحاً وتتمشى عليه أحكام الرهن (المادة ٣٣٩ / ٤٢٢ مدني)

أما في القانون الفرنسي فقد اختلف القضاء والفقهاء الفرنسيان في صحة هذا الرهن اذ قال القضاء ومعه أغلب الشارحين ببطلانه حتى ولو كان ثابت التاريخ وتقلت فيه الحياة (٧) وحتجهم أنه اذا صح القول بجواز افرغ عقد في قالب آخر والحكم بصحة

présomption . . . d'un nantissement (٢) doute (١)

٣١٤ ، ١٨ ، ٩٠٦ مايو (٤) payé comptant (٣)

١٩٢ ن ٥٢ — جرائم لولان ص ١٥٢ (٥) — ١٠٦ ، ٢٠ ، ٩٠٨ فبراير سنة ١٨٩٠ ، ٢٠ ، ١٨٩٠

(٦) ١١ يونيو ١٨٩٠ ، ٢٠ ، ٣١٧ — ١٩ مارس ١٩٠٣ ، ١٥ ، ٢٠٩ ، وعن القرائن التي

قررها القضاء الفرنسي ، انظر د ، ٢٠٩٢ ، ٣١٠ (٧) بلايول ن ٢٤٢٤ — ٥ ، ٧٩ ، ٤٠١ ، ١٠١

ذلك العقد فلا يكون ذلك الا اذا كانت النتيجة الاصلية والاساسية للعقدين واحدة فيهما . أما والبيع والرهن وهما مختلفان في الغرض والاثر فلا يصح الرهن المفرغ في قالب بيع الوفاء . لان في البيع تنتقل الملكية . وأما في الرهن فلا يتقرر للمرتهن الا مجرد حق الاولوية ^(١) وقال بعض القانونيين الفرنسيين بصحة هذا العقد ، عقد الرهن المفرغ في قالب بيع الوفاء ، اذا كان عقد البيع الظاهري ثابت التاريخ على الاخص وشفيع بنقل الحيازة، أي أنه قد توافرت فيه الشروط المقررة لحماية الغير، وهي الشروط الواردة بالمادة ٢٠٧٤ مدني فرنسي (المقابلة المادة ٥٤٩ / ٦٧٢ مدني) ^(٢) ويستندون الى المبدأ القائل بأن الصورية لا تعتبر في ذاتها وبنفسها سبباً لقباطان . أليست تصح الهبة المفرغة في قالب عقد بيع ؟ (قارن المادة ٤٨ / ٧٠ مدني) وهذا هو الرأي الذي أخذ به الشارع المصري بالرجوع الى الاعتبار التاريخية التي مر ذكرها

ويترتب على اعتبار العقد الوفاي رهناً أنه يخضع للاحكام العامة للرهن من حيث شروط انعقاده ومن حيث آثاره المترتبة عليه . وعلى ذلك :

(١) يجب على الدائن المتقول بانه مشتري أن يتحاسب مع البائع على ثمرة العقار المرهون ^(٣)

(٢) يباع العقار بواسطة القضاء بالطرق العادية المقررة في الرهن في حالة عدم الوفاء . ولا يترك الدائن يملك العقار عند عدم الوفاء في الاجل المضروب، والا اعتبر ذلك تأييداً لشروط تملك الرهن عند عدم الوفاء ^(٤) وهذا محظور كما مر .

(٣) لا بد في الرهن المستتر في بيع الوفاء أن يخرج العقار من يد المدين . ولكن هل يعتبر ذلك شرطاً لازماً لصحة الرهن بالنسبة للعاقدين وبالنسبة للغير ؟ يرى القضاء المختلط ان العقد في هذه الحالة يعتبر بالنسبة للعاقدين وعداً

(٢) انظر تروبلونج Troplong في الرهن

(١) جرانمولان ص ٥٣ ن ١٩٤

(٣) ٣٤ يناير ١٩٠٠ ، ١٢ ، ١٧

ن ٢٨٤ — وجيلوار Guillouard ن ٣٣

(٤) pacte comissoire

بالرهن (١) فهو صحيح من هذه الوجهة (٢) أى انه يجوز للمرتهن بمقاصة الرهن في تسليم العقار المرهون الى هذا الدائن . وأما بالنسبة للغير (٣) فلا يعتبر صحيحاً الا اذا كان مصحوباً بنقل اليد الى المشتري في الشيء المرهون (٤) وهذا وجيه

٨٢ — على أنه قد يلاحظ في مجال التعامل بين الافراد بشأن الرهن

المستتر في عقد البيع الوفايى ان المدين وهو البائع يحتفظ بالعقار تحت يده من طريق استتجاره من المشتري . ولهذا المناسبة قال البعض بأن نقل الحيارة الفعلية من يد البائع الى المشتري ليس ضرورياً في صحة الرهن . وربما استند هذا البعض في تبرير رأيه الى ما قرره الشريعة الاسلامية في هذا الشأن حيث لم تتشدد بشأن نقل الحيارة . اذ أبحاث للدائن الحق في أن يترك الشيء المرهون تحت يد المدين على سبيل الوديعة (المادة ٨٨٨ من مرشد الخيران وتقول : « يجوز للمرتهن ان يعير الرهن للرهن . . . ») ولكن يرد على ذلك أن المادة ٣٣٨ / ٤٢١ مدني قد قررت ما يخالف ذلك لانها نصت بالحالة الاولى منها كما رأينا على تسليم العقار للمشتري (٥) تأمينا لدينه (النص الفرنسى للمادة ٣٣٨ أوضح من النص العربى . ويلاحظ في القانون المختلط ان الشارع بعد ان قرر بالمادة ٤٢٢ صحة الرهن المستتر في العقد الوفايى جاء وقرر بالمادة ٤٢٣ بأنه من قرائن الرهن المفرغ في قلب بيع الوفاء ان يظل الشيء المرهون تحت يد البائع ، أى الرهن ، باعتبار هذا الاخير مستأجراً أو مودعا لديه) ويستند الرأى القائل بصحة الرهن هنا مع عدم شرط نقل الحيارة الى هذه المادة ٤٢٣ مدني مختلط . ويضيفون الى ذلك ان لا ضرر على الغير من بقاء الحيارة تحت يد البائع ، أى الرهن ، ما دام ان العقد مسجل اذ يستطيع الغير معرفة حالة العقار ، فيما

(١) promesse de gage (٢) ١٧ يونيو ٨٦ بوربلي بك تمليقا على المادة ٤٢١

مدني ن ١ — ٦ فبراير ٩٥ ، ٨ ، ١١٤ — ٢٩ نوفمبر ٩٠٠ ، ١٠ ، ١٠٢ وأسباب هذا

الحكم (٣) tiers (٤) ١٨ يناير ٩٨ ، ١٠ ، ١٠٢ — ٢٩ نوفمبر ٩٠٠ ، ١٣ ،

٢٧ — قارن ٣ مارس ٩٨ ، ١٠ ، ١٧١ في حالة البيع الئادى

donner à l'acheteur l'immeuble (٥)

إذا كان المرهون عقاراً . وأما إذا كان منقولاً فإن الغير يستعين بقاعدة « حيازة المنقول سند تمليكه » فيما إذا تعامل مع البائع اذ يعتبر تعامله صحيحاً وناقداً على المرتهن طالما كان المنقول تحت يد البائع ، أى الرهن (١)

٨٣ — والذي يبين لنا من تعارض هذين الرأيين معاً ان رأى الاول منهما هو رأى الاصح . وذلك للاسباب الآتية :

١ — ان القانون نفسه يقرر بالمادة ٣٣٦ / ٤٢٢ بأن عقد الرهن المستتر في عقد بيع الوفاء يصبح خاضعاً للاحكام المقررة للرهن ، دون أن يقرر القانون قواعد استثنائية خاصة بهذه الحالة . ومن أهم خصائص الرهن كما رأينا ضرورة خروج المال المرهون من حيازة الراهن . فإذا لم يخرج وظل تحت يد المدين بطل الرهن بالنسبة للغير وأصبح عقد الرهن بالنسبة للعاقدين عقد وعد بالرهن يجوز فيه للدائن مطالبة المدين بتسليم المال المرهون

٢ — وان كانت الصورية في نفسها كما ذكرنا لا تعتبر سبباً في بطلان العقد المستتر (١) فانه لا يترتب على ذلك حرمان الغير من شرط الضمان المقرر له . أعني أنه اذا كان عقد الرهن قد استتر في عقد البيع بالوفاء واعتبره القانون مع ذلك ومع هذا الاستتار، أى هذه الصورية، عقداً صحيحاً ، فانه لا يترتب على صحة هذه الصورية الحاق الضرر بالغير ورفع الضمانات المقررة له . ومن هذه الضمانات ضرورة خروج الشيء المرهون من حيازة المدين الراهن الى حيازة الدائن المرتهن

٣ — وان كان الشارع المحتلط قد قرر بالمادة ٤٢٣ ما يمكن معه اعتباره من القرائن الدالة على أن عقد بيع الوفاء الظاهر انما يستر وراءه عقداً خفياً للرهن المستور وان من هذه القرائن عدم خروج الشيء المرهون من حيازة الراهن وبقائه تحت يده

(١) أنظر المقال المنشور بمجلة م ت ق المجلد الاول ص ١٦ — ١٦٤ بقلم تحرير المجلة وهو مقال مكتوب باللغة الايطالية تحت عنوان « عقد الغاروقة » (٢) contrat déguisé

لاى سبب من الاسباب ، فان الشارع لم يفعل ذلك الا من طريق التعبير والافصاح عن غرض العاقدين ليس الا ، في أنهما أرادا بالعقد الساتر عقد رهن مستور . ولم يكن غرض الشارع البتة الافتيات على ماقرته المادة ٤٢٢ التى قررت خضوع الرهن المستور بعقد بيع الوفاء الساتر لاحكام الرهن ، أى لم يشأ القول بعدم اشتراط خروج الشيء المرهون من يد الراهن^(١)

٤ — لقد سبق لنا أن قلنا بأن القول بصحة الرهن بلا نقل الحيازة قول بصحة الرهن الرسمي^(٢) فى غير العقار . وعلى هذا الاعتبار يصبح من الجائز القول بصحة الرهن^(٣) اذا كان محله منقولاً واذا عقد بعقد عرفى . وهذا غير جائز الآن كما رأينا

٨٤ — قانونه ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ والرهن المستتر بعقد بيع الوفاء

هال الشارع الحاضر سنة ١٩٢٣ ماشاع أمره من ذبوع عقود الرهن المستتر فى البيوع الوفاية وما كان يلجأ اليه الافراد من الاستعانة بهذا التعاقد الصورى سترًا للفوائد الربوية المحظورة قانوناً وتحقيقاً للشروط المحظور قانوناً وهو شرط عدم جواز تملك الرهن عند عدم الوفاء . وكانت مهمة القضاء فى التفرقة بين البيع الوفاى الصحيح والبيع الوفاى الصورى الذى يستمر وراءه عقد الرهن مهمة دقيقة يصعب معها البت فى بعض الاحايين برغم ما قرره القضاء من القرائن التى كانت تستعين بها وبرغم ماقرته المادة ٤٢٣ مدنى محتاط من تعيين بعض هذه القرائن على سبيل التمثيل كما ذكرنا فى حينه وقد ترتب على ذلك أن قال بعض المفكرين بمصر بضرورة حذف هذه المادة ٣٣٨ مدنى من القوانين المصرية حيث لافائدة منها لانها لم تخرج عن كونها تكراراً للمواد المقررة للرهن الحيازى . وهذا فوق ما أثارته من دقائق الاشكالات العملية وما كانت فيه سبباً فى جعل الافراد يستعينون بها فى تحليل ما حظره القانون من الربا ومن شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء

(١) جرائدولان ص ٥٤ ن ١٩٨ الفقرة الثانية hypothèque (٢)

hypothèque (٣)

ولهذا السبب قد تساءلت اللجنة الخاصة المعنية لدرس السجلات العقارية فيما اذا كان من المناسب محو هذه القاعدة المقررة بالمادة ٣٣٨ المذكورة من مجموعة القوانين المصرية ، أو أن هناك من الاعتبارات ما يدعو الى التنكير في ذلك باعتبار أن عقد بيع الوفاء انما هو عقد قد أقرته جميع الشرائع وعلى الاخص الشريعة الاسلامية (١) وان كان عقد بيع الوفاء يستتور وراءه عقد رهن حقيقي فإن العمل دل أيضاً على أن كثيراً من هذه العقود عقود صحيحة من الوجهة القانونية . وان الناس قد التجأوا اليها حقيقة في قضاء حوائجهم المدنية سواء كان الرهن رهناً منصّباً على منقول أو عقار

هذا وهناك من العقود الكثيرة التي يفرض الناس في الالتجاء اليها والاستعانة بها في ستر ما يحظره القانون ، ما لا يحصى . ومع ذلك لم يفكر الشارع مطلقاً في محو هذه العقود من مجموعة القوانين . لذا رأت اللجنة الخاصة بمشروع السجلات العقارية عدم الاخذ بالرأى القائل بحذف المادة ٣٣٨ القائلة بالبيع الوفاؤى ، ورأت ضرورة ابقاء البيع الوفاؤى بالقوانين المصرية . انما رأت ازاء ذلك وازاء ما أثاره البيع الوفاؤى من وسائل الارهاق في المعاملات بين الناس وما يعانیه العاملون في المجالات القضائية قضاة ومحامين من متاعب التمييز ، أن لا يقرر للتضاء الحق المطلق في الحكم ببطالان كل بيع وفاؤى ، انما يقرر له الحق في بطالان عقد بيع الوفاء ، اذا أريد بالوفاء رهناً لا بيعاً حقيقياً

٨٥ — وهنا تدخل الشارع المصرى وأصدر قانونه المعروف في ١١ ديسمبر

سنة ١٩٢٣ رقم ٤٩ أهلى و ٥٠ مختلط وألغى المادتين ٣٣٨ و ٣٣٩ أهلى والمواد

٤٢١ و ٤٢٢ و ٤٢٣ مختلط . واستعاض عن المادتين الاهليتين بالمادتين الجديدتين

الآتيتين :

(١) راجع المذكرة الايضاحية لقانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ رقم ٤٩ أهلى و ٥٠ مختلط

وهي منشورة بمجلة جازيت الحاكم المختلطة المجلد ١٣ سنة ١٩٢٣ ص ١٣٠ العامود الاول باللغة

الفرنسية . ومنشورة باللغة العربية بكتاب البيع للهلالى بك ص ٥٠٤ — ٥٠٦

المادة ٣٣٨ الجريدة : « حق استرداد البيع (١) أو الشرط الوفاؤى (٢) هو شرط (٣) يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المباعة مقابل دفع المبالغ المنصوص عليها في المادة ٣٤٤ في الميعاد المتفق عليه »

المادة ٣٣٩ الجريدة : إذا كان الشرط الوفاؤى (٤) مقصوداً به اخفاء رهن عقارى (٥) فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له (٦) سواء بصفته بيعاً (٧) أو رهناً (٨) ويعتبر العقد مقصوداً به اخفاء رهن (٩) إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المباعة في حيازة البائع باى صفة من الصفات (١٠) ويجوز بكافة الطرق اثبات عكس ما في العقد (١١) بدون التفات الى نصوصه »

ومن هذين النصين الجديدين يتبين ما يأتى :

١ — ان عقد بيع الوفاء باق على حاله فهو صحيح قانوناً وتمشى عليه أحكامه المقررة له بالقانون والمواد ٣٤٠ — ٣٤٧ مدنى

٢ — اذا دلت ظروف العقد الوفاؤى على أنه رهن فى الحقيقة بطل هذا العقد بالمرّة بطلاناً كلياً واعتبر كأنه لم يكن . وينصب هذا البطلان على العقد باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً . ومن شأن هذا البطلان أن يدعو الناس الى عدم التعامل بالرهن الحيازى المفرغ فى قالب عقد بيع وفاؤى ، لانهم يعرضون عقودهم الى البطلان المطلق . اما يتعاقدون ، اذا شاؤا رهناً حيازياً ، طبقاً للاحكام المقررة للرهن الحيازى . وكأن الشارع أراد بذلك تقرير قاعدة نظامية (١٢) دعا بها الافراد الى هجر ذلك النظام القديم ، وجعل جزاء من خالف بطلان العقد بطلاناً كلياً (١٢)

(١) faculté de rachat (٢) ou de réméré (٣) pacte

(٤) pacte de rachat (٥) dissimule un gage immobilier

(٦) nul et de nul effet (٧) tant comme vente

(٨) que comme nantissement (٩) presumer dissimuler un gage

(١٠) à un titre quelconque (١١) preuve contraire

(١٢) المذكورة الايضاحية السابق ذكرها ص ١٣٠ العامودالتانى فى اوله

٣ — ان الشارع قرر قرائن قانونية قابلة للدليل العكسي حتماً^(١) أراد بها تنبيه القاضى الى الاعتبارات التى يجب عليه فيها أن يعتبر عقد بيع الوفاء رهناً وقرر فى ذلك قرينتين :

١ — اذا اشترط بعقد الوفاء رد الثمن مع الفوائد

ب — اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات . وهاتان القرينتان نقلهما شارع سنة ١٩٢٣ عن الشارع المختلط الذى قررهما مع قرينة ثالثة بالمادة ٤٢٣ مدنى مختلط ستة ١٨٧٥ . وتلك القرينة الثالثة هى اذا دفع الثمن فوراً أو تقاص الثمن مع دين سابق للبائع بذمة المشتري . ورأى الشارع أنه لا محل للأخذ بالقرينة الاخيرة هذه لانها لا تدل فى الواقع على حصول رهن بدل البيع^(٢) . وتقول هنا بأن الشارع الاهلى لم يكن قد وضع سنة ١٨٨٣ مادة تحكى المادة ٤٢٣ مختلط التى عدت القرائن الثلاثة المتقدمة . فجاء عام ١٩٢٣ وقد الشارع المختلط ، بعد أن كان قد ترك أمر تعيين القرائن الى القاضى . ونلاحظ هنا كما لاحظنا ذلك عند شرحنا للمادة ٤٢٣ مدنى مختلط ان هذه القرائن لم ترد على سبيل الحصر بل وردت على سبيل التمثيل وانه يجوز للقاضى ان يقرر قرائن أخرى ويأخذ بها فى اعتبار العقد الوفاى رهناً تبعاً لظروف كل نزاع على حدة^(٣)

أما وقد صدر هذا القانون وعمل به وقرر ما قرر من بطلان عقد الوفاء اذا استتر وراء عقد رهن ومن تعيين بعض القرائن ، فانا نلمح مبلغ ما يحمله من الخطر على المعاملات بين الافراد الذين ينصرفون فى صبغها ببيع الوفاء . لانه ان صح القول بضرورة معالجة ما تفاقم أمره من اعتياد الناس على المحاولة فى مخالفة الشرط القائل بحظر تملك الرهن عند عدم الوفاء^(٤) ، وعلى ستر الربا ، من طريق اتخاذهم صيغة الوفاء ذريعة لتبرير ما حرمه القانون ، فانه يخشى أن تهدد البيوع الوفاية الصحيحة

(١) juristatum (٢) المذكورة الايضاحية السابقة ص ١٣٠ العامود الثانى فى أوله

(٣) انظر البيع للهلالى بك ٥١٥ ن ٧٤٣ (٤) pactd, comissoire

بخطر البطلان اذا شابها بعض القرائن التي ذكرها الشارع . لان ورود هذه القرينة وهي تحف بالعقد مما يجعل القاضى أميل الى اعتبار العقد رهناً من اعتباره بيع وفاء صحيح . ولان فى القول بالقرينة من جانب الشارع لا يكون من السهل فيه قبول تقيضها وعلى الاخص فى عقد رهن يمتهه القانون نظراً لما يعتقد فيه من أنه قد عمل لستر محظورات القانون . ونظن ، والعمل لما يحقق ذلك بعد ، أن الناس سينصرفون فى عقود بيع الوفاء الى أخذ الحيطة فيها بحيث لا يجعلون محلاً لتسرب الشك اليها من جانب القرائن القانونية التى عددها الشارع ، سواء أرادوا بالعقد عقد بيع وفاء صحيح حقيقة ، أو أرادوا به رهناً . وبذا يفلتون من حكم القانون الجديد . والطريق فى ذلك أن يتحاشوا ذكر الفوائد بالعقد وأن يجعلوا الحيازة بيد المشتري

٨٦ — ومما نرى أنه لا يخلو الحال عن الصور الآتية :

اما أن العاقدين أرادا فعلاً بيع الوفاء حقيقة . واما أن يكونا قد أرادا الرهن حقيقة . وفى هذه الحالة الاخيرة اما أن يفرغا الرهن فى قالب بيع الوفاء ، واما أن يجعلاه عقد رهن عادى

٨٧ — الصورة الاولى : أن يكون العاقدان قد أرادا فعلاً بيع الوفاء حقيقة

وفى هذه الحالة نرى أنه يجب على العاقدين أن لا يذكر كراً بالعقد ، بحسن نية طبعاً ، ما يمكن أن يحتمل معه القول بوجود قرائن ، قانونية أو قضائية ، تقضى ببطلانه باعتبار أنه يستر رهناً . فاذا باع البائع وفائياً بيعاً حقيقياً واستبقى العقار مع ذلك تحت يده بأى صفة من الصفات ، والصفة الغالبة هى الايجار ، تعرض العقد ، وهو صحيح ، الى خطر ابطاله ابطالاً كلياً . نعم ولو أن قرينة بقاء الحيازة فى يد البائع قرينة تقبل الدليل العكسى ، انما الخطر محقق بالعقد اذا تعذر على المشتري اثبات هذا الدليل ، اذ يعتبر موقفه مدعى عليه وموقف البائع مدعياً . وربما قد لا يتردد البائع فى تحيين هذه الفرصة للقضاء على العقد وابطاله فيما اذا زادت قيمته بعد العقد

لذا نرى أن الخطر محقق ولا شك بالبيع الوفاءية الصحيحة فيما اذا استبقى البائع

العقار تحت يده بأى صفة . ولأجل أن يفلت من مغبة الخطر المحتمل فما عليه الا أن يسلم المبيع الى المشتري ، ويمتنع عن استئجاره أو أخذه منه بأى صفة . ألا يرى أن فى ذلك تضييقاً على المعاملات بما يعطل رواج الاشياء والتعامل فيها ؟ ويعمل المشتري أيضاً فى أن لا يذكر بالعقد رد فوائد المبلغ . لانه ان ذكره فقد عرض عقده أيضاً لخطر القرينة القانونية ويصبح فى حاجة الى درئها من طريق اثبات عكسها وهى قائمة ضده . بل يجب عليه أن يسكت عن الفوائد ويجعلها فى مقابل استغلاله للمبيع المسلم اليه . لأن فوائد المبلغ لا تدفع للمشتري نظراً لما استفاده من استغلال المبيع^(١)

٨٨ — الصورة الثانية : أن يكون العاقدان قد أرادا الرهن حقيقة . ولهذا الصورة شكلان : اما أن يكون العقد مفرغاً فى قالب عقد رهن عادى ، واما أن يكون مفرغاً فى قالب عقد بيع وفاء

الشكل الاول : أن يكون الرهن مفرغاً فى قالب عقد رهن : فى هذه الحالة يصح عقد الرهن حتماً لانه عقد أجازته القانون بالمواد ٥٤٠ — ٥٥٢ مدنى . لان هذه المواد لم تلغ بالقانون الجديد . ويستحيل أن تلغ لانها تقرر الاحكام العامة للرهن الحيازي المنقول والعقارى . وعقد الرهن هذا عقد لازم للضرورات الحيوية . ويجب أن يلاحظ هنا بأن الشارع قرر بقانونه الجديد (قانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣) الاخذ بما سبق للدوائر المجتمعة المختلطة ان قررته بضرورة نقل الحيازة الى الدائن المرتهن «وفى حالة الرهن العقارى يجوز للدائن المرتهن أن يؤجر العقار المرهون للمدين بشرط أن يكون الايجار منصوصاً عليه فى عقد الرهن أو مؤشراً به فى هامش تسجيل الرهن وذلك فى حالة الايجار بعد الرهن » (المادة ٢ من القانون الجديد المذكور) وقد سبق أن بينا ذلك فى مكانه

الشكل الثانى : أن يكون الرهن مفرغاً فى قالب بيع وفألى : وهنا تدخل

(١) جرائم ولان فى العقود من ٧٩ ن ٢١٥ — مع ملاحظة ضرورة ان تكون الفوائد القانونية . مساوية لقيمة استغلال العقار ، والا اعتبر الاتفاق منصباً على الربا ، وهو محظوراً قانوناً

الشارع وضرب ضربته القاضية على العقد واعتبره باطلاً بطلاناً كلياً لا أثر له . أى لا يعتبر بأن هناك لا عقد بيع وفأى ولا عقد رهن . اذ يزول العقد فى ذاته من علم الوجود القانونى ولا يترتب عليه أى التزام ما يتعلق ببيع الوفاء أو الرهن هذا العقد الباطل بطلاناً كلياً يكون صحيحاً فيما لو أفرغ فى قالب عقد رهن . لان الشارع يعتبره فى هذه الحالة وهو باطل عقداً قد عمل لستر ما حظره القانون من الفوائد الربوية ومن شرط عدم تملك الرهن عند عدم الوفاء^(١) ونرى هنا أن الشارع لا يقبل اقامة الدليل على أن العقد لم يستر محظورات القانون ، وانه عقد رهن صحيح . أى نرى ان الشارع أراد فى اعتباره عقد الرهن هذا المفرغ فى قالب بيع وفاء عقداً باطلاً ، وأراد أن يقرر قرينة قانونية قاطعة لا تقبل الدليل العكسى^(٢) . وعلى ذلك لا يجوز للعاقدين اقامة الدليل على أنهما أرادا رهناً حقيقياً صحيحاً ، وان كل ما فعلاه أن أفرغاه فى قالب عقد بيع وفأى . لان القرينة القانونية القاطعة تحول دون ذلك . اذ كان يجب عليهما أن يلجأ لعقد الرهن العادى ، ولا يفرغاه فى قالب بيع الوفاء . ولكن اذا أفرغاه فى قالب بيع الوفاء وجب اعتباره باطلاً بطلاناً كلياً لا مفر منه واذا بطل العقد وزالت معه آثاره الخاصة بالبيع الوفاى والرهن وجب حينئذ عودة الطرفين الى ما كانا عليه قبل العقد ، ووجب على البائع رد الثمن ، أخذاً بقاعدة عدم جواز الاثراء بلا سبب . ووجب على المشتري رد المبيع لوجوده تحت يده بلا سبب

ولعلنا نشعر هنا أيضاً بما يحيط شكل البيع الوفاى الصحيح من الخطر الذى يحدق به فى مجال الممايلات . ونظن أن الناس عند ما يقفون على مبلغ خطورته وتهديده للبيوع الوفاية الصحيحة ، فانهم سيحجمون عن التعامل به . ولعل ذلك كان السبب الذى دعا أهل القول بحذف صورة البيع الوفاى من صور التعاقد القانونية حذفاً باتاً ، حتى يزول بذلك ما يترتب على بقاءه ، والخاوف تساوره من كل جانب ، من

مخاطر العمل به وتعريضه للبطلان الكلى لمجرد الظنون والشكوك أحنأً بنظرية القرائن القانونية التي قال بها الشارع الاهلي والمختلط معاً بالقانون الجديد المذكور . والزمن كفيل ببيان نفع هذا القانون أو ضرره

في الغاروقة

٨٩ — سبق أن رأينا الغاروقة الفرنسية بنظرية الاموال . ورأينا ان القضاء الفرنسى استعان بالغاروقة الفرنسية الى اعادة العمل بنظام الرهن الحيازى العقارى (١) وربما كان هذا السبب هو الذى حدا بالشارع المصرى الى الاخذ بنظام الرهن العقارى الحيازى دون الاخذ بالغاروقة الفرنسية . على أن الشارع المصرى قد أدمج الرهن العقارى الحيازى بالغاروقة الفرنسية وقرر فى ذلك للدائن المرتهن الحقوق والواجبات المقررة للدائن فى الغاروقة الفرنسية والواردة بالمادة ٢٠٨٥ فرنسى . يدل على ذلك ان المادة ٦٦٨/٥٤٥ الخاصة بتقرير حق استغلال الرهن للدائن (٢) قد نقلت ذلك تقريباً عن المادة ٢٠٨١ فرنسى التي قررت حق الاستغلال هذا للدائن فى الغاروقة الفرنسية (٣) . ونقل الشارع المصرى بالمادة ٦٧٦/٥٥٢ ما ورد بالمادة ٢٠٨٦ فيما يتعلق بحقوق وواجبات الدائن فى الغاروقة الفرنسية . وجعل هذه المادة ٥٥٢ المذكورة خاصة بالدائن فى الرهن العقارى الحيازى من حيث حقوقه وواجباته

على أنه يجب ملاحظة أن القانون المختلط قرر بالمادة ٧٣٣ مدنى اعتبار الغاروقة (٤) من ضمن الحقوق العينية العقارية الخاضعة للتسجيل . وقد فعل ذلك تقلا عن قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسى . وأما الشارع الاهلى فلم يذكر عبارة الغاروقة هذه (٥) بل استعاض عنها بالرهن العقارى الحيازى عند ما ذكر بالمادة ٦١١ الحقوق العينية العقارية الخاضعة للتسجيل . وربما أراد الشارع المختلط من كلمة الغاروقة (٦) الواردة بمادته ٧٣٣ الرهن الحيازى العقارى الوارد بالمادة ٦١١ مدنى أهلى (٧)

(١) gage immobilier (٢) créancier gagiste (٣) antichrésiste

(٤) antichrèse (٥) antichrèse (٦) antichrèse

(٧) جرائم ولان ص ٦١ ن ٢٢٧

٩٠ — هذا ويلاحظ أيضاً أن كلمة الغاروقة الفرنسية^(١) قد وردت بالمادة ٧ من القانون الاساسى للاراضى المصرية الصادر فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤هـ والخاص بالاراضى الخراجية، بالنسخة الفرنسية (وهى اللأئحة السعيدية الصادرة فى ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) ووردت كلمة «غاروقة» بالنسخة العربية لهذا القانون. وورد أيضاً بالمادة ١٨/٣٧ مدنى كلمة «غاروقة» بالنسخة العربية وكلمة الغاروقة الفرنسية^(٢) بالنسخة الفرنسية^(٣). هذا وربما كانت الغاروقة هذه المصرية تقابل على الوجه الاصح الغاروقة الفرنسية التى كانت معروفة فى عهد القانون الفرنسى القديم، لا هذه الغاروقة الفرنسية التى تطورت فى عهد القضاء الفرنسى الحديث^(٤) وربما يستفاد من عبارة الاحكام المختلطة عند ذكرها لكلمة الغاروقة الفرنسية^(٥) أنها ترمى تارة الى الرهن الحيازى العقارى وتارة الى الغاروقة المصرية^(٦)

٩١ — والغاروقة المصرية هى « عقد به يعطى المدين عقاره للدائن^(٧) ويكون للدائن المذكور الحق فى استغلاله لنفسه والانتفاع به لحين تمام وفاء الدين. — وأصحاب الاطيان الخراجية هم الجائز لهم دون غيرهم عقد مشاركة الغاروقة على أطيانهم. » (المادة ٥٥٣ مدنى أهلى ولا مثيل لها بالقانون المختلط) وقد أشار قانون ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤هـ (الأئحة السعيدية) بالمادة ٧ الى شروط تكوين عقد الغاروقة وتقابل الغاروقة المصرية هذه الغاروقة الفرنسية فى عهد القانون القديم وهى المسماة بالرهن الميت^(٨) أى الرهن الذى يحصل ويستغل فيه الدائن العين المرهونة وتكون الغلة ملكه. وقد سبق أن تكلمنا على ذلك فى مكانه. وتعتبر الغلة ملكاً للمرتهن فى مقابل فوائد المبلغ. وعلى ذلك لا تخصم الغلة من فوائد المبلغ ثم من الدين^(٩)

(١) antichrèse (٢) antichrèse (٣) قارن ٧ ابريل ١٠٠٠ ، ٢٤٤ — ٢٥ مايو ٨٢٠ م ر م ، ١٧٤٠ ، ٧ — ٢٠ يونيو ١٨٩٠ ، ١ ، ٢٤٠
(٤) جرائع ولان ص ٦١ ن ٢٢٨ — و ص ٥٨ ن ٢١٥ * (٥) antichrèse
(٦) garouka (٧) fait remise (٨) mortgage
(٩) أنظر بحثاً مستفيضاً للغاروقة المصرية بمجلة م ت ق ، ١ ، ١٦١ ، وهو مكتوب باللغة الإيطالية — وانظر مقالا على الغاروقة لكتابه A. G. Walkman ، جازيت ٤ ص ٥٣ . — ومقالاته Pupikofer جازيت ٨ ص ١٣ وما بعدها .

والغاروقة كانت مقصورة على الاراضى الخراجة وهى الاراضى مملوكة المنفعة للحائز لها ومملوكة الرقبة للحكومة . ولما كان لا يجوز للحائز التصرف فيها فقد منحه القانون حق وضعها تحت يد الدائن لاستغلالها فى مقابل انتفاع المتترض بمبلغ القرض بحيث لا يرد العقار الى مالك المنفعة الا بعد الوفاء بالدين

٩٢ — ويشترط فى الغاروقة أن تكون الارض تحت يد الدائن (١) ويجب اخبار المديرية بحصول الغاروقة (المادة ٧ من اللائحة السعيدية الصادرة فى ٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) وعقب ذلك تكلف الارض باسم الدائن المرتهن مع ضرورة الاشارة الى ذكر اسم الراهن . وهذا التكليف بدفاتر التكليف بالمديرية يعتبر بمثابة ائتمار واعلان بنقل يد الحائز صاحب الانتفاع الى يد الدائن صاحب حق الاستغلال . ويظهر أن من شأن نشر القوانين المصرية المختلطة سنة ١٨٧٥ والاهلية سنة ١٨٨٣ ان تتبدل طريقة العلانية والاشهار من التكليف بالمديرية ، الى طريقة التسجيل . وعلى ذلك اذا عمل عقدا غاروقة وسجل دون نقل التكليف بدفاتر التكليف بالمديرية نفذ على الغير . وذلك لان التسجيل قد حل محل التكليف . ولأن المادة ٧ من اللائحة السعيدية قد اعتبرت ملغاة بصدر القوانين المختلطة والاهلية التى قررت طريقة التسجيل اداة للعلانية والاشهار (٢)

والدائن حق الاحتفاظ بالارض وحبسها تحت يده حتى يستوفى دينه (٣) . وحقه

(١) ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ ، ٩ ، ٦٠ — انظر عكس ذلك ، البحث المشار اليه فى الغاروقة : م ت ق ، ١ ، ١٦١ (٢) ١٣ مارس ١٩٠٢ ، ٧٧ ، والتعليق على هذا الحكم . — ١٧ ابريل ١٩٠٢ ، ٢ ، ١٢٦ — ١٣ مايو ١٩٠٢ ، ٢ ، ١٢٦ — ٢٠ ابريل ١٩٢٤ ، ٤ ، ٢٠٤ — قارن ٨ مايو ١٨٩٦ ، ١ ، ١٢١ — ٦ نوفمبر ١٨٩٦ ، ٢ ، ٣ — جرائد ولان ص ٦٢ — ٦٣ ن ٢٣٤ (٣) وربما يؤخذ ذلك من لفظة غاروقة ومدلولها . لان معنى الاستفراق فى اللغة الاستيعاب ويقال فى اللغة اغرق النازع فى القوس أى استوفى مدها . فيتج من ذلك أنه متى قيل ان فلانا اغرق ارضه وفاء لكذا من الدين حتى يستطيع سداده معناه أنه أخذ نهاية ما يمكن من طول الاجل لسداد الدين : محكمة طهطا الجزئية فى ١٥ أغسطس ١٩٠٥ م ر ا ص ١٤٧ عدد ٧١ ، وعلى الاخص ص ١٤٨ بالمواد الاولى

على الارض حق عيني للاستغلال^(١) يستمر في المضي فيه من طريق استغلال الارض والحصول على غلتها في مقابل فوائد المبلغ المقرض . وهو ليس ملزماً بتقديم حساب عنها للمدين ولا خصمها من أصل الدين . وهذا ما يجعل الغاروقة مخالفة للرهن الحيازي العقارى^(٢) ويغلب أن تكون قيمة الفوائد أقل من قيمة العاة وهذا ما يجعل العقد مشوباً بشائبة الفوائد الربوية . وليس للدائن حق بيع الارض ولا حق الاستفادة من الامتياز على ثمنها^(٣) وهذا ما يجعل الغاروقة تحكى الغاروقة الفرنسية في عهدها القديم وتقع الغاروقة فقط في الاراضى الخراجية وذلك نظراً لأن الحائزين لهذه الاراضى لا يملكون حق التصرف فيها ، لانها مملوكة الرقبة للحكومة ، ولا يملكون أيضاً حق رهنها رهناً حيازياً^(٤) وهو الرهن الحيازي الذى يجوز أن يستحيل الى بيع العقار واستيفاء الدائن دينه بالامتياز من ثمنه

٩٣ — الغاروقة بعد قانونه سنة ١٨٩٦ : قرر دكره سنة ٩٦ كما رأينا اعتبار جميع الاراضى بمصر أرض ملك ، وبذا زال أثر الاراضى الخراجية وأصبح الحائز للارض مالكاً لحق المنفعة وحق الرقبة . وبزوال التفرقة بين الاراضى الخراجية وأراضى الملك فقد يصح أن يقال بأن الغاروقة قد زالت هى الاخرى بزوال الاراضى الخراجية^(٥) لانه يجوز الآن لكل مالك الاستعانة بالرهن العقارى الحيازي تضميناً للدائن المقرض . والرهن هذا أضمن للدائن من الغاروقة لانه يضمن له الحصول على دينه ببيع العين المرهونة ويصبح المرتهن ذا امتياز على الثمن . بخلاف الغاروقة فانه لا يملك بيع الارض فيها

٩٤ — الغاروقة والاراضى العشورية أو أراضى الملك : ان كانت الغاروقة مقصورة قبل سنة ٩٦ على الاراضى الخراجية دون الاراضى العشورية أو أراضى

(١) droit réel de jouissance ١٧ ديسمبر ٩٦ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٠

(٢) انظر ٢٥ نوفمبر ٩٠٨ ، ٢١ ، ٢٤ (٣) انظر مع ذلك ٢٧ يناير ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩

١٣٦ . — استئناف مصر ٢٨ نوفمبر ١٩٠٥ م ر ١ ، ٧ رقم ٥١ (٤) nantissement

(٥) عياشى من ٣١٨ ن ١٤٦٧ و ١٤٦٩ — انظر مع ذلك ن ١٤٧٠ . — استئناف ٦

يناير ٩٢٠ م ر ١ ، ٢١ ص ١٠٦ عدد ٦٥ والاحكام الواردة به

المالك فانه يظهر مع ذلك أنه يصح التعاقد بالغاروقة على هذا النوع الاخير من الاراضى، أى تصح الغاروقة فى الاراضى العشورية أو الملك من طريق التعاقد بين الطرفين، بحيث ينصرف العقد فى هذه الحالة فى نتائجها القانونية الى حد معين فقط، وهو التجويز للدائن المقرض حق استغلال الارض وحق نزعها من مالكةا وبقاء يده قائمة عليها حتى تمام الوفاء بدينه، ولا يتعدى العقد فى نتائجها هذا الاثر القانونى، أى أنه لا يجوز الاتفاق فى هذه الحالة على جعل غلة الارض فى مقابل الفوائد، لان هذا الاتفاق لا يصح الا فى حالة الغاروقة المنصبة والمنصبة فقط على الارض الخراجية، وعلى ذلك يجب على الدائن أن يخصم الغلة من قيمة الفوائد وما يبقى يخصم من أصل الدين^(١)

٩٥ — الغاروقة والقانون المختلط : وردت الغاروقة بالقانون الاهلى بالمادة ٥٥٣ ولم يرد لهذه المادة مثيل بالقانون المختلط، ونرى أنه يصح مع ذلك الاخذ بها فى المعاملات المختلطة باعتبارها عقداً جائزاً ما دام لا يتعارض مع النظام العام^(٢)

والغاروقة على كل حال عقد من المشاركات الضارة جداً والتي لا ينبغي استعمالها حتى لو لم تتحقق الاحوال التى جعلتها غير جائزة بابطال صفة موضوعها وهى ككون الاطيان خراجية أى ليست مملوكة فى الرقبة للمنتفعين^(٣)

وقد يشبهه مع الغاروقة المصرية والغاروقة الفرنسية تنازل المدين المؤجر عن قيمة الايجار قبل حلوله الى دائئه . وفى هذه الحالة يتقاضى الدائن قيمة الأيجار مباشرة من المستأجر من مدينه . ويفلت الدائن حينئذ من مضايقات شرط وضع يده على العين المرهونة . وهذا الاسقاط أو التنازل صحيح قانوناً . ولا يسرى على الغير الا اذا كان مسجلاً فيما اذا زادت قيمته عن ايجار مدة ثلاث سنوات (المادة ٦١٣/٧٤٠)

(١) جرانولان ص ٦٤ ن ٢٣٨٨ . — قارن ١٧ ديسمبر ١٩٦٦، ٦٠٩ . — ١٥٢٠٩ .

— ٦٢، ١٥ — ١١٧، ١٩ — ١٧٦، ١٥ — م ر م ١٠، ١ رقم ٥٤

(٢) جرانولان ص ٦٤ ن ٢٣٩ . — ١١ فبراير ١٩٦٤، ٤٠٩ — ٦٠، ٩ — قارن

١٣ ابريل ١٩٥٥، ١٧، ٢٠٧ . — ١١٧، ١٩ . — ١٧٦، ٢٠ (٣) شرح المدنى

لفتنحى زغلول باشا ص ٣٤٦

مدنى المعدلة بقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣) ويصح الاسقاط عن ثلاث سنوات فنازلا ولا يصح فيما زاد الا اذا تسجل (المادة ٦١٦ / ٧٤٣ مدنى المعدلة بقانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣) مع مراعاة شروط التنازل والاسقاط من حيث هو وفيما اذا كان يجوز تحويل الدين أم لا يجوز . اذ التحويل لا يجوز بالقانون الاهلى الا برضاء المدين (المادة ٣٤٩ مدنى) ويجوز بالقانون المختلط مع مراعاة ضرورة اعلان المدين بالتحويل (المادة ٤٣٦ مدنى مختلط)

فى الرهن العقارى غير الحيازى

أو الرهن الرسمى أو الرهن التأمينى

(١) كامة عامة

٩٦ - الرهن العقارى الرسمى تأمين عيى تبعى (أى تابع لعقد أصلى) لا يترتب عليه نزع اليد حالا عن المدين للراهن . ويبيح للدائن المرتهن حق طلب بيع العقار المرهون عند حلول أجل الوفاء وعدم الوفاء فى أى يد حائزة له وحق تقاضى الدين من ثمن العقار بطريق الاولوية عن بقية الدائنين (قارن المادة ٢١١٤ مدنى فرنسى اذ قالت ما يأتى : « الرهن العقارى الرسمى حق عيى مقرر على العقارات المخصصة للوفاء بالنزام . . . ») وعرفه القانون الالمانى بأنه تكليف ينصب على عقار تخصص للوفاء بدين للدائن (المادة ١١١٣ مدنى)

وهو أهم التأمينات العينية وأكثر فائدة من الرهن الحيازى العقارى لانه لا يترتب عليه نزع العقار من يد المدين الذى ربما كان فى حاجة اليه لأى سبب من الاسباب الصناعية والتجارية وغير ذلك . وفى بقاء العقار تحت يد المدين ما يحتمل معه أيضاً أن المدين يستطيع رهنه مرة أخرى فيستفيد من وراء ذلك ما يفوته فى غير هذا الرهن الرسمى . ويتزاحم حينئذ الدائنون على العقار بأولوية البعض على الآخر من طريق الاسبق فيهم بالتاريخ فى القيد

ويستعين به المقرضون لتحقيق أغراض جمة . اما لزيادة رأس المال الثابت من طريق التيام بأعمال اصلاحات عقارية هامة . واما للحصول على مبلغ يستعين به المقرض في ترويج أعماله التجارية أو الصناعية . واما للمضاربة به كما حصل ذلك عامي ١٩٠٧ و ١٩٢٠ . ويلجأ الرهن كبار المالمين^(١) لاستغلال أموالهم من طريق اقراضها على رهن للغير . وهي طريقة للاستغلال مأمونة الجانب لاضرير فيها . ويلجأ اليه أخيراً كافة الناس بوجه عام على سبيل ترويج أعمالهم الحيوية . وربما يلاحظ في هذه الحالة الاخيرة أنه نشأ عن ظهور هذا النوع من الرهن ورواج التعامل به^(٢) تدفق الاموال بين أيدي المتعاملين وتقدير الارض تقديراً نافعاً . وترتب أيضاً على شيوع الرهن معالجة أمر توزيع الاراضي على الناس ونزول سعر الفائدة . ويقع التعامل الرهنى عادة لآجال بعيدة ، وربما كان هذا النوع من الرهن الذي تجر به المصارف المالية في بلد كعصر لم تتم فيه بعد ملكة التعود على الاعمال التجارية والتقلبات في الاسعار ، ربما كان ذلك ذا أثر ظاهر في الحركة الرهنية العامة بمصر وفي أملاك الفلاح والمزارع ، لان في عدم خروج العقار من يد الراهن اغراء له في الانسياب في تيار الرهن ، وعلى الاخص اذا رتب حسابه على أن الارض تعطيه من الغلة قدراً أكبر من أرباح المبلغ المقرض ، فلا يلبث الا ويرى النتائج العملية لحسابه لم تتحقق لديه ، وهنا يخرج العقار المرهون من يده بالبيع الجبرى عليه ، وفي ذلك ما فيه من خسارة كبرى ، خاصة وعامة

٩٧ — الرهن تابع لمتبوع : والرهن عقد تبعي أى تابع لاصل وهو عقد الدين . فاذا لم يوجد الدين فلا يوجد الرهن^(٣) . ويضمن في الغالب ديناً وجد من قبل . ويحصل أن يضمن ديناً سيترتب في الذمة فيما بعد ، كما يقع اذا ضمن فتح حساب لمقرض^(٤) سيحصل فيما بعد على المبالغ المقرضة^(٥) ويجوز أن يضمن الرهن ديناً

(١) capitalistes (٢) crédit hypothécaire (٣) دى هاس ج ٢ ص ٣١٩

ن ١٠ (٤) ouverture de crédit (٥) كتابتان ص ٨٨٢

جديداً في حالة استبدال الديون ، مع أنه كان ضامناً لدين قد انقضى بالاستبدال (المادة ١٢٧٨/٢٥٢/١٨٨ مدني)

وقد يحصل أن يوجد الرهن دون أن يوجد الدين معه وقت وجوده . وقد وقع ذلك عند ما قرر قانون ٩ مسيدور^(١) سنة ٣ الفرنسي الحق لكل مالك لعقارات قابلة للرهن أن يقرر رهناً على نفسه . وهذا الرهن الذي وجد قبل أن يوجد الدين بالذات يثبت بسند رهني^(٢) يستلمه المالك من أمين السجلات^(٣) وللمالك بعد ذلك حق بيع هذا السند الرهني وقبض قيمته من المشتري ، ويكون البيع من طريق التحويل أى التظهير العادي البسيط^(٤) وقد أباح مثل ذلك أيضاً القانون الألماني الحاضر ، وبيننا ذلك عند شرحنا لقانون ٢٦ يونيو سنة ٢٩٢٣ بكتابنا في الاموال وللرهن باعتباره حقاً عينياً ، وككل حق عيني ، حق التمتع وحق الاولوية . ويضمن هذان الحقان للدائن حق بيع العقار على المدين والمشتري منه أو المتعامل معه تعاملًا عينياً عقارياً جبراً عنهم ، وحق قبض دينه قبل كل دائن آخر وبما أن الرهن تابع لدين فيزول بزوال الدين . الا أنه يلاحظ في حالة استبدال الدين بأنه لا مانع من الاتفاق بين المدين والدائن ، في حالة تعديل موضوع الالتزام أو تعديل سببه ، على بقاء التأمينات الاولى ضامنة للدين الجديد (المادة ١٨٩/٢٥٣ مدني)^(٥) وكذلك الحال أيضاً في حالة الاستبدال بتغيير المدين (المادة ١٨٧/٢٥١ مدني)^(٦) وبتغيير الدائن (المادة ١٨٩ المذكورة)^(٧)

٩٨ — الرهن غير قابل للتقسام : والرهن غير قابل للتقسام^(٨) ويظهر أن هذه الخاصية هي ما يريده الدائن المرتهن فعلاً حتى يضمن لنفسه تقاضى دينه

(١) messidor (٢) cédula hypothécaire (٣) conservateur des hypothèques (٤) endossement (٥) الالتزامات لنا ص ٤٤١ ن ٤٤٨ (٦) الالتزامات ص ٤٤٢ ن ٤٤٨ (٧) الالتزامات ص ٤٤٣ . — انظر مع ذلك المادة (٨) indivisible ١٢٧٨ مدني فرنسي وكاتبان ص ٨٨٢

كاملة ، ونفس ما أراده المدين الراهن أيضاً (المادة ٢١١٤ فرنسي قررت عدم قابلية الرهن للتقسمة . — قارن المادة ٥٦٤ / ٦٦٨ مدي) وعلى ذلك يضمن العقار كله أو أى جزء منه الدين كله أو أى جزء من الدين ^(١) فإذا وفى المدين بثلاثة أرباع الدين مثلاً ضمن الرهن مع ذلك الربع الباقي . وليس له طلب تحرير ثلاثة أرباع العقار من تكليف الرهن . وإذا مات المورث التزم كل وارث بجزء من الدين بنسبة ما ورث . ولكن الرهن كله ضامن لكل جزء من أجزاء الدين ^(٢) وإذا كان الرهن مقرراً على عقار وباعه المرتهن قطعاً للتفسير جاز للمرتهن التنفيذ على أى قطعة مبيعة . وكذلك الحال فيما إذا كان الرهن واقعاً على جملة عقارات . وفى ذلك كله يراعى بان الدائن المرتهن لا يلزم بتجزئة حقه فى الرهن ^(٣) ولا يعتبر عدم قابلية الرهن للتجزئة من أركان الرهن ، إذ يجوز الاتفاق على جواز تقسيمه

ولو أن الرهن تابع لديز ، والدين بطبيعته منقول معنوى ، إلا أن الرهن مع ذلك هو دائماً عيني عقارى
ولما كان الرهن تكليفاً عقارياً مما يؤثر على قيمة العقار وجب حينئذ اشتهاره وإذاعته على جماعة المقرضين والمشتريين حتى يتبينوا ما يحف العقار من المخاوف والمخاطر

(٢) فى الرهن من الوجهة التاريخية

٩٩ — نرى أن نأتى هنا بلمحة تاريخية سريعة للرهن بروما وفرنسا . لان الرهن الفرنسى القديم قد تأثر بالانظمة الرومانية . وما دامت الرابطة التشريعية قائمة بين القانونين المصرى والفرنسى فلا بد فى طريق التعرف على كيان الرهن المصرى أن نلم بعض الامام اللازم بمصدره وادوار هذا المصدر

(١) ٢٣ مايو ٩٠٦ ، ١٨٠ ، ٢٨٢ ، ٢٨٧ . — استئناف أهلى ١٥ نوفمبر ٩٠٤ م ر ١ ،

٦ رقم ٣٢ (٢) حكم استئنافى ٢٠ يناير ٩٠٩ ، م ر ١ ، ١٠ رقم ١٠٢

(٣) دى مجلس ج ٢ ص ٣١٩ ن ١١

١٠٠ — الرهن الروماني : كان القانون المدني الصرف الموقوف على جماعة الرومان دون غيرهم لا يعرف من وسائل التأمينات العينية سوى التصرف الصوري^(١) أى بيع المدين عقاره الى الدائن ، والرهن الحيازي^(٢) الذى يشترط فيه نقل الحيازة فقط . ولما جاء البريتور^(٣) ، ويغلب ذلك بعد عصر الجمهورية ، قرر مشاركة الرهن^(٤) بأن أباح للمدين ان يقرر لدائنه ضماناً عينياً دون الحاجة الى ضرورة نقل حيازة الشيء المرهون . وتتعقد مشاركة الرهن الروماني دون الحاجة الى شرط العلانية والاشهار . وكان الرهن ينصب على العقارات والمنقولات . ويجوز أن يكون الرهن عاماً أى يشمل جميع أملاك المدين ، أو خاصاً أى لا ينصب على عقار أو أكثر من طريق التعيين . وأجاز القانون الروماني بعض الرهون الضمنية^(٥) دون ضرورة الاتفاق عليه ، كالرهن الذى كان مقرراً للمرأة المتزوجة على أموال زوجها ، وللقاصر^(٦) على أموال قيمه^(٧) : وللهن الروماني حق التبعية . أى يجوز للدائن حق الجرى وراء المال المرهون وبيعه جبراً على المشتري من المدين وعلى المدين نفسه : وله حق الاولوية فى أن يتقاضى دينه قبل كل دين آخر^(٨)

١٠١ — القانون الفرنسي القديم : كان الرهن مجهولاً بالقانون الفرنسي القديم جداً . وكان الفرنسيون يتعاملون ببيع الوفاء والرهن الحيازي فى العقارات . ولكن لما كان هذا الرهن ينصرف الى نقل الملكية وكان يبيح للدائن التصرف فى العقار ببيعه للغير ، وكان يترتب من وراء ذلك اضرار باليعة بالدين ، هجره الناس واتفقوا على أن لا يكون للدائن المرتهن سوى حق الحيازة وحق الاستغلال . وله ثمرة العقار وايراده خاصة . وتارة يتفقون على عدم خصم الثرات والايراد من أصل الدين ،

aliénation fiducière (١) gage (٢) préteur (٣)

pacte d'hypothèque (٤) hypothèques tacites (٥)

pupille (٦) tuteur (٧) جيران فى القانون الروماني ص ٧٤٩ . —

وهو ما يسمى كما رأينا بالرهن الميت ^(١) ، وأخرى يتفقون على الخضم ، وهو ما يسمى بالرهن الحى ^(٢)

ولقد بدأ الرهن يظهر بفرنسا فى غضون القرن الثالث عشر والرابع عشر تحت تأثير تعاليم القانون الرومانى ، أى الرهن بلا نقل حيازة . وكان يشترط العاقدان بعقد الرهن على أن للدائن حق بيع جميع أملاك مدينه عند عدم الوفاء وقت حلول الاجل . وهذا الشرط هو الذى كان يقابل عند الرومان الحق المقرر للدائن فى أن يبيع على مدينه جبراً عنه جميع أمواله ^(٣) أى أن هذا الشرط هو نفس الرهن التعاقدى عند الرومان ، وكان عاهاً أو خاصاً ، وسمى الرهن بفرنسا فى القرن السادس عشر بالاسم المعروف الآن ^(٤) وفى ذلك الوقت تقرر له حقا التبعية والاولوية سواء كان الرهن عاهاً أو خاصاً وكان يصح الرهن التعاقدى بعقد عرفى كما كان ذلك متبعاً بروما ، ولكن مع الزمن وابتداء من القرن السادس عشر أصبح الرهن لا يعقد الا بعقد حاصل أمام الموثق ^(٥) أى عقد رسمى ^(٦)

وقرر القضاء الفرنسى فى القرن السادس عشر ، بطبيعة الاحكام الصادرة منه ، رهناً عاهاً يتناول جميع أموال المدين . والسبب فى ذلك أنه لم ير معنى للفرقة بين رهن ينعقد بعقد رسمى ، ورهن ينعقد بعقد عرفى يقرر صحته . ومن هنا ظهر الرهن القضائى ^(٧) وقد نقل الشارع المصرى عن هذا الرهن القضائى نظام الاختصاص ^(٨) المعروف الآن بالقوانين المصرية

وقرر القانون الفرنسى القديم الاخذ بالرهون الضمنية المنصبة على أموال الزوج حماية للمرأة المتزوجة ، وعلى أموال القيم حماية للقاصر

(١) mortgage (٢) vifgace (٣) obligatio bonorum وكلمة obligation تفيد أيضاً فى المجالات العملية الرهن hypothèque أو الدين الرهنى créance hypothécaire — انظر جرانولان ص ٦٩ الهامش ١ (٤) hypothèque (٥) acte notarié (٦) acte authentique (٧) hypothèque judiciaire (٨) affectation

وكان الرهن لا يتقرر الا على العقارات . ولم تتأثر القوانين الفرنسية القديمة في هذه الحالة بالمبادئ الرومانية التي كانت قد أباحت الرهن على العقارات وعلى المنقولات أيضاً ، بل على العكس من ذلك كانت متأثرة بالتساعده القائلة بأنه لا يمكن تتبع المنقولات في أيدي الحائزين لها ^(١) والطريقة الوحيدة في استعمال المنقولات أداة للتأمينات في المجالات العملية هي الرهن الحيازى ، بنقل الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن

وإذا انعقد الرهن ظل العقد مخفياً عن الناس مستوراً عن طبقة الغير . وكان كذلك عند الرومان . وقد حوول بفرنسا اشمهاره والاعلان عنه بقانون مارس سنة ١٦٧٣ في عهد كولبير ^(٢) ولكن لم يفلح المشروع

وكان للرهن الفرنسى القديم ايضاً حقا التتبع والاولوية كما كان بروما : وكان العقار يباع قضائياً . وما كان يجوز بيعه من غير طريق القضاء واجراءات القضاء وكان الفرنسيون في عهد قانونهم القديم يعرفون طريقة تطوير العقار ^(٣) في المجالات العملية . ثم جاء قانون سنة ١٧٧٤ ورسم لها قواعد وضوابط عامة بما يحكى ماهو معروف الآن في نظرية التطوير . ومن شأن التطوير أن يبيح للمشتري العقار المرهون العمل على تحريره من الرهن المتوقعة عليه ، وذلك بأن يدفع للدائنين ثمن العقار بعد اخبارهم بنيته واعلانهم بها بالطرق المقررة ، والا فشل قبل الدائنين وفازوا عليه بالحقوق المقررة للرهن

١٠٢ — الرهن في عهد القانون الفرنسى الموضوع سنة ١٨٠٤ : كان للرهن في عهد القانون الفرنسى القديم عيبان ظاهران ، وهما عيب الخفاء ^(٤) وعيب كثرة الرهون العامة . ولقد عولج هذان العيبان بأن قرر قانون ٩ مسيدور سنة ٣ علانية الرهن المقرر للدائن على نفسه ^(٥) كما سبق أن رأينا ذلك . وقرر قانون ١١ برومير ^(٦) سنة ٧ قاعدتى العلانية والتخصيص ، ليكون دعامتين ترتكز عليهما الحركة العقارية

(١) les meubles n'ont pas de suite (٢) Colbert (٣) purge

(٤) occulte (٥) hypothèque sur soi-même (٦) brumaire

العامة . وذلك أنه أباح علانية الرهن واشهاره من طريق قيده^(١) بسجل خاص ، كما انه قرر أيضاً اشهار نقل الملكية من طريق تسجيل العقد^(٢)

وتقرر القيد^(٣) بطريقة عامة وبلا استثناء لجميع أنواع الرهون . وتقرر ان يكون الرهن خاصاً سواء كان بالنسبة للدين أو بالنسبة للعقار . أى أنه يجب أن يثبت بعقد الرهن قيمة الدين بطريقة معينة ، وأن يتبين العقار المرهون تبيناً معيناً مشخصاً للعقار هذا ولما جاء الشارع الفرنسى سنة ١٨٠٤ رأى أن يقر قانون بروير سنة ٧ فيما سبق أن قرره هذا الاخير من قاعدتى العلانية والتخصيص

على أن شارع سنة ٨٠٤ رأى مع ذلك ان يدخل استثناءات لماتين القاعدتين المتقدمتين : ذلك أنه قرر : — (١) عدم اخضاع الرهون العامة للزوجة والقاصر لشرط القيد : — (٢) اعتبار الرهون العامة هذه تمتشى على جميع عقارات الزوج والقيم واعتبر الرهن القضائى عاماً أيضاً — (٣) ولم يقرر شارع سنة ١٨٠٤ العلانية من طريق التسجيل بالنسبة للتصرفات العقارية ، الامر الذى يترتب عليه حتماً أن الدائن لا يعرف فيما اذا كان العقار المرهون له مملوكاً لمدينه الراهن أم لا^(٤) ولقد سبق أن رأينا ان قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ الفرنسى قد عالج هذا النقص ووضع قواعد كان من شأنها حماية طبقات الغير على اختلاف أنواعهم

١٠٣ — الرهن في الشرائع المصرية : سبق لنا أن علمنا أن الشريعة الاسلامية لا تعرف الرهن^(٥) اذ كان الناس يستعينون ببيع الوفاء والرهن الحيازى العقارى للتأمين على ديونهم^(٦) ولكن مع ذلك قد رأينا أن التطور فى المعاملات قد جعل الدائن لا يضع يده على العقار بل يترك الحيازة بيد المدين من طريق تأجير

inscription (١) transcription (٢) inscription (٣)

(٤) جرائمولان ص ٧٠ ن ٢٦٦ ، ٢٦٧ hypothèque (٥)

(٦) قارن ١٤ فبراير ١٨٧٨ م ر م ٣٠ ، ١١٣ — ٢٦ يناير ٨٢ م ر م ، ٧ ، ٧٥

— ٢٣ ديسمبر ٩١ ، م ت ق ، ٤ ، ٥٨

(تأمينات ذهني — ١٤)

العقار اليه . ويظهر أن هذا الاسلوب فى التأمين وهو ما يجعله قريباً من الرهن المعروف الآن ، قد أصبح شائعاً كثيراً برغم دخول الرهن الرسمى فى القوانين المصرية . ولكن ربما سيكون لقانون ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ الخاص بالرهن العقارى الحيازى من الاثر بما يحتمل أن يترتب عليه قلة ذبوع هذا الرهن العقارى الحيازى ، الا اذا نص بال عقد نصاً صريحاً بأنه رهن ولم يفرغ فى قلب بيع الوفاء ، والا أعتبر باطلاً كما رأينا . هذا وقد أخذ الشارع المصرى احكام الرهن من القوانين الفرنسية . ولكن خالفه فى كثير منها . ذلك أنه (١ :) لم يقرر الرهن العامة المحفية . (٢ —) ولم يقرر الرهن التفضيلى ، وهو عام وناشئ عن الاحكام بقوة القانون ، واستبدله بحق الاختصاص (١) ، وهو الاختصاص الذى لا يتوقع على العقار الا باذن خاص من القاضى بعد تعيين العقار تعييناً مشخصاً له . (٣ —) ان كتيبة المحاكم تقوم فى آن واحد بعملية الموثقين وعملية حفظ الرهن (٤ —) ان قيد الرهن لا يضمن فوائد الدين الا بقدر سنتين ، فوق ضمانه طبعاً للمدين الاصلى ، وذلك فيما اذا استحققت فوائد وقت توزيع الثمن . وأما القانون الفرنسى فانه يقرر بأن الرهن يضمن فوائد ثلاث سنين (المادة ٢١٥١) ولكن الشارع المصرى تطور هو الآخر فى تشريعه هنا وقرر بقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ رقم ٢٤ تعديل المادة ٥٦٨ / ٦٩٢ مدنى وجعلها بالوضع الآتى « يترتب على تسجيل الرهن أن يكون المرهون تأميناً على أصل الدين وعلى فوائد سنتين ان كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ الى وقت توزيع ثمن العقار المرهون ، فاذا سجل أحد الدائنين التنبيه انتفع باقى الدائنين بهذا التسجيل » (٥ —) ان الدائنين المرتهنين المقيدى فى يوم واحد يتقاضون ديونهم بالتفاضل بالرجوع الى درجات ترتيب القيد (٥٦٧ / ٦٩١ مدنى) بخلاف القانون الفرنسى فانه يقضى بأن يتزاحموا معاً على ثمن المرهون اذا حصلت قيودهم فى يوم واحد بين الصباح والمساء (المادة ٢١٤٧ فرنسى .) (٦ —) يقضى

القانون المختلط بأن العقار المحجوز عليه يصبح غير قابل للتصرف فيه من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية (المادة ٦٠٨ مرافعات مختلط) لان يوم تسجيل محضر الحجز العقارى الذى يقضى به القانون الفرنسى (المادة ٦٨٦ مرافعات فرنسى)

هذا وقد عنى الشارع فى بعض الاحوال الخاصة بجماعة الدائنين المرتهين وقرر لهم أنواعا من الضمانات تخالف الضمانات المقررة فى القانون بوجه عام . وذلك أنه قرر صحة الرهن فى مصلحتهم حتى ولو تبين بأن الراهن ليس مالكا (المادة ١٠٧ مدنى مختلط ، فيما اذا كان المرتهن حسن النية ، وكان قد سبق ان مضت على يد الراهن خمس سنوات على العقار المرهون) وحتى ولو حكم بالغاء أو فسخ العقد المملك للراهن (المادة ١٧٦ مدنى مختلط)

وقد شرحنا بكتابنا فى الاموال لمناسبة شرحنا لقانون ٢٦ يونيو ١٩٢٣ الخاص بالتسجيل مبلغ عناية الشارع المصرى بدرس القوانين المتعلقة بالحركة العقارية بمصر وتمحيصه لمشروعى توحيد أقلام التسجيل والسجلات العقارية . وان الغرض من صدور قانون ٢٦ يونيو المذكور لم يكن الا تمهيدا لمشروع السجلات العقارية

١٠٤ - فى تطور الحركة العقارية بمصر : يظهر أن الحركة العقارية أخذت تخطو خطاها الاولى فى سبيل الرقى والنمو فى مجالات التعامل عند ظهور المحاكم المختلطة لاول مرة بمصر سنة ١٨٧٦ ، وعند ما قررت القوانين المختلطة ادخال الرهن الرسمى بمصر واشهار نقل الحقوق العينية العقارية عند ما استقرت الاحوال المالية على حالة مطمئنة وزالت عنها ما أصابها من الاضطرابات والتقلبات العديدة

وكان الافراد يفضلون الاقتراض على رهن من بعضهم البعض ، بدلا من ان يقتضوا من المصارف المالية العاهة ، لما كانوا يرتاحون اليه من تقدير عقاراتهم تقديراً سهلاً ، ومن عدم تشدد المقرضين فى درس سندات الملكية ، مع ان الفائدة فى المائة على ما يظهر كانت أكثر مما تقدره المصارف المالية . وفى سنة ١٩٠٣ أخذت

شركات التأمين الانكليزية تقرض الافراد على رهون^(١)

وقد كثرت الشركات التي تتعامل مع الافراد في اقراضهم تقوداً على رهن^(٢) وتقوم هذه الشركات باقراض الافراد على رهن لآجال بعيدة أو قريبة . وتفتح حساباً جاريًا للاقراض على رهون . ويغلب الرهن لهذه الشركات المالية في الاراضى الزراعية . ولا ترغب في ارتهان المباني في المدن لما يشوب التقدير فيها غالباً من الغلو والاعراق وما هي مهددة به على الاخص من تدهور في الاسعار عند ظهور الازمات المالية كما وقع ذلك على الاخص سنة ١٩٠٧ سنة ١٩٢٠

ويدفع المقرضون الديون بأقساط في مواعيد معينة من طريق الاستهلاك^(٣) بأن يضاف على مبلغ الدين مبلغ آخر في مقابل الفوائد . وللمدين حق الوفاء بالدين قبل الأجل . ولما تحسنت الاحوال المالية سنة ١٩٢٠ تحسناً غير عادي، وكان من المقرر من الوجهة العلمية الاقتصادية أن يعتبر الرخاء غير العادي أمانة من امارات الازمة القادمة حتماً ، سارع المدينون الى دفع ديونهم قبل آجالها فوق ما دفعوه مما هو متأخر عليهم ولا تقرض هذه الشركات المالية من رؤوس أموالها بل هي تقترض أموالها من المالىين^(٤) من طريق اصدار سندات عقارية^(٥) قابلة للتبايع بالبورصة ثم تقرض هذه الاموال نفسها للافراد . أى ان هذه الشركات المالية انما تلعب دور الوسيط بين أرباب الاموال والافراد . وعند التبايع بالسندات العقارية يصبح حاملها دائناً حقيقياً مرتهاً والشركة هي المدينة . انما ينصب الرهن في هذه الحالة على جميع أموال الشركة ولا

(١) جرانولان من ٧٢ ن ٢٧٣ (٢) ومنها : Crédit foncier égyptien المؤسسة سنة ١٨٨٠ و The land and Mortgage Cy of Egypt المؤسسة سنة ١٨٨١ و Agricultural Bank of Egypt المؤسسة سنة ١٩٠٢ وهو البنك الزراعى المصرى وله صفة بمصر شبه رسمية و Caisse hypothécaire d'Egypte المؤسسة سنة ١٩٠٣ و The land bank of Egypt المؤسسة سنة ١٩٠٥ و The Mortgage Cy of Egypt — المؤسسة سنة ١٩٠٨ وغير ذلك (٣) amortissement (٤) Capitalistes (٥) émission d'obligations foncières

يتخصص بعقار واحد معين . وما دام انه من السهل بيعها بالبورصة فانه يجوز لحاملها أن يحصل على دينه في الحال بمجرد بيعها . أي يسهل في هذه الحالة تحويل الدين العقاري الى منقول^(١) وهذه الحالة تحكى الرهن على نفس الراهن^(٢) الذي سبق لنا أن تكلمنا عنه في الاموال

وتزايد الديون الرهنية بمصر تزايداً يتناسب حتماً مع زيادة عدد سكان مصر وزيادة مساحة أراضيها الزراعية ورواج الحركة المالية بوجه عام

١٠٥ — الرهن في القانون الألماني : قرر القانون الألماني فيما يتعلق بالرهن

ما يأتي :

(١) السند الرهني^(٣) أي الرهن العادي الذي يجوز التعامل به بين الافراد . —
 (٢) والرهن العادي الضامن للدين بلا سند وهو رهن قابل للتبايع . — (٣) الدين العقاري المصحوب أو غير المصحوب بسند رهني . — (٤) والرهن على نفسه . و بيان ذلك :
أولاً : في الرهن العادي^(٤) : الاصل في الرهن العادي أن يكون مصحوباً بسند رهني^(٥) ويكون الغرض من هذا السند تسهيل التعامل به^(٦) (المادة ١١١٧ مدني ألماني) . واذا أراد الدائن أن يستفيد من هذا الرهن باعتباره حقاً عينياً فانه يعمل وهو مطمئن ، لان قوة الاثبات الكاملة^(٧) المقررة للسجلات العقارية تحول دون أي مطعن فيه (المادة ٨٩٢ مدني ألماني) . هذا ولا يجوز لاحد التمسك ضد من تحول اليه الرهن بأي دفع يتعلق لا بشخص المحيل ولا بالدين نفسه الا اذا ثبت الدفع هذا بالسجلات العقارية (المواد ١١٣٨ و ١١٤٠ مدني ألماني)

هذا ويجوز الاتفاق بين الطرفين على جعل الرهن بلا سند رهني . وهذا يعني

(١) وهو ما يسمى mobilisation du crédit foncier . — جرائم ولا من ٢٧٨٧٤

(٢) hypothèque sur soi-même (٣) cédula hypothécaire

(٤) hypothèque ordinaire (٥) cédula (٦) négociabilité

(٧) force probante

الدائن من الاحتفاظ بالخطاب الرهنى^(١) أى السند الرهنى^(٢)

ثانياً : رهن الضمان^(٣) — لا يبيح رهن الضمان مطلقاً حق اعطاء سند رهنى ، لان هذا الرهن بطبيعته غير قابل للتحويل والتعامل . ويرتبط هذا الرهن بالدين المضمون به . أى يعتبر تابعاً والدين متبوعاً . ويتعرض فيه الدائن لجميع الدفوع التى تعيب الدين حتى ولو كان هذا الدائن حسن النية . ولا يستفيد هذا الرهن من قيده بالسجل العقارى أى دليل اثبات يؤيده فيما يتعلق بوجود الدين ذاته أو فيما يتعلق بمقدار الدين

ثالثاً : الدين العقارى^(٤) : الدين العقارى هو تكليف^(٥) يلتزم به عقار لوفاء بمبلغ معين^(٦) وهذا التكليف العقارى مستقل كل الاستقلال عن الدين . ولا يعتبر تابعاً لدين متبوع . والعقار هو الملمزم وحده . وأما المالك فلا يلزم بأزيد مما التزم به العقار . وبينما نرى أن للدائن المرتهن ، هنا وفرنسا ، زيادة على الرهن ، حقاً شخصياً قبل مدينه ، أى حق مقاضاة مدينه والتنفيذ على جميع أمواله ، فان الدائن^(٧) فى القانون الألماني فى حالة الدين العقارى لا يملك سوى دعوى عينية^(٨) تحكى دعوى الرهن^(٩) . وللدائن فى الدين العقارى حق استلام سند رهنى^(١٠) حتى يجوز التبائع فيه . والدين العقارى متصل كل رهن نفسه بالسند بحيث لا يمكن اكتسابه والاستفادة منه الا مع السند . ويجوز أن يكون السند الرهنى لحامله (المادة ١١٩٩) أو باسم المالك بالذات (المادة ١١٩٦)

(٤) الرهن والدين العقارى على نفسه : قرر القانون الألماني الرهن العقارى

(١) lettre hypothécaire (٢) انظر المادة ١١١٦ مدنى المانى والحاشية ٢
 من ترجمة دى لاجبرى ص ٢٣٢ (٣) hypothèque de garantie (٤) dette foncière
 (٥) charge (٦) المادة ١١٩١ مدنى المانى —
 انظر دى لاجبرى ص ٢٤٨ الهامش ١ (٧) ayant-droit (٨) action réelle
 (٩) action hypothécaire (١٠) bon foncier négociable

على نفسه^(١) والدين العقارى على نفسه^(٢) أى أنه قرر أن يكون للمالك رهناً على عقاره فى الوقت الذى لم يتقرر فيه وجود الدين أو انقضاؤه (المواد ١١٦٢ و ١١٦٤ مدنى المانى) هذا ما يتعلق بالرهن الالمانى . ونعود الآن للرهن المصرى

١٠٦ - فيما يرمى اليه الشارع من التشريع للرهن : يرمى الشارع

بالتشريع فى الرهن الى حماية الممول المقرض . وتنصرف الحماية هذه الى حماية المقرض قبل العقد و بعد العقد . أما قبل العقد فقد نظم الشارع دفتر التسجيل وجعلها بحيث يمكن للمقرض معرفة ما اذا كان المقرض مالكا للعقار المراد رهنه أم لا . وجعل الشارع الرهن معروفاً لدى الكفاة بأن قرر اشهاره من طريق التيد^(٣) وفى هذه الحالة يجوز أيضاً للمقرض معرفة ما اذا كان العقار المراد رهنه قد تحمل من قبل برهون أخرى أم لا ، وما هى مقادير المبالغ الضامن لها العقار المرهون^(٤) وأما بعد العقد فقد سبق لنا أن رأينا أن الشارع يقرر للدائن المرتهن رهناً رسمياً حتى الاولوية على الدائنين المزاحمين بالرجوع الى الاسبقية فى تاريخ التيد . وقرر له أيضاً حق تتبع العقار فى أيدي المشترين له من المدين . وأفسح الشارع الطريق لدى الدائن المرتهن حتى يتمكن هذا الاخير من المضى فى سبيل الحصول على دينه بتحويل العقار الى مال من طريق نزع الملكية ، وهو ذلك الطريق الذى عاب عليه الناقدون يطاء اجراءاته . وقرر الشارع أيضاً للدائن حق الزيادة فى ثمن العقار^(٥) حتى يمكن الوصول الى تقرير ثمن يقرب من الثمن الحقيقى (المادة ٥٨٣ / ٧٠٦ مدنى) وقرر الشارع أيضاً للدائن حق مطالبة المدين بتقديم ضمان تكميلي^(٦) فى حالة هلاك العقار أو تلفه (المادة ٥٦٢ / ٦٨٦ مدنى) وقرر له الحق فى أن يطالب الغير الحائز للعقار برد ثمرات العقار وبحق المطالبة بتعويض فيما اذا تلف العقار تحت يده (المادة ٤٨٧ / ٦١٢ مدنى وما بعدها)

(١) dette foncière sur soi-même (٢) hypothèque sur soi-même

(٣) inscription (٤) جرائم ولان ص ٨٠ ن ٢٩٥

(٥) droit de surenchère (٦) supplément de garantie

ورمى الشارع أيضاً بتقرير أحكام الرهن الى حماية جماعة الغير من طريق تقرير مبدأ اشهار الرهن وعلايته . وقرر لهم حق العمل بمبدأ التطهير^(١) أى تحرير العقار مما هو محمل به من الرهون، وذلك بأن يدفع الحائز للدائنين المرتهنيين الثمن الحقيقي للعقار، لا جميع ديونهم . وأيضاً حق دفع الديون كلها والحلول بعد ذلك محل الدائنين حلولاً قانونياً يقضى به القانون نفسه ، بأن تؤول اليهم الضمانات التي سبق تقريرها للدائنين . وان كان للحائزين حق التطهير بدفع ثمن العقار فقط ، أو دفع الدين كله مع الحلول القانوني ، فان الشارع أباح لهم فوق ذلك أيضاً حق ترك العقار^(٢) حتى يفلتوا من حق التمتع المقرر للدائنين

وإذا كان الشارع قد عنى بحماية الدائن قبل العقد وبعده وبحماية الغير فانه لم يفته البتة الرغبة في حماية المدين أيضاً . اذ قرر أولاً أن يكون عقد الرهن رسمياً أى محرراً أمام موثق حتى ينعم المدين النظر في مغبة ما يعمله . وحظر الشارع رهن العقارات المستقبلية^(٣) وقرر للمدين حق استبقاء يده على العقار واستغلاله ، بخلاف الرهن الحيازي ، وحق التصرف فيه . ولما كان حق الدائن لا ينصب على العقار المرهون الا بقدر الدين فقط ، فانه يجوز حينئذ للمدين حق الاستفادة من رهن العقار مرة ثانية وثالثة على حسب قيمة العقار . وأما الرهن الحيازي فقد تعطل فيه هذه المزية وذلك بسبب جعل المرهون تحت يد الدائن

وانا نرى الآن الاخذ في بيان الاحكام التي قررها الشارع للرهن

(٣) في الرهن القانوني

١٠٧ — قرر الشارع الفرنسي وبعض الشرائع الاخرى الرهن القانوني^(٤) في مصلحة بعض موقوفى الاهلية ، كالزوجات والقصر والمحجور عليهم . أما الشارع

biens à venir (٣)

délaisser (٢)

purge (١)

hypothèque légale (٤)

المصري فانه لم يقرر هذا النوع من الرهن (أنظر المادة ٥٥٧ / ٦٨١ مدني)^(١) —
 ومما يحصل التساؤل فيه بمصر عما اذا كانت القوانين المصرية قد قررت هي الاخرى
 كالقوانين الفرنسية رهناً لجماعة دائني المفلس يتناول جميع أموال مدينهم المفلس
 (أنظر المواد ٢٨٧ / ٢٩٥ و ٣٢٨ / ٣٣٨ تجاري و ٤٩٠ و ٥١٦ فرنسي) وقضى القضاء
 المصري بعدم وجود أثر لهذا الرهن على أموال المدين المفلس^(٢) أما هذا الرهن القانوني
 فانه يخالف خاصيتين من أخص خصائص الرهن العادي وهما تخصيص الرهن وعلايته .
 لان الرهن القانوني يتمشى على جميع أموال المدين بلا تخصيص ولانه غير معلن عنه .
 والرهن القانوني ربما يعتبر على تلك الحال معطلا لرواج المعاملات العقارية بين الناس
 واذا كان الرهن القانوني لم تقل به القوانين المصرية فيل يجوز مع ذلك لمفقودي
 الاهلية من الاجانب حق الانتفاع به على أموال الزوج والقيم الموجودة بمصر فيما اذا
 قررته لهم شرائعهم الخاصة بهم ؟

قال البعض بالاجاب . وحجته أن الرهن القانوني هذا ضمان تبعي مقرر لمفقود
 الاهلية . وما دام كذلك وجب أن يخضع حكم الضمان التبعي هذا الى الاحكام العامة
 المقررة في قانون الاحوال الشخصية التابع لها مفقود الاهلية

✓ وقال البعض الآخر بالسلب أي بعدم الاخذ بهذا الرهن^(٣) وحجة هذا الرأي
 ان الرهن انما هو خاضع للاحكام الخاصة بقانون الاموال الموجودة بالقطر لا بالاحوال
 الشخصية الخاصة بكل أجنبي . ولم تشر القوانين المصرية الى هذا الرهن القانوني
 بقوانين الاحوال الشخصية . ولم يتقرر للمرأة المسلمة رهن قانوني . ولم تقرر الشريعة
 الاسلامية انها مفقودة الاهلية لمجرد زواجها . واذا كان الامر كذلك بشأن المرأة

(١) ٢٦ يناير سنة ١٨٨٢ م ر م ، ٧ ، ٧٥ — والمادة ٢١٢١ مدن فرنسي وما بعدها
 (٢) استئناف م ٢٢ ابريل ٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ٢٤٦ (٣) استئناف م ١٩ يناير
 سنة ١٨٨٢ م ر م ، ٧ ، ٧٥ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ ، ٧١ ، ٨ ، وذلك فيما يتعلق بحق الامتياز
 المقرر بالشريعة الاسلامية لدين النفقة المقررة للمطلة على زوجها

المصرية فكيف يمكن القول بتقرير الرهن القانوني للمرأة الاجنبية؟ على ان القانون المختلط نفسه قرر (المادة ٧٨ مدني) ضرورة حماية الدائنين المرتهنين والمشتريين بحسن نية ضد الدعاوى الخاصة بطلب تقض الرهن والبيع اللذين يكونان قد ترتب عليهما مساس بالجزء من مال المورث الذي لا يجوز له حق التصرف فيه (١) واذا كان القانون المختلط قد راعى حماية حسن النية في هذه الحالة من مرتهن ومشتري فانه كان يجب عليه ضرورة حمايتهما أيضاً في حالة الرهن القانوني فيما اذا نص عليه . واما ولم ينص فلا محل طبعاً لهذه الحماية . هذا واذا أخذ بالرأى الاول أى بجواز صحة الاخذ بالرهن القانوني بمصر لترتب على ذلك حصول اشكالات لا يمكن حلها فيما اذا جاء جملة أشخاص وتمسكوا بالرهن القانوني المقرر بقوانين أحوالهم الشخصية المختلفة وتبين ان هذه القوانين قد قررت امتيازات مختلفة ودرجات مختلفة أيضاً في مراتب الاولوية، اذ يتعذر ان لم يستحل التوفيق بين ما تريده هذه القوانين المختلفة من المسائل المتباينة (٢)

٤ () الرهن القضائي

١٠٨ — سبق للقانون المختلط ان قرر سنة ١٨٧٥ الرهن القضائي (٣) (المواد ٦٨١ و ٦٨٢) ولما كان هذا الرهن عاماً يتمشى على جميع أموال المدين قرر الشارع ابطاله بمرسوم ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ وأحل الاختصاص (٤) محله . ولم يخرج الاختصاص في الحقيقة عن كونه هو الآخر رهنًا قضائيًا ولكنه منصب فقط على عقارات مميّنة

٥ () الرهن التعاقدي

١٠٩ — هو الرهن العادي الذي يحصل بناء على رضا الطرفين . وهو الذي نتكلم عليه الآن ، حتى نلم بأحكامه المختلفة

(١) légitime réserve (٢) جرانمولان ٨٢ ن ٣٠٠

(٣) hypothèque judiciaire (٤) affectation

١ - في شروط الرهن

١١٠ - يشترط في صحة الرهن ما يأتي : (١) أن يكون الراهن أهلاً للتصرف في ماله ، لأن الرهن ضرب من ضروب التصرف الجزئى في العين (المواد ٥٥٧ - ٥٥٨ / ٦٨١ - ٦٨٢ مدنى و ٢١٢٤ فرنسى) . (٢) وان يكون الراهن مالكا . هذا ويصح حصول الرهن من غير المدين . ويشبه هذا الرهن الكفيل ويسمى في الغالب بالكفيل العيني (١) ولا يلزم في هذه الحالة الا بقدر ثمن العقار المرهون (٢)

١١١ - في شرط أهلية التصرف : يجب في الراهن ان يكون أهلاً للتصرف في عقاره . ويرجع في الاهلية الى قانون الاحوال الشخصية الخاص بالراهن . وليس من اللازم على من يكون أهلاً للاتزام ان يكون أهلاً للتصرف (٣) واذا وقع الرهن من مقفود أهلية التصرف وقع باطلاً بطلاناً نسبياً (٤) أى أن يكون الرهن قابلاً للبطلان . ويطلب البطلان أما القيم أو الوصى ، أو المحجور عليه بعد زوال سبب فقد الاهلية (٥) ويجوز تأييد الرهن الباطل بطلاناً نسبياً والعمل على تصحيحه . وفي هذه الحالة يكون للتصحيح أثراً رجعيماً ، على شرط عدم الاضرار بالحقوق المكتسبة على العقار للغير والثابتة بالتسجيل أو التيد حسب الاحوال (٦)

واذا كان الشارع المختلط قد قرر (المادة ٦٠٨ مرافعات) الحجر على المدين من التصرف في عقاره بعد تسجيل تنبيهه نزع الملكية (ونقول بهذه القاعدة أيضاً في القانون الاهلى) فان ذلك لا يتناول الحجر عليه في رهن عقاره (٧) ذلك لانه من المتفق عليه فقهاً وقضاء بأن الحظر في التصرف لا يندمج فيه الحظر في الرهن (٨) نعم وان كانت المادة ٥٥٨ / ٦٨٢ مدنى قد قررت « لا يصح رهن العقار ممن لم يكن

(١) caution réelle (٢) دى هلس ج ٢ ص ٣٢٣ ن ٢٥

(٣) جرانولان ص ٨٣ ن ٣٠٤ (٤) قارن ٧ ابريل ٨١ م م ، ٦ ، ١٤٢ ، فيما

يتعلق باجازة الرهن (٥) دى هلس ج ٢ ص ٣٢٤ ن ٢٧ (٦) دى هلس ج ٢

ص ٣٢٤ ن ٢٨ (٧) ١٦ ابريل ١١ ، ٣ ، ٣١١ (٨) كابتان ص ٩٤٠

أهلاً للتصرف» فان تقريرها هذا منصرف فقط الى ابطال الرهن لان للرهن نتائج ذات خطورة لا تقل عن خطورة التصرف نفسه . وعلى ذلك لا يصح الرهن الا بمراعاة شروط التصرف^(١) أى لا بد من اجازة المجلس الحسبي للرهن الصادر من القيم أو الوصى . (المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥) ولم يكن الغرض من حظر التصرف تقرير الحجر على أهلية المدين . وفوق ذلك فانه يلاحظ في حظر التصرف أنه لو أبيع التصرف لترتب عليه القضاء على الحجر العقارى ، اذ يجب اعادة الحجر العقارى من جديد في كل مرة ينتقل فيها العقار من يد ليد حتى يكون الحجر العقارى في مواجهة المالك الاخير . وأما الرهن الصادر من المدين المحجوز عليه حجراً عقارياً فانه لا يؤثر بشيء ما على الحجر العقارى اذا ما سجل تنبيه نزع الملكية ، اذ العبرة بالاولوية ، وهى هنا ترجع الى أسبقية تاريخ تسجيل التنبيه وقيد الرهن . على أن المسئلة لا زالت خلافية^(٢) وان كان الحجر لا يضر بجماعة الدائنين المقيدة ديونهم ، انما يضر بجماعة الدائنين العاديين . وكان يجب على هؤلاء المسارعة الى أخذ أحكام بديونهم ثم العمل على أخذ اختصاص بمقتضى هذه الاحكام^(٣) ولا خوف على من يرسو عليه المزداد لان من شأن المزداد أن يطهر العقار مما تحمل به من حقوق الرهن ولا يجوز أيضاً للمفلس أن يرهن عقاراته من وقت صدور حكم اشهار الافلاس (المادة ٢٢٤ / ٢١٦ تجارى و ٤٤٣ فرنى)

١١٢ — في شرط ملكية الراهن : يجب في الراهن فوق شرط أهلية التصرف أن يكون مالكا للعقار الذى يرهنه . أو بعبارة أخرى يجب أن يكون مالكا

(١) كابتان ص ٩٣٩ (٢) جارسونيه ج ٤ ص ، ٦٣٢ ن ١٥٣٧ . وفيما يتعلق بعدم جواز الرهن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية انظر جلاسون ج ٢ ص ٢٧٨ . — وانظر بلاحي بشأن القوانين المصرية ص ٢٦ وما بعدها من كتابه في الحجر العقارى — انظر جرانولان ص ٨٣ ن ٣٠٦ . وفيما يتعلق بالرهن الصادر من المفلس انظر المواد ٢٢٨ / ٢٣٦ و ٢٣٠ / ٣٣٨ تجارى — انظر التنفيذ للدكتور عبد الفتاح بك السيد ص ٤٠٠ ن ٥٧٤ . — وانظر كابتان ص ٩٤٠ (٣) كابتان ص ٩٤٠

للحق العيني العقارى الذى يريد رهنه (١) وما الحكم حينئذ فيما اذا تناول الرهن عقاراً غير مملوك للراهن أو عقاراً مستقبلاً؟ هذا ما نراه حالا :

١١٣ - ١ - رهن العقار المملوك للغير : اذا كان بيع ملك الغير باطلا (المادة ٢٦٤ / ٢٣٣ مدنى) فكذلك رهن ملك الغير باطلاً أيضاً (قارن المادة ٥٥٨ مدنى) الا أن الرهن هنا باطل بطلاناً مطلقاً . وعلى ذلك : لا يزول البطلان بتملك الراهن للعقار فيما بعد (٢) ولا باجازه المالك الحقيقى ، الا اذا كانت الاجازة منصرفه الى القيام بعمل رهن ثان جديد وعمل هذا الرهن الجديد بعقد رسمى (٣) ويجوز لكل ذى مصلحة وشأن الطمن ببطلان الرهن ، وعلى الاخص جماعة الغير الذين باع لهم الراهن أو رهن لهم بعد أن أصبح مالكا للعقار . وربما كان هذا الحق فى طلب

- (١) ٢١ نوفمبر سنة ٧٨ ، م ر م ، ٤ ، ١٣ - قارن ٩ ديسمبر سنة ٩٠٣ ، ١٥ ، ٤٥ ، فيها يتعاق بتسليم المدين السنديات المالية التى يملكها لدائنه
- (٢) د ، ١٩١٣ ، ١ ، ومقال دى لوان : De loyne . س ، ٩١٤ ، ١ ، ١٥٠ . كتابتان ص ٩٣٥ . وانظر الحكمين الآتين : د ، ١٩٢ ، ١ ، ٣٢٧ ، س ، ٩٢ ، ١ ، ٢٨٩ . د ، ٩٧ ، ٢ ، ٢٦٩ ، س ، ٩٦ ، ٢ ، ١٢٨ . ويتلخص هذان الحكمان فيما يأتى : زيد وبكر يملكان قطعة أرض اتفقا على شق شارع فيها يجرى بوسطها حتى ترتفع قيمتها . ثم اقتسما الارض وأخذ كل منهما القطعة المجاورة لاحد جانبي الشارع . وباع زيد نصيبه . وجاء المشتري وبني بالارض منزلا واعتدى على جزء من الشارع الذى ظل مشاعا بين الجارين بعد القسمة . ثم رهن المشتري هذا المنزل للبنك العقارى . وجاء بكر ورفع دعوى على المشتري المقتصب لجزء من الشارع طلب فيها هدم الجزء من المنزل الواقع فى الجزء المقتصب من الشارع . ومع ان المحكمة قد تبينت صحة الدعوى الا انها رأت عدم الحكم بالهدم وقررت مد عرض الشارع من ناحية المدعى بقدر ما اغتصبه المشتري . وفى نظير ذلك حكمت على المشتري بتعويض نظير الجزء المقتصب . وقام المحكوم له ببيع الرهن الناشئ قانوناً عن هذا الحكم (وعندنا يعبر يؤخذ اختصاص بدلا من الرهن القضائى الفرنسى) . ولما تأخر المشتري فى دفع دينه للبنك العقارى أجرى هذا الاخير تزاع ملكية البيت ويبيع بالمزاد وفلا بيع بالمزاد وعملت قائمة التوزيع لاجل توزيع الثمن على الدائنين المقيده ديونهم . وورد البنك العقارى بقائمة التوزيع فى أول القائمة . ولما رأى المحكوم له بالتعويض ان هذه الاولوية ضارة به طمن فى القائمة وقرر بأن الرهن المقرر للبنك العقارى رهن باطل فيما يتعاق بالجزء المقتصب ، لانه عند ما تقرر الرهن لم يكن المقتصب وقتئذ مالكا . وقد قبل طعنه :
- انظر كتابتان ص ٩٣٥ الحاشية الاولى - د ، ١٩٢ ، ١ ، ٣٢٧ (٣) دى هلس ج ٢ ص ٣٢٥ ن ٣٠ و ٣١ . - بلانيول ج ٢ ن ٢٧٩٤

بطلان الرهن جائزاً أيضاً لنفس الراهن اذا كان على الاقل حسن النية

قلنا ان رهن ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً . ولكن هناك رأى يقول بالبطلان النسبي أخذاً بالقاعدة المقررة في بيع ملك الغير (المادة ٢٦٤ / ٣٣٣ مدنى) اذ يعتبر البيع قابلاً للبطلان . ويزول البطلان باجازه المالك الحقيقى للبيع^(١) ولكن يظهر أن هذا الرأى لم يجد له أنصاراً . ذلك لان القانون فى حظره رهن المال المستقبلى انما أراد بذلك أيضاً عدم اجازة رهن عقار للغير (المادة ٥٦٣ / ٦٨٧ مدنى و ٢١٢٩ فرنسى) وعدم القول بصحته فيما اذا ملكه الراهن فيما بعد . وعلى ذلك يعتبر أن شرط تملك الراهن للعقار شرطاً أساسياً لعقد الرهن . أى أن رهن ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً ماساً بالنظام العام ، ولان الرهن يصبح وهو على تلك الحال خالياً من محله ، أى أن محل الرهن غير مشروع^(٢)

١١٤ — فى الرهن المعلق على شرط : واذا تعلق حق ملكية الراهن على

شرط توقيفى جاز الرهن اذا تحقق الشرط^(٣) لان الراهن يعتبر مالكا من وقت انعقاد عقد التمليك أخذاً بقاعدة الاثر الرجعى للشرط . وعلى ذلك يجوز للبائع وفائياً، وقد باع على شرط توقيفى أى شرط جواز استرداد العقار بعد رد الثمن الذى قبضه، أن يرهن العقارى فترة الوفاء المحصورة بين وقت البيع ووقت استرداد العقار^(٤) وكما يصح الرهن مع شرط توقيفى فانه يصح أيضاً مع شرط فاسخ^(٥) وعلى ذلك يجوز للمشتري وفائياً أن يرهن العقار. فاذا لم يحصل استرداد العقار بمعرفة البائع صح الرهن واعتبر صحيحاً من وقت حصوله

(١) ٢١ مايو سنة ٨٧ تمليكات بوربلى بك على المادة ٣٣٣ ن ١ (٢) illicite كاتبان ص ٩٣٦ (٣) انظر الفقرة الاولى من المادة ٢١٢٥ مدنى فرنسى المدلة بقانون ٣١ ديسمبر سنة ٩٢٠ (٤) س ، ٨٦ ، ٢ ، ١٣٢ — أنظر موسوعات دالوز تحت عبارة privilèges et hypothèques — أنظر عكس ذلك د ، ٧٣ ، ١ ، ٣٢١ ، د ، ٧٣ ، ٢ ، ١٣٣ ، س ، ٧١ ، ٢ ، ١٩٣ ، ومقال « لاييه Labbé » على هذا الحكم وهو لا يقر فى مقاله هذا الحكم . — جرانولان ص ٨٥ ن ٣١١

(٥) كاتبان ص ٩٣٦ — دى هلس ج ٢ ص ٣٢٦ ن ٣٦ لان الشرط التوقيفى والشرط الفاسخ انما هما صورتان منكمستان لمرض واحد — الالتزامات لناس ٥٦٤ ن ٥٩٢

١١٥ — في الرهن الحاصل بمعرفة المالك الظاهر : قلنا بأن الرهن الحاصل من غير المالك^(١) باطل . ولكن لهذه القاعدة استثناء فيما يتعلق بالرهن الحاصل من الوارث الظاهر^(٢) . ذلك لان القاعدة المقررة قطعاً وقضاء بشأن الوارث الظاهر ان تصرفاته صحيحة في نظر الكافة التي تعتقد فيه أنه هو الوارث الحقيقي للمتوفى . ويشترط في صحة الرهن الصادر من الوارث الظاهر أن يكون المنتفع بالرهن حسن النية . ولقد قرر القضاء الفرنسي صحة الرهن الحاصل من المالك الظاهر^(٣) الذي يملك بمقتضى سبب صحيح أى سند تملكي صحيح قانوناً^(٤) وكل ذلك أخذاً بهذه القاعدة المعروفة في أن الخطأ الشائع يصبح سبباً لتكوين الحق^(٥)

١١٦ — في رهن المالك الشائع : للمالك على الشيوع في عقار حق رهن نصيبه الشائع فقط أو رهن العقار جميعه . وتتعلق صحة الرهن في الحالتين على نتيجة القسمة^(٦) لانه لا يجوز للراهن على الشيوع أن يفتات على حقوق شركائه . فاذا وقع العقار المرهون في نصيب الراهن صح الرهن أخذاً بقاعدة الاثر الرجعي للقسمة، اذ يعتبر الراهن مالكا لا من وقت القسمة (سواء لسبب القسمة او لسبب رسو المزاد عليه ، لانه مع رسو المزاد عليه يعتبر مالكا ايضا من وقت تملكه بالشيوع) بل من وقت تملكه لحقه الشائع . ولا ينفذ الرهن اذا دخل العقار بالقسمة في نصيب أحد الشركاء الآخرين^(٧) ، لان الراهن لا يعتبر انه كان مالكا لهذا العقار^(٨) . على أن

héritier apparent (٢) a non domino (١)

٣٩٢ ، ١٠٩١٠ ، د (٤) propriétaire apparent (٣)

error communis facit jus (٥) : اثر الالتزامات لنا ص ٣٨٩ الهامش ٤ — د ،

١١٠٩٠٨ ، ١١٠٩٠٧ ، ٤٠١ ، مقال Vahl ودفاع النيابة العمومية — د ،

١١٤ ، ١٠٩١٠ — ٣٧٢ ، ١٠٩١٠ ، ٥٤٨ ، ١٠٩٠٩ — سر ٩١٠٠

٢٦٤٨ ، ٢٦٤٥ ج ٣ (٦) كتابتان ص ٩٣٩

ج ٣٤ ص ٢٥١ ن ٢٦٤٤ (٨) كولين وكتابتان ج ٢ ص ٩٣٧ — د ٩٠٧ ،

٣٢٨ ، ١ — دى هلس ج ٢ ص ٣٣٢ ن ٥١ — بلايول ج ٢ ن ٢٧٩٨

الشارع الفرنسي رأى أخيراً انه اذا رهن جميع الشركاء على الشيوع العقار المملوك لهم أصبح الرهن صحيحاً بطريق الاستثناء مهما كانت نتيجة البيع بالميزاد أو القسمة . وفي ذلك قررت المادة ٢١٢٥ مدني فرنسي المعدلة بقانون ٣١ ديسمبر سنة ٩١٠ ما يأتي : « المالكون لحق معلق على شرط توقيفي أو على حق قابل للفسخ ^(١) في بعض الاحوال أو معرض للفسخ في البعض الآخر ^(٢) لا يجوز لهم أن يرهنوا هذا الحق الا بالشروط التي تعلق بها حقهم في الفسخ أو غيره . ويستثنى من ذلك ما اذا كان الرهن حاصلًا من جميع المالكين للعقار الشائع بينهم ، اذ يصح هذا الرهن ويحدث أثره القانوني المترتب عليه مهما كانت النتيجة المستقبلية لبيع العقار بالميزاد العلني أو لنتيجة القسمة » ^(٣)

١١٧ - في الرهن الحاصل من غير المدين - في الكفيل العيني : ليس من اللازم لصحة الرهن أن يكون الراهن هو نفس المدين . بل يحصل أن يكون الراهن هو غير المدين ، ويسمى في هذه الحالة بالكفيل العيني ^(٤) ولا يلزم هذا الكفيل الا بقدر رهن العقار المرهون ^(٥) أي أنه لا يعتبر كفيلاً عادياً . ويعتبر الكفيل العيني كالمشترى لعقار مرهون الا أنهما يختلفان فيما يأتي :

(١) يترتب على اعتبار الكفيل العيني تابعاً لمتبوع أن تنقر له الميزتان الآتيتان

١ - اذا دفع الكفيل العيني الدين للدائن فانه يحل محله هذا قبل الحائزين ^(٦)

للعقارات الاخرى المرهونة . نعم وان كان الحائز للعقار يستفيد هو الآخر من حق الحلول هذا ، الا أنه لا يجوز له التنفيذ على العقار المرهون بمعرفة الكفيل العيني . وهذا هو الرأي الغالب الذي قال به الكل . والعلة في تقريره اعتبارات ترجع للعدالة . اذ المشترى للعقار المرهون اما هو خلف للمدين الاصلي . ولذا لا يجوز أن تنقر له حقوق اكثر من الحقوق المقررة لمملكه . ب - للكفيل العيني حق التمسك بالمادة ٥١٠/٦٢٢ مدني و ٢٠٣٧ فرنسي (القائلة ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما يضعه الدائن من التأمينات)

(١) résoluble (٢) sujet à rescision (٣) كتابتان ص ٩٣٨
(٤) caution réelle (٥) propter rem (٦) détenteurs

إذا لم يستطيع الكفيل ، وقد حل محل الدائن في الرهن والامتيازات ، أن يحصل دينه بسبب الدائن وفعله فيما أضعه بتقصيره من التأمينات الضامنة للدين — (٢) انه في مقابلة امتياز الكفيل العيني عن الحائز عن العقار في الحالة المتقدمة ، فإن للحائز فقط حق التطهير . وأما الكفيل فلا (١)

٢ — في تأثير الرهن ببطلان أو فسخ عقد الرهن

١١٨ — ان الرهن ينصب على عقار مملوك للرهن . فلاصل في بقاء الرهن انما يرجع حينئذ للملكية الرهن . فاذا قضى بزوالها بابطال العقد المملك للرهن (٢) أو بزواله لترتب على ذلك حتماً زوال الرهن أيضاً . لانه لا يجوز للانسان تملك الغير أكثر مما يملك هذا الانسان (المادة ٢١٢٥ فرنسي السابق بيانها) ولكن الشارع المحتلط خالف هذه القاعدة ورأى حماية الدائن المرتهن حماية خاصة ، وذلك أنه بعد أن قرر بالمواد ١٠٢ — ١٠٦ الاحكام العامة الخاصة بالتقدم ، جاء وقرر بالمادة ٧ ما يأتي : « ومع ذلك (٣) يجوز للدائن المرتهن للعقار اذا كان معتقداً صحة الرهن ان يتمسك بوضع اليد الحاصل من الرهن مدة خمس سنوات اذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الرهن » . ويستفاد من هذا النص المحتلط الذي لا مثيل له بالقانون الاهلي ولا بالقانون الفرنسي ، ولا بالقانون الايطالي الذي كان هو الآخر هادياً للشارع المصري ، ما يأتي (٤)

(١) كابتان ص ٩٤٠ — ٩٤١ (٢) annuté

(٣) nonobstant les restrictionsci-dessus

(٤) نلاحظ ان العبارة التي بدأت بها المادة وهي عبارة nonobstant les restrictions ci-dessus قد ترجمت ترجمة ناقصة اذ ترجمت بعبارة « ومع ذلك » وصحتها « وبرغم القيود السابقة ، فانه يجوز . . . » وهذه القيود هي الواردة بالمادة ١٠٦ وهي القائمة بانه لا يجوز للانسان ان يتملك بالتقدم حقاً عينياً بما يتعارض مع الصفة المقررة لهذا الانسان والقائمة بالعقد الذي بمقتضاه حاز العقار . بمعنى انه اذا ظلت يد الحائز النيابي خمس سنوات على عقار وارتهن مرتين هذا العقار بحسن نية صح الرهن : دي هلس ج ٣ ص ٤٥٨ ن ٨٥

١. — يقترض القانون ان الراهن لم يصبح بعد مالكا بالتقادم القصير لأنه كان سيء النية (١)

٢. — ان الشارع أراد بهذا الضمان للدائن المرتهن ان يروج المعاملات بين الافراد من طريق تأمين الدائنين على ديونهم وادخال الطمانينة عليهم فيما اذا قضى فيما بعد بعدم ملكية المدين الراهن ، مع ملاحظة الشروط المقررة للمادة ١٠٧ المذكورة . وربما راعى الشارع المختلط أيضاً ان الملكية في ذلك الحين لم تكن قد استقرت استقراراً بعيداً عن كل اضطراب (٢)

٣. — ان الشارع في تقريره لهذا الضمان تأثر بالاخذ بقاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » المقررة بالمواد ٤٦/٦٨ و ٦٠٧/٧٣٤ مدني وما تقرر بشأنها في ان للدائن المرتهن رهناً منقولاً حيازياً ان يدفع دعوى المالك الحقيقي قبله بدفع القاعدة المتقدمة (٣) ولكنه لم يشأ ان يجعل مجرد الحيازة أمانة على الملكية بل اشترط في الحيازة ان تكون قد ظلت قائمة مدة خمس سنوات

٤. — ان المادة ١٠٧ وردت على سبيل الاستثناء ويجب على ذلك عدم التوسع في بيان معناها ومرماها (٤) . ولكن مع ذلك يجوز ان تتمشى أيضاً على الدائن صاحب الاختصاص (٥) للتشابه الدقيق الحاصل بين الاختصاص والرهن الرسمي هذا التشابه الذي قالت به المادة ٥٩٩/٧٢٥ مدني . وتتمشى كذلك على الدائن المرتهن رهناً عقارياً حيازياً (٦) وفيما عدا حالات الدائنين لا يجوز ان يؤخذ بالمادة المذكورة فلا تسرى حينئذ على المشتري (٧) ان يظل هؤلاء الاخرون محكومين بالقواعد العامة الخاصة بالتقادم .

(١) ٢٨ مارس سنه ٩٠٦ ، ١٨ ، ١٦٨ — ٢ يناير سنة ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٧٣

(٢) جرائعولان ص ٨٦ ن ٣١٦ (٣) جرائعولان ص ٨٧ الهامش ١

(٤) ٥ مايو ٩٨ ، ١٠ ، ٢٦٥ (٥) ٣ مارس ٩٠٣ ، ١٥ ، ١٦٧ و ١٧١ —

جرائعولان ص ٨٧ ن ٣١٨ (٦) ٢ يناير ٩٠٢ ، ١٤ ، ٧٣ — ٢ مارس ٩٠٥ ،

١٧٠ ، ١٧ (٧) ٢٨ أبريل ٩٨ ، ١٠ ، ٢٧٥ — ٧ مايو ٩٠٣ ، ١٥ ، ١٥٠ و فيما

يتعلق بتطبيق المادة ١٠٧ بالنسبة للشركات

١١٩ - في شروط المادة ١٠٧ مدني مختلط : لا بد في الاخذ بالمادة ١٠٧

من توافر الشروط الآتية :

١ . — أن يكون المدين الرهن قد ظل واضحاً يده على العقار مدة خمس سنوات سابقة على وقت انعقاد الرهن ^(١) ووضع اليد هذا أثناء تلك المدة هو الذي جعل الدائن المرتهن يعتقد بأن الرهن مالك بالتقادم الخمسي، أي لوجود سبب صحيح بيده، وحسن نية .

٢ . — ان يكون وضع اليد هذا وضاعاً مفيداً موصلاً للملك بالتقادم . أي لا بد فيه من الشروط اللازمة لصحة وضع اليد للملك بالتقادم ^(٢) فإذا كانت يد الرهن يداً عارضة كأن كان حائزاً باعتباره أرشد العائلة مثلاً أي ان يده يد نيابية عن الغير، فلا تصح هذا اليد ذريعة لوضع اليد للملك بالتقادم . وعلى ذلك لا يصح الرهن في هذه الحالة ^(٣)

٣ . — ان يكون الدائن المرتهن حسن النية . وحسن نيته هنا أوسع بكثير من حسن النية لدى الرهن . لان المادة ١٠٧ المذكورة تقول « اذا أثبت وجود أسباب قوية أوجبت اعتقاده وقت الارتهان ملكية الرهن » أي يكفي ان تكون هناك ظروف وقرائن من شأنها تكوين العقيدة لدى الدائن المرتهن في ان المدين الرهن مالك لما يرهن . ولا يجوز هنا للدائن ان يحتج بحسن النية فيما كان يجب عليه ان يجريه من البحث والتنقيب وراء حقيقة ملكية مدينه ولم يقم به ^(٤) . إنما ينصرف حسن النية بحق الى ما كونه المرتهن في نفسه من عقيدة ملك الرهن للرهن بعد ان قام بكل ما يمكن عمله من الابحاث الدقيقة ثم انتهت به هذه الابحاث الى الاعتقاد بأن الرهن

(١) ٧ فبراير ١٩٤٦، ١٣٣ - ١١٨، ٧ - ٢٧٩، ١١ - ١٣، ٣٢٥

(٢) ١٢ ديسمبر ١٩٢٥، ٢، ٢٢٥ (٣) ٢٢ مايو ١٩٠١، ١٣، ٣٢٥ - ٤

٩٣ - ٣٤١، ٣ - انظر أيضاً ٣١ مارس ١٩٠٩، ٢٥٣، ٩، فيما يتعلق بالملك على الشيوع

(٤) دي هلس ج ٢ س ٣٢٥ ن ٣٢

مالك^(١) أى يعتبر حسن النية إيجابياً لاسلبياً^(٢) وعلى ذلك يجب على الدائن درس مستندات تملك الراهن حتى يتعرف منها ما اذا كان مدينه مالكا أم لا^(٣) فاذا أهمل البحث أو فهم منه عكس ما كان يجب ان يفهمه فليس له ان يستفيد من المادة ١٠٧ المذكورة^(٤) وله ان يستفيد منها اذا تبين له ان عقد الراهن مسجل قبل عقد رافع دعوى الاستحقاق^(٥)

وعلى الدائن المرتهن اقامة الدليل على حسن نيته . أى يجب عليه ان يبين الاسباب المختلفة التى جعلته يعتقد بأن الراهن مالك^(٦)

ويجب فصل حسن نية الدائن عن نية الراهن باعتبار ان كلا منهما مستقل عن الآخر . ويحصل أن يكون الدائن حسن النية ، بينما المدين على عكس ذلك . كما اذا كان المدين موهوباً اليه ورضى بالهبة بعد تواطؤ بينه وبين الواهب اضراراً بدائى هذا الاخير ، اذ يصح الرهن ، مع أن الهبة لا تصح فى ذاتها بالنسبة للراهن^(٧) . ويظل حسن النية قائماً حتى ولو جاء الراهن وأقر بعدم ملكيته للرهن^(٨)

هذا واذا حكم ببطلان عقد ملكية الراهن أو فسخه فان الشارع المختلط قد عمل أيضاً على حماية الدائن المرتهن حسن النية (انظر المواد ٤٦ ، ٤٧ ، ٧٨ ، ١٧٦ ، ١٩٧ ، ٢٤٢ ، ٣٤٠ ، ٤١٣ ، ٤١٧ مدني مختلط)^(٩)

- (١) ٢٣ فبراير ١٩٠٥ ، ١٧ ، ١٣١ . ١٧ — ٢٢٠ ، ١٣ — ٣٢٥ . ١٤ ، ٣ — ٢٠٣ ، ٧ (٢) جرائدولان ص ٨٨ ن ٣٢٢٢ (٣) ٢٢ مايو ١٩٠١ ، ١٣ ، ٣٢٥ — قارن ٥ مايو ١٩٠٨ ، ١٠ ، ٢٦٧ (٤) ٢٧ مارس ١٩٠٧ ، ١٩ ، ١٨٥ — ١٥ ، ١٧١ — قارن ٥ مايو ١٩٠٨ ، ١٠ ، ٢٦٧ فيما يتعلق بالرهن الحاصل أثناء قيام دعوى ضد الراهن (٥) ٣ مارس ١٩٠٣ ، ١٥ ، ١٦٧ (٦) ٣ مارس ١٩٠٣ ، ١٥ ، ١٧١ (٧) ٢٨ مارس ١٩٠٦ ، ١٨ ، ١٦٨ (٨) ٢ يناير ١٩٠٢ ، ١٤ ، ٧٣ فيما يتعلق بالرهن العقارى الحيازى (٩) قارن ٢٦ يناير ١٨٢ م ر م ، ٧٥ ، ٧٥ — انظر الاتراعات لنا وما يتعلق بالمادة ١٠٧ المذكورة واشباهها ص ٢١٧ — ٢١٩ ن ٢٣٢ — ٢٣٣ — دى هلس ج ٢ ص ٣٢٦ — ٣٢٧ ن ٣٤ — ٣٩

١٢٠ — وما هو أثر قانونه التسجيل الجديد على المادة ١٠٧ مدني مختلط

المذكورة؟ هل يستقيم هذا النص الآن مع المادة الاولى من قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ القائلة بضرورة التسجيل حتى تنتقل الملكية؟ رأينا في القاعدة الثالثة على أنه يجب على الدائن المرتهن أن يفحص مستندات مدينه الراهن وأن لا يكتفى بما يظهر له من امارات وضع اليد . بحيث اذا أهمل البحث أو فهم من المستندات عكس ما تدلى به ، فليس له أن يستفيد من نص المادة المذكورة^(١) وعلى ذلك اذا تبين للمرتهن أن عقد الراهن غير مسجل وارتهن منه العقار مع ذلك فانه لا يجوز له التمسك بالمادة ١٠٧ ، لانه لا يعتبر حسن النية ما دام قد ظهر له أن العقد غير ناقل للملكية . وما على المرتهن الا أن يبحث في سجلات التسجيل ليعرف ما اذا كان العقد المملك للراهن مسجلاً أم لا . فاذا تبين له أنه غير مسجل فلا يجوز له الاعتماد على وضع يد الراهن مدة خمس سنوات

وعلى ذلك اذا جاء زيد وباع عقاراً لبكر ولم يسجل هذا الاخير عقده . وبعد مضي خمس سنوات على يده رهن بكر العقار لخالد . ثم جاء زيد وباع نفس العقار لعمر وسجل هذا الاخير بعد قيد الرهن ، نفذ عقد عمر (البيع) على عقد خالد (الرهن) وذلك لان ملكية العقار لم تنزل عن زيد طالما أن بكرًا لم يسجل عقده . ولا سبيل لعمر في معرفة القيد برهن العقار لان القيد حاصل باسم الراهن بكر ، لا باسم زيد . وما دام أن قاعدة التسجيل والقيد بمصر قاعدة شخصية يرجع فيها لاسماء الاشخاص فلا مناص من احترام عقد عمر وتفضيله على عقد خالد

٣ — في عدم جواز رهن العقارات المستقبلية

١٢١ — قررت المادة ٥٦٣/٦٨٧ مدني و ٢١٢٩ فرنسي ما يأتي: « رهن العقارات

التي تؤول الى الراهن المستقبل باطل »^(٢) والغرض من هذا الحظر أن يحول الشارع

بين المدين وبين اندفاعه في تيار استهلاك حقوقه التي سيحصل عليها فيما بعد . ألا يخشى ، فيما اذا لم يشرع هذا الحظر ، على أولاد الاسرات أن يسارعوا الى رهن ما سيرثونه فيما بعد ، وبذا يعملون على ترويج أعمال المرابين الذين يتعقبونهم في كل مكان ويقرضونهم قرضا بفوائد ربوية مفرعة ؟ وتتفق قاعدة حظر رهن العقار المستقبل مع ما قرناه من القاعدة الاخرى العامة وهي عدم جواز رهن ملك الغير . وتتفق أيضاً مع قاعدة تخصيص الرهن ، أى يجب أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة . وفي رهن العقار المستقبل ما يتعذر معه ان لم يستحل تعيين العقار تعييناً صحيحاً لاحتمال حصول تعديل فيه قبل حلول زمن تملك الراهن له

ويراد بالعقار المستقبل المحذور رهنه ^(١) العقار الذي لم يكن مملوكاً للراهن وقت انعقاد الرهن ، كالعقار الذي سيرثه في المستقبل الوارث من مورثه . والغالب أن يقع رهن العقارات المستقبلية بطريقة عامة بحيث يتناول عقارات جهة واحدة . بخلاف رهن ملك الغير فانه ينصب فقط على عقار أو عقارات معينة . ولكن يحصل أن يقع رهن العقارات المستقبلية من طريق التعيين أيضاً فينصب هو الآخر على عقار أو عقارات معينة . وعلى ذلك تعتبر باطلة لان قاعدة الحظر عامة

والجزء المترتب على الحظر هو بطلان عقد الرهن بطلاناً مطلقاً . والآثار المترتبة على هذا البطلان هي نفس الآثار التي رأيناها مترتبة عن بطلان رهن ملك الغير

على أن القانون الفرنسي أباح (المادة ٢١٣٠ مدينى) للمدين بطريق استثنائى رهن ماسيملكه بعد من العقارات اذا تبين بأن العقارات الحاضرة التي يملكها ويرهنها حالاً لا تكفى لضمان دين الدائن (أنظر أيضاً المادة ٢١٣١ مدينى فرنسى) وان كان هذا الشكل من الرهن يجدر بالمدن شريف النزعة حتى يستطيع به الخروج من ضائقة مالية محدقة به ، الا أن الشارع المصرى لم يشأ أن يأخذ بهذا الاستثناء . ولعله في

ذلك كان يعمل بما قرره الشارع الإيطالي سنة ١٨٦٧ والبلجيكي سنة ١٨٥١ في هذا الشأن، أى من ضرورة اطلاق حظر الرهن في العقارات المستقبلية^(١)

٤ — في الاموال القابلة للرهن

١٢٢ — تقول المادة ٥٥٩/٦٨٣ مدني ما يأتي : « العقار الذى من شأنه جواز بيعه بالمزاد العام هو الذى يجوز رهنه دون غيره » ولعل الشارع المصرى اراد بهذه المادة اختزال المادة ٢١١٨ فرنسى التى تقول ما يأتى « العقارات الآتية هى التى تقبل الرهن دون غيرها : (١) الاموال العقارية المتداولة بالتجارة وملحقاتها المقررة بانها عقارية أيضاً — (٢) حق الانتفاع الخاص بالاموال المذكورة وملحقاتها وذلك عن مدة الانتفاع » وعلى ذلك لا ينصب الرهن الا على العقار لا على المنقول . ويجب فى العقار أن يكون قابلاً للتصرف فيه ، أى عقاراً يصح التعامل فيه بين الافراد . ذلك لان الرهن يستحيل فى النهاية الى بيع المزاد . وعلى ذلك لا يجوز رهن العقار المتعلق بالمنفعة العامة

والعقار بطبيعته يقبل الرهن . فيجوز حينئذ رهن الاراضى والمنازل . وكما يجوز رهن المنزل مع أرضه المقام عليها فانه يجوز رهن البناء دون الارض اذا كان كل من البناء والارض مملوكاً لغير شخص واحد^(٢)

وان كانت المادة المصرية ٥٥٩/٦٨٣ لم تشر الى حق الانتفاع كما أشارت اليه المادة ٢١١٨ الفرنسية ، الا أن التعميم الذى وردت به المادة المصرية يتناول أيضاً حق الانتفاع ، أى أنه يجوز رهنه . وتأيد ذلك أيضاً بما قرره المادة ٤٦ مدني مختلط

(١) وذكر المقرر لقانون البلجيكي ما يأتى : « ان التجارب كشفت النقاب عن سوات الحق المقرر للمدين فى رهن عقاراته المستقبلية . وذلك ان من شأن هذه الاباحة تسهيل طرق التفرير والمضاربة عند جماعة المقرضين الذين لا يترددون فى ان يأخذوا بها فى سبيل ارضاء شهواتهم » : كابتان ص ٩٤٩ (٢) هذا ويجوز القانون الفرنسى رهن المناجم اذا كان المنجم مملوكاً لشخص غير مالك سطح الارض . انظر القانون الفرنسى الصادر فى ٢١ ابريل ١٨١٠

حيث أنها بعد أن ذكرت الاحوال التي يسقط فيها حق الانتفاع قررت بان سقوط هذا الحق لا يؤثر على حقوق الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً . وهذا يؤيد ما قلناه في نظرية الاموال أن سقوط الحق بسبب ارهاق المنتفع في الاستغلال هو عبارة عن جزاء (١) ينصب فقط على المسمى باعتباره عقوبة لا يتأثر الغير بها بل لا يتأثر بها المخالف وحده دون غيره . ولما كان حق الانتفاع لا يقع غالباً في مصر الاعلى شكل الوقف فهو لذلك يصبح غير قابل للرهن لا باعتباره حق انتفاع بل باعتباره وفقاً (٢) اذا تبين ذلك فلا يجوز الرهن في الاحوال الآتية :

١ — حق الاستعمال وحق السكنى لانهما غير قابلين للتصرف

٢ — حقوق الارتفاق العينية اذا انفصلت عن العقارات المرتققة والتي اتصلت بها . وأما اذا رهننت هذه العقارات المرتققة فانه من المفروض حتماً أن حقوق الارتفاق قد رهننت معها أيضاً باعتبارها ملحقاتاً لها (راجع المادة ٥٦٤ / ٦٨٨ م دى و ٢١١٨ فرنسى)

٣ — الرهن . لا يجوز رهن الرهن . وكان القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم يجيزانه ، حيث يجوز للدائن المرتهن أن يرهن الرهن المقر له . بمعنى أن الحقوق المقررة لهذا الدائن المرتهن عند توزيع ثمن العقار المبيع تنقل الى دائنيه المرتهنين له هذه دون دائنيه العاديين الذين يحرمون من هذه الميزة . ولم يشأ القانون الفرنسى أن يأخذ بقاعدة رهن الرهن لما يستدعيه من بطء في الاجراءات وزيادة في المصاريف . ولعل الشارع المصرى في سكوته دون النص عليه قد أراد هو الآخر أن ينحونحو الشارع الفرنسى ، أى أنه لم يقرر جواز رهن الرهن . على أنه يجوز مع ذلك للدائن المرتهن أن يرهن رهناً حيازياً لدى دائئه هو سند الدين المضمون بالرهن المقر له . وعلى ذلك

(١) pénalité (٢) ٢٥ ايو ٨٢ م م ر م ، ٧ ، ١٧٤ — بوربلي بك تعليقات

على المادة ٨٧ والمادة ٦٨٣ ن ٣ — ١٦٥ ، ٢ — ٢٣١ ، ٢٤ — ٢٩٩ ، ٤ .

— ٢٠٤ ، ٥ — ٦٩ ، ٨ —

يجوز لدائن الدائن المرتهن أن يستفيد في هذه الحالة من جميع الامتيازات المقررة بسند الدين المرهون^(١).

٤ — الدعاوى العينية العقارية . اذ لا يجوز رهن هذه الدعاوى . على انه يجوز مع ذلك لصاحب دعوى تثبيت ملكية العقار ان يرهن العقار نفسه دون الدعوى ، وفي هذه الحالة تتوقف صحة الرهن على نجاح دعوى الملكية^(٢)

وأما العقارات بالتخصيص^(٣) فانه لا يجوز رهنها منفصلة عن العقارات التابعة لها . واذا رهنّت العقارات الاصلية فانه من المفروض حتما ان العقارات بالتخصيص قد رهنّت معها أيضاً (المادة ٥٦٤ / ٦٨٨ مدني و ٢١١٨ فرنسي)

١٢٣ — في عدم جواز رهن المنقول : أباح القانون الروماني رهن المنقول وحظره القانون الفرنسي . وكذلك القانون المصري فانه لم يشأ ان يبيح رهن المنقول . وقال القانون الفرنسي بالمادة ٢١١٩ « لا يجوز رهن المنقولات » والسبب في حظر رهن المنقول ان المنقول لا يستقر له فهو ينتقل من يد الى يد . على ان حق التبعية المقرر للرهن يعطل حتما من رواج المعاملات فيما يتعلق بالمنقولات . واذا قيل بأنه يمكن صرف النظر عن حق التبعية وقصر الفائدة على حق الاولوية فانه لا فائدة من ذلك أيضاً لان المدين يعمل اذ ذاك على تعطيل حق الاولوية هذا من طريق بيعه للمنقول لمشتري وقبضه للثمن . وفوق ذلك فانه من المستحيل تقرير طرق للعلائية والاشهار فيما يتعلق بالمنقولات ما دام انه لا مستقر لها . على انه يجوز رهن المنقولات اذا أصبحت عقارات بالتخصيص كما تبين ذلك من قبل

وقد أباح القانون الفرنسي جواز رهن بعض المنقولات اذا كانت ذات أهمية خاصة وكان من السهل تقرير ضوابط عامة لها فيما يتعلق بالاشهار والعلائية . وأباح

(١) جرائد لولان ص ٩٢ ن ٣٣٢ (٢) ٢٢ نوفمبر ١٩٠٦ ، ١٩ ، ١٩٠٦

(٣) immeubles par destination

ذلك بشأن السفن (١)

هذا وقد سبق لنا ان رأينا ان القوانين الفرنسية أجازت رهن المحصولات الزراعية (٢) دون نقلها (قانون سنة ١٨٩٨) وهو يحكى رهن المنقول بلا نقل حيازة (٣) ما دام ان الحيازة بيد المدين الراهن

٥) في الديون التي يصح التأمين

علمها بالرهن

١٢٤ — قلنا ان الراهن تابع لدين . فهو على ذلك تابع لمتبوع . وعلى ذلك يزول ويبقى بزوال وبقاء المتبوع أى الاصل . على انه سبق لنا ان رأينا انه يجوز للمالك ان يوقع رهناً له ولنفسه على عقاره وان يحتفظ في ذلك بسند رهني (٤) يحوله لدائنه اذا أقرضه هذا الاخير المبلغ الذى يطلبه . وقد أجاز هذا النوع من الرهن القانون الالماني وقانون مسيدور الفرنسى كما سبق ان بينا ذلك في مكانه ويصح الرهن تأميناً لاي دين وهما كان نوعه ، سواء كان الدين ديناً بسيطاً أو ديناً معقوداً بزمن أو معلقاً على شرط ، أو كان الدين ديناً محتملاً ، كأن يضمن الراهن قرضاً سيحصل فيما بعد . أو يضمن اعتماداً أو حساباً جارياً يفتحان فيما بعد ، على شرط ان يكون مبلغ الدين معيناً في هذه الحالة . وفي ذلك تقول المادة ٦٨٥/٥٦١ مدينى ما يأتى: «الرهن العقارى الواقع تأميناً لمبلغ موعود بقراضه يأخذه المتهرض شيئاً فشيئاً عند الاقتضاء (٥) أو تأميناً لحساب جار (٦) بين المتعاملين يكون صحيحاً اذا تحددت غاية المبلغ الذى ينتهى اليه الأخذ أو الحساب الجارى » . وهذا ما قرره القضاء الفرنسى برغم عدم وجود نص مشابه للنص المصرى بالقانون الفرنسى . وهو ما قرره

(١) أنظر المادة ٢١٢٠ والقوانين الفرنسية الصادرة في سنة ١٨٧٤ وسنة ١٨٨٥

(٣) hypothèque

(٢) Warants agricoles

(٤) cédula hypothécaire (٥) crédit ouvert (٦) compte courant

أيضاً القانون البلجيكي الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ (المادة ٨٠ منه) ويراد بفتح اعتماد^(١) تعهد شخص يسمى بالمتعهد بفتح الاعتماد^(٢) وهو في الغالب متمول من الممولين^(٣) يرصد مبالغ معين حتى يكون تحت تصرف شخص آخر يسمى بالمتعهد له بالاعتماد^(٤)

ودرجة الرهن الضامن للاعتماد المفتوح تقرره من وقت قيده بسجلات الرهن لامن وقت الاقراض الفعلى بالذات . لانه لا يحصل ان لاتسلم النقود المقترضة للمقترض الا بعد زمن من حصول عقد الاعتماد . وعلى ذلك يضمن الرهن ديناً قبل ان يوجد الدين . لان هذا الدين لا يتقرر في ذمة المقترض الا من وقت استلامه للقرض^(٥) والا اذا قيل بعكس ذلك أى لا يصح الرهن الا من وقت استلام المقترض للنقود لامن وقت قيده بالسجلات ، لترتب على ذلك ان المقرضين لا يرضون بالاقرض من طريق فتح اعتماد للمقترضين ، لانه يحتمل ان تتغير حال المقترض المفتوح له الاعتماد بين وقت قيد الرهن ووقت استلامه استلاماً فعلياً للمبالغ المقترض كله أو بعضه ، كأن يقع في اعسار . وهذا ما يهدد المقرض في ماله حتماً^(٦)

(٦) في شكل عقد الرهن

١٢٥ — لا ينعقد الرهن الا اذا كان حاصله بعقد رسمى أى انه عقد خاضع للاوضاع الشكلية والا اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٧) ورسميته فى أن يحرر بقلم كتاب المحكمة المختلطة ، لان طريقة الرسمية وان كانت مقررة بالقانون الاهلى الا أنها لم تنفذ بعد . ويجب ان يكون تحريره بين الدائن ومالك العقار ، وفى ذلك تقول المادة

(١) ouverture de crédit (٢) créiteur (٣) banquier

(٤) crédit (٥) د ، ٥٤ ، ١ ، ٣٤١ . س ، ٢٠ ، ٦٦ ، ١٢٧

(٦) أنظر جيلوار ج ٢ ن ١٠٣٤ وما بعدها فى التأمينات — بودرى مع دى لوان ج ٢

ن ١٢٨٣ — ابرى ورو ن ٢٦٦ رقم ٦٦ (٧) استئناف ٣١ ديسمبر ١٩٦٦ م ت ق ،

١٧٠٩٧ . — استئناف م ١٧ مارس ١٩٠٣ م ت ق ، ١٥ ، ١٩٤ . — ١٧ ، ١٧

٦٨١/٥٥٧ مدني ما يأتي : « لا يعتبر رهن العقار ^(١) الا اذا كان بموجب عقد رسمي محرر في قلم كاتب احدى المحاكم بين الدائن ومالك العقار المرهون تأمينا لوفاء الدين » ولا تعرف المحاكم الشرعية هذا الرهن ، لذا لا يمكن قبوله امامها . ويجوز الرهن بفرنسا امام اثنين من موثقين ، أو امام موثق واحد وحضر شاهدين (المادة ٢١٢٧ مدني فرنسي) وأما في مصر فلا يجوز الا بمعرفة كاتب المحكمة . وعلى ذلك يعتبر كاتب المحكمة المختلطة قائماً بعمليات التوثيق وحفظ سجلات الرهن . ويشبهه بفرنسا كاتب محكمة المصالحات (المحكمة الجزئية) فيما يجزئيه بشأن الرهن الزراعي ^(٢) (المواد ٥٥٣ من قانون ١٨ يوليو سنة ١٨٩٨ الفرنسي)

والسبب في اشتراط رسمية الرهن اشعار المدين الراهن بخطورة عمله وأنه لما يجزئيه نتائج ذات أثر في ماله من ضرورة خروج العقار حتماً من ماله اذا لم يف بدينه . ويضاف على ذلك أن الرهن اشكالات قانونية وعملية لا بد فيها من تدخل مأور العقود الرسمية ^(٣) وفوق ذلك فإن عقد الرهن الرسمي يعنى الدائن من الحصول على حكم مشمول بالصيغة التنفيذية فيستطيع التنفيذ دون الحاجة الى الحصول على حكم ^(٤) وجري القضاء الفرنسي على اعتبار عقد الرهن صحيحاً فيما اذا تحرر بعقد عرفي وأودع هذا العقد عند الموثق بمعرفة الراهن أو بمعرفة الراهن والمرتهن ^(٥) وربما كان هذا القضاء راجعاً الى عادات قديمة كانت متبعة في القانون الفرنسي القديم ^(٦) ويحصل الرهن البحري بفرنسا بعقد عرفي (قانون ١٠ يوليو سنة ٨٥ المادة ٢)

ويترتب على ضرورة تحرير عقد الرهن بقلم كاتب المحكمة المختلطة ما يأتي :

- ١ — اذا عمل الرهن بعقد عرفي أصبح الرهن باطلاً بطلانا مطلقاً ^(٧)
- ٢ — ان اقرار القضاء بصحة العقد العرفي في ذاته ليس من شأنه مطلقاً أن

(١) Warrants agricoles (٢) le droit d'hypothèque n'existe que

(٣) officier public (٤) كاتبان ص ٩٤١ (٥) ريس ، ٣٢ ، ١ ، ٧٩٢ ،

(٦) جرائع مولان ص ١٩٣ الهامش ٧ (٧) كاتبان ص ٩٤٢

يقرر الرهن الرسمي اذا تراضى عليه الطرفان بالعقد العرفي . أى أن العقد الرسمي للرهن لا يمكن أن يحل محله أى ورقة أخرى رسمية . بمعنى أن القضاء لا يملك أن يقرر رهنًا. اما يتقرر الرهن بعقد رسمي يحصل أمام كاتب المحكمة المختلطة

٣ — لا يجوز عمل رهن عن عقار موجود بالاراضى المصرية خارجا عن مصر وعلى ذلك لا يصح الرهن الذى حرر ببلد أجنبي عن عقار بمصر^(١) (وهذا ما يقوله أيضاً مشروع توحيد أقالم التسجيل الذى شرحناه بنظرية الاموال) ويقول القانون الفرنسى بهذه القاعده أيضاً (المادة ٢١٢٨) الا أنه استثنى منها ما اذا كان هناك اتفاق خاص بين فرنسا وأى دولة أخرى بجواز صحة الرهن الحاصل ببلاد أجنبية عن عقارات فرنسية . ويحصل ذلك بقوانين سياسية أو بمعاهدات (المادة ٢١٢٨ المذكورة)^(٢)

ويترتب على ضرورة رسمية الرهن أنه اذا حصل توكيل^(٣) من أحد طرفي الرهن بالانابة عنه فى عمل الرهن وجب أن يكون التوكيل رسمياً أيضاً . لانه عند التوكيل يقع رضاه الراهن بالرهن . ولا بد أن يكون هذا الرضاء رسمياً . سواء كان الرضاء حاصلًا وقت انعقاد عقد الرهن ، أو حاصلًا بتوكيل خاص . أى لا بد من الرسمية فى الرضاء^(٤) على أن الشارع الفرنسى خالف هذه القاعده فى حالة اعطاء توكيل لمدير الشركة التجارية^(٥) بالرهن بالنياحة عنها (قانون أول أغسطس سنة ١٨٩٣) ويجب أن يكون التوكيل فى الرهن توكيلاً خاصاً لا عاماً . أى توكيلاً يعمل خاصة لرهن معين (المادة ٥١٥ / ٦٣١ مدنى و ٥١٦ / ٦٣٢ مدنى)

(١) ٥ مايو ٨١ ، م م ، ٦ ، ١٦٦ . — دى هلس ج ٢ ص ٣٣٥ ن ٦١

(٢) ويلاحظ ان المادة ٦٨١ مدنى مختلط قالت بوجود الرهن امام المحاكم المختلطة . وان المادة ٥٥٧ أهلى قالت بوجود الرهن أمام احدى المحاكم . ويظهر ان غرض الشارعين واحد وهو ضرورة عمل الرهن أمام محكمة مصرية . لانه ليس من المعقول ان لا يقبل الرهن الحاصل بالبلاد الاجنبية بالمحاكم المختلطة ثم يقبل هذا الرهن أمام المحاكم الاهلية

(٣) procuration (٤) النقص الفرنسى فى ٢٩ يناير ١٩٥١ ، د ، ٩٥ ، ١ ، ٤٣٠ .

— كاتبان ص ٩٤٢ (٥) gérant

وإذا تعهد المدين برهن عقاره وثبت تعهده بعقد عرفي وقضى القضاء بصحة العقد العرفي في ذاته ، فإن القضاء لا يملك مع ذلك كما قلنا حق توقيع الرهن بحكم يصدر منه ، وكل ما يملكه القضاء هو الزام المتعهد بالرهن برد المبلغ المتترض ان كان قد سبق له استلامه ، والزامه بتعويض نظير عدم القيام بما تعهد به. ويجوز لمن حصل له التعهد في هذه الحالة أن يطلب توقيع اختصاص على عقارات من تعهد بالرهن ولم يف بالتعهد^(١)

٧ - في مشمولات عقد الرهن

١٢٦ - يشتمل عقد الرهن على ما يأتي : أولاً تعيين العقار أو العقارات المراد رهنها تعييناً نافياً للجهالة . ثانياً تعيين المبلغ المضمون بالرهن . وتقول المادة ٦٨٤/٥٦٠ مدني ما يأتي : « العقارات المرهونة يلزم تعيينها تعييناً كافياً^(٢) جنساً^(٣) ومحلاً^(٤) في عقد الرهن المتفق عليه والا كان الرهن لاغياً^(٥) وكذا يجب تعيين مقدار الدين في العقد » وهذا ما يسمى بتخصيص الرهن^(٦) وهذا التخصيص لا يشترط فقط في حالة قيد الرهن ، إنما لا بد منه أيضاً في حالة انعقاد عقد الرهن بالذات . ولا تنصرف نظرية تخصيص الرهن الى ضرورة أن يكون العقار المطلوب رهنه عقاراً واحداً بل تنصرف الى تعيين العقار أو العقارات المطلوب رهنها تعييناً مشخصاً لها تشخيصاً نافياً للجهالة . وفي أن تخصيص الرهن لا ينصرف أيضاً الى أن يكون الدين المضمون بالرهن ديناً واحداً بل يجوز أن يكون الدين أكثر من دين واحد ، ولكن لا بد على كل حال من تعيين الدين أو الديون المضمونة ، والعقار أو العقارات الضامنة

١٢٧ - في تعيين العقارات المرهونة : يجب أن يتبين بعقد الرهن العقار

(١) ١٣ ديسمبر ١٩٠٥ ، ١٨ ، ٣٧ (٢) d'une manière précise

(٣) par leur nature (٤) et leur situation

(٥) à peine de la nullité de constitution de l'hypothèque

(٦) spécialité des hypothèques أو- spécialité de la créance hypothé-

المرهون تعييناً صحيحاً يرجع لطبيعة العقار أو لمكانه الموجود به . أى يجب أن يتبين جنس العقار ومحل وجوده ^(١) ويراد بجنسه ان كان أرضاً أو منزلاً أو عمارة . ويراد بمكانه ان كان بناحية أو مدينة أو بشارع ، ورقم العقار بالشارع . وحدود العقار ^(٢) والحوض الموجود به ورقم الحوض ان كان أرضاً زراعية ^(٣)

وهل لا بد في تعيين العقارات المرهونة ضرورة أن يتعين كل عقار على حدة ، أى هل لا بد من التعيين الخاص ^(٤) لكل عقار ؟ تقول المادة ٥٦٠ / ٦٦٤ أنه يكتب في تعيين العقارات المرهونة تعييناً يرجع لجنسها ومحل وجودها . وهذا ما كان يقول به قانون برومير سنة سبعة . وهو ما لا يقول به الآن القانون الفرنسى . اذ تقول المادة ٢١٢٩ ما يأتى : « لا يصح الرهن التعاقدى الا اذا ثبت بالعقد الرسمى المنشئ للدين ، أو بعقد رسمى يعمل فيما بعد ، جنس ومكان كل عقار من العقارات المملوكة الآن للمدين والتي رضى بتوقيع الرهن عليها تأميناً للمدين . ويجوز رهن كل عقار على حدة »

وعلى ذلك اذا نظرنا الى العبارة العامة الواردة بالمادة المصرية ٥٦٠ مدنى اعتبرنا الرهن صحيحاً فيما اذا ورد بعقد الرهن ما يفيد بأن الرهن يشمل جميع المنازل والاراضى المملوكة للمدين فى بلد كذا التابعة لبندر ومديرية كذا . لان تخصيص الرهن صحيح هنا أيضاً ^(٥)

واذا أريد رهن عزبة معينة ذات اسم معين معروفة به صح الرهن لمجرد ذكر اسمها بعقد الرهن مع بيان البلد أو الناحية والمركز والمديرية التابعة لها القرية المرهونة دون الحاجة الى ضرورة ذكر كل قطعة أرض على حدة داخلية فى العزبة ^(٦)

(١) كابتان ص ٩٤٥ (٢) tenants et aboutissants

(٣) أنظر على الاخص القانون الفرنسى الصادر فى أول مارس ٩١٨ الذى قرر ضرورة

وضع نكرة القطعة المرهونة أيضاً (٤) désignation individuelle

(٥) انظر د ، ٩٣ ، ١ ، ٥٦٦ ، ١ ، ٩٤ ، ١ ، ٣٤٩ ، ١ ، ٩٤٧ — كابتان ص ٩٤٧

(٦) جرائمولان ص ٩٦ — ٩٧ ٣٤٩

ولقد رأينا الآن ان القانون الفرنسى يقرر بالمادة ٢١٢٩ ضرورة تعيين كل عقار على حدة من العقارات المراد رهنها . وهذا يخالف ما قرره المادة ٥٦٠ المصرية التى اكدت بتعيين جنس العقار المرهون ومكانه . على ان القضاء الفرنسى قضى بما قرره المادة المصرية . أى قضى بصحة الرهن فيما اذا ورد بقيد الرهن بأن الرهن ينصب على ما يملكه المدين الراهن من الاراضى والغابات المملوكة له والموجودة بمديرية معينة^(١) على اننا نرى مع ما مر كنه ان مسألة تعيين العقار والعقارات المرهونة تعييناً نافياً للجهالة مسألة موضوعية ، الامر فيها موكول للقضاء وتقديره لها . فان وجد البيانات بعقد الرهن كافية لتعيين العقار قضى بصحة الرهن والا فلا^(٢)

وكان القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم يجعلان نظرية تخصيص العقارات المرهونة . وكان كل منهما يبيح للمدين حق توقيع الرهن على جميع ما يملكه الآن من الاموال وعلى ما سيملكه بعد من الاموال أيضاً . وقرر الاخذ بنظرية تخصيص العقار المرهون قانون ١١ بروير سنة سبعة . وكان يرمى هذا القانون بتخصيص الرهن الى دعوة الراهن بانعام النظر فيما يفعل حتى لا يندفع وهو يقرر الرهن الى رهن جميع أمواله ، اذ فى تعيين كل عقار على حدة يراد رهنه ما يدعوه الى تحين فرصة التبصر فى الامر للوقوف على مبلغ ما يحف به من الخطورة

واذا لم يتعين كل عقار مرهون تعييناً خاصاً بطل الرهن بطلاناً مطلقاً . وجاز لكل ذى مصلحة حق التمسك بهذا البطلان ، كالدائنين العاديين أو الدائنين المرتبئين للراهن والمدين نفسه أيضاً . ولا يزول البطلان اذا حصل التعيين والتخصيص وقت قيد الرهن ، لأن القانون يقضى بضرورة التخصيص بعقد الرهن وبالقيده معاً وعلى كل حال يجوز للمدين رهن أمواله الحاضرة ، واتباع طريقة التعيين المقررة بالمادة ٥٦٠ مدنى . ويكاد الرهن يشبه هذه الحالة الرهن العام^(٣)

(١) س ٣٤٩ ، ١ ، ٩٤ ، ٦ (٢) ٢٤ يناير ١٨٧٨ م ر م ٣ ، ٨٧

(٣) جرانولان ص ٩٨ ن ٣٥٣

١٢٨ — في تعيين مبلغ الدين : يجب تعيين مقدار الدين بعقد الرهن (المادة ٥٦٠ المذكورة) وتعيين مصدره فيما اذا كان هذا الدين قرضاً أو باقياً من ثمن صفقة . وان كان القانون لم يقل بذلك الا انه لا بد من الاخذ به ، والا تعذرت معرفة الدين المضمون بالرهن اذا تعددت الديون المطلوبة للدائن واحد من مدين واحد^(١) واذا كان الدين خاصاً بفتح اعتماد أو بحساب جار ووجب على طرفي العقد تعيين النهاية العظمى للمبلغ (المادة ٥٦١/٦٨٥ مديني) واذا كان الدين المضمون بالرهن لا يمكن تعيينه كما اذا كان متعلقاً بعمل^(٢) أو بالامتناع عن عمل أو القيام بالتزام عيني^(٣) ، فانه يظهر مع ذلك من عبارة المواد ٥٦٠ و٥٦١ و٥٦٦ فقرة ٤/٦٩٠ مديني ضرورة تعيين المبلغ أيضاً بعقد الرهن نفسه^(٤) . وربما كانت هذه المواد مخالفة فيما قررته هنا للمادة ٢١٣٢ مديني فرنسي التي لم تشترط ضرورة تعيين المبلغ في هذه الحالة الا في حالة التيد فقط بخلاف المواد المذكورة فانها تقول بضرورة تعيين مبلغ الرهن بعقد الرهن نفسه^(٥)

وفي تعيين دين الرهن مصاحبة ظاهرة للمدين الراهن . لانه عند عدم التعيين ربما لا يأمن الغير التعامل مع المدين ، اذ يخشون ان يستغرق الدين المؤمن عليه بالرهن حيث لا يعلمون قيمته . وربما كان تعيين قيمة الدين أكثر أهمية من تعيين العقارات المرهونة . لان الدائنين يفزعون من عدم تعيين قيمة الديون المضمونة بالرهن ، ولا يفزعون هذا الفزع من الرهن العام المقرر ضمناً لديون معينة^(٦) لان في عدم تعيين الدين تجهيلاً له . وفي التجهيل للمدين لا يستطيع من يريد التعامل مع المدين معرفة الى أي حد تستغرق الديون العقارات المرهونة . وأما اذا تعينت الديون ولم تتعين العقارات

(١) جرانولان ص ٩٨ ن ٣٥٤ (٢) fait (٣) prestation en nature
 (٤) دي هلس ج ٢ ص ٣٣٢ ن ٥٣ (٥) راجع كابتان ص ٩٤٥
 (٦) جرانولان ص ٩٩ ن ٣٥٦

المرهونة فالخوف بعيد اذ يتعين محل الخطر المحقق به-م . ومحل الخطر هو تعيين الدين تعييناً نافياً للجهالة

ويترتب على عدم تعيين الدين جزاء بطلان عقد الرهن بطلاناً مطلقاً (المادة ٥٦٠/٦٨٤ دنى و ٢١٢٩ فرنسى) وهو جزاء يحكى الجزاء المقرر عند عدم تعيين العقارات المرهونة تعييناً كافياً

٨ - العقار المرهون وملحقاته

١٢٩ - يحصل أن يكون للعقار المرهون ملحقات^(١) لازمة لاستغلاله . وفي هذه الحالة يجب أن يشملها الرهن . وفي ذلك تقول المادة ٥٦٤/٦٨٨ و ٢١٣٣ فرنسى مدنى ما يأتى : « الرهن يشمل جميع أجزاء العقار المرهون بغير تعيين حصة منه وجميع ملحقاته وما يحدث فيه من الاصلاحات^(٢) والابنية^(٣) التى تعود منفعتها على مالسه الا اذا وجد شرط يخالف ذلك » وربما ترجع هذه القاعدة الى قاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة . ويشمل الرهن أيضاً كما قلنا ذلك بمكانه العقارات بالتخصيص الموقوفة على خدمة العقار المرهون . والاثمار المتدلية من أغصان الاشجار ، والاثمار التى لم تجن بعد بنزع جذورها، وحقوق الارتفاق الموجبة للعقار المرتفق المرهون^(٤)

هذا فيما يتعلق بالملحقات الموجودة وقت عقد الرهن وأما التحسينات التى تطرأ فيما بعد على العقار من اصلاحات وأبنية فانه من الواجب ان يشملها الرهن ولو انها لم تكن موجودة وقت انعقاد عقد الرهن^(٥) ويمكن ان تنصرف هذه التحسينات والاصلاحات الى ما يأتى : الى العقارات بالتخصيص التى يحصل عليها الراهن فيما بعد . والى حقوق الارتفاق الموجبة الجديدة والى زيادة قيمة العقار^(٦)

(١) accessoires (٢) améliorations (٣) constructions

(٤) قارن ٢ يناير ١٩٠٧ ، ١٠ ، ٦٨ بشأن جعل الرهن المنصب على منزل شاهلاً أيضاً الارض المقام عليها - وقارن ٢ يناير ١٩٠٢ ، ١٣ ، ٧٣ (٥) ٨ مايو ١٩٠٢ ، ٢٠ ، ١٣٩ - قارن حكم محكمة طنطا في ٩ يونيو ١٩٠٨ ، ومجلة القضاء سنة ١٨٩٨ ص ٣٣٤ (٦) plus-value

التي ترجع الى مناسبات اقتصادية مختلفة ، اما لزيادة الرواج في المعاملات بوجه عام ،
واما لشق شارع بالقرب من العقار المرهون ، واما لمد شريط الترام ليصل العقار بقلب
المدينة ، وهكذا . والى ما يظهر بالارض الزراعية المرهونة من الزيادة بسبب
الاتصاق العقارى ، وبما يحمله النيل بالتدريج من الطمي فيتراكم شيئاً فشيئاً حتى تزداد
بذلك مساحة الارض المرهونة . والى المفروشات والابنية الجديدة التي جدت بالعقار
المرهون والذي كان خلواً منها وقت الرهن ^(١) والى ما أحدثته الراهن من الاعمال
الخاصة في تحسين رى الارض وزيادة خصبها فيما يحدثه من ترع ومساق ومصارف في
أملك الغير أو في أملاكه ^(٢)

هذا فيما اذا كانت الاصلاحات قد أجراها الراهن . وأما اذا أجراها الغير فإن
الرهن يشملها أيضاً . أما يجب في هذه الحالة على الدائن المرتهن ان يدفع لهذا الغير
ما يقابل ما زاد في قيمة العقار المرهون حتى لا يثرى بلا سبب على حساب الغير ^(٣)
ويغلب ذلك في حالة ما اذا كان قد حاز العقار مشتر من الراهن . اذ يؤخذ في هذه
الحالة بالمادة ٥٨٨ / ٧١٤ مدنى عند نزع ملكية العقار من يد الحائز . (قارن المادة
٢١٧٥ مدنى فرنسى)

ولا يجوز ان يشمل الرهن الزيادة التي تطرأ على العقار المرهون فيما لا يدخل تحت
عبارة الاصلاحات . وعلى ذلك اذا اشترى الراهن أرضاً وضمها ^(٤) بالارض المرهونة
فلا يعتبر الضم هذا اصلاحاً بل يجب أن لا يتمشى الرهن في هذه الحالة على الارض
المضمومة ^(٥) .

ويجوز لطرفى عقد الرهن الاتفاق بعقد الرهن على أن لا يتمشى الرهن فيما بعد
على كل اصلاح يقوم به الراهن ، كما تقرر ذلك المادة ٥٦٤ مدنى

(١) س ، ٨٢ ، ٢ ، ١٦١ . - س ، ٨٩ ، ١ ، ٤٩٠

١ ، ٥٠٠ - أنظر جرانرولان س ١٠٠ ن ٣٦١ (٣) قارن ٢١ يناير ١٩٠٩ ، ٢١

١٢١ (٤) annexer (٥) س ، ٧٥ ، ٢ ، ١٤٨ - د ، ١ ، ٩٦ ، ٥٧٧

١٣٠ — في تلف العقار المرهون أو هلاكه بعد الرهن : رأينا كيف

أن الشارع حتى الدائن المرتهن حماية خاصة في حالة زيادة العقار المرهون ، فجعل الرهن يشمل هذه الزيادة الناشئة عن الاصلاحات . ولم تنف حماية الشارع للدائن عند هذا الحد في حالة زيادة العقار المرهون ، بل ظهرت آثارها أيضاً في حالة نقص أو هلاك الرهن ، وهي حالة ادعى بعناية الشارع لحماية الدائن عن حالة زيادة العقار .

وذلك ان العقار المرهون اما أن يكون قد تلف أو هلك بمحادث جبرى ^(١) ، أو كان التلف والهلاك بسبب فعل المدين نفسه أو فعل الغير

ففي الحالة الاولى يصبح المدين بالخيار ان شاء قدم رهناً جديداً لدائنه يتناول عقاراً جديداً ، أو دفع الدين قبل حلول أجل الوفاء

وفي الحالة الثانية أى في حالة خطأ المدين أو خطأ الحائز كان هذا الخيار للدائن نفسه ، ويحرم المدين من حق الخيار هذا . وفي ذلك قالت المادة ٥٦٢/٦٨٦ مدنى و٢١٣١ فرنسى ما يأتى : « اذا هلك العقار المرهون ^(٢) على الدين أو حصل فيه خلل ^(٣) بمحادثه قهرية ^(٤) أوجبت الشك في كفايته للتأمين ^(٥) فعلى المدين أن يرهن عقاراً غيره ^(٦) كافياً للتأمين أو أن يؤدي الدين قبل حلول أجله وله الخيار في ذلك ويكون الخيار المذكور لرب الدين اذا كان الهلاك أو الخلل حاصلًا بتقصير المدين ^(٧) أو الحائز للعقار » ^(٨) وعلى ذلك يجوز للدائن في هذه الحالة اما طلب الوفاء بدينه حالاً باعتبار أن المدين فعل ما يوجب ضعف التأمينات (المادة ١٠٢/١٥٦ مدنى) والا أخذ في القيام بالاجراءات القانونية الخاصة بالتنفيذ الجبرى ، واما ان يطلب رهناً جديداً على عقار جديد . فاذا امتنع المدين عن قبول توقيع رهن جديد على عقار جديد فهل يملك القضاء توقيع الرهن ؟ نقول لا . لان رسمية عقد الرهن المقررة قانوناً بضرورة

(١) cas fortuit (٢) être détérioré (٣) périr (٤) cas fortuit

(٥) rendre la garantie incertaine (٦) offrir une hypothèque

(٧) détenteur (٨) faute

حصوله بقلم كتاب المحكمة المختلطة ، لا يصح ان تحل محلها رسمية أخرى بشكل آخر
كحكم أو غيره ، كما بينا ذلك في مكانه

ولا يؤخذ بالمادة ٥٦٢ المذكورة في حالة ما اذا كان تقص العقار المرهون راجعاً
الى أسباب اقتصادية ترتب عليها نزول أسعار العقارات
هذا ونلاحظ على المادة ٥٦٢ المذكورة ما يأتي :

١ — انها ذكرت بالنسخة الفرنسية العبارة الصحيحة للحادث الجبري^(١) ووردت
ترجمتها باللغة العربية « حادثة قهريّة » أما الترجمة الصحيحة فهي حادث جبري .
ويظهر أن الشارع يراده للحادث الجبري انما أراد حتماً أيضاً القوة القهريّة^(٢) ولكن
نلاحظ مع ذلك ضرورة التفرقة بين الجبري والقهري اذ الاول من عمل الانسان .
وأما الثاني فانه من فعل الطبيعة^(٣) ومن رأينا أنه اذا حصل الهلاك أو التلف بحادث
جبري ، أي كان في استطاعة المدين العمل على درئه ولم يكن خارجاً عن ارادته ،
اعتبر مخطئاً وتمشت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٦٢ المذكورة

٢ — سوت المادة بين خطأ المدين وخطأ الحائز للعقار فجعلته مسؤولاً عن الخطأ
في الحالتين أي جعلته مسؤولاً عن خطأه هو وعن خطأ غيره . ولكن يلاحظ في ذلك
أن المدين مسؤول عن خطأ الحائز لانه هو الذي يمكنه من الحياة

٣ — اذا امتنع المدين عن تقديم عقار آخر للرهن فلا يملك الدائن الزامه بذلك
قضائياً ، لان رسمية الحكم لا يمكن أن تحل محل رسمية عقد الرهن . وعلى ذلك
يستحيل حق الدائن في هذه الحالة الى رفع دعوى بالمطالبة بالدين . وهنا نرى أنه
لا محل للقول بالخيار للدائن ما دام حق اختيار طلب عقار لرهن جديد حق معطل
قضائياً لا يجوز للقاضي الزام المدين به كما بينا ذلك في مكانه . وانما الخيار صحيح
بالنسبة للمدين . لانه ان شاء دفع الدين وان شاء قدم عقاراً للرهن . وللمدين حق

(١) cas fortuit (٢) force majeure

(٣) انظر كتابنا في الالتزامات النظرية العامة ص ٢٥٤ — ٢٥٦ ن ٢٦٩ — ٢٧٠

تعيين العقار الجديد . واذا اختلف مع دائنه بشأن مبلغ قيمة ضمان هذا العقار جاز الالتجاء للقضاء . ولكن نرى أنه لا يجوز للقضاء في هذه الحالة أيضاً اكره المدين على تعيين عقار آخر ليكون رهناً للدائن . بل أمر اختيار العقار معقود في جميع الاحوال برغبة المدين نفسه . ولا يجوز للقاضي أن يعين العقار الجديد لانه لا فائدة من تعيينه ما دام أن رسمية الرهن لا يمكن حصولها الا بقلم كتاب المحكمة المختلطة ، ولا يمكن أن يحل حكم محل العقد الرسمي للرهن^(١)

٩ - في اشهار الرهن وعلانيته

١٣١ - يجب اشهار الرهن على الكفاية من طريق القيد^(٢) حتى يعلم به الغير . والغير هو كل من يتعامل مع الرهن تعاملًا عينيًا عقاريا على العقار بالذات . وعلى ذلك يشمل الغير هنا من يأتي : الدائنون المرتهنون أو الممتازون الذين يهددون حتماً بحق الافضلية المقرر للدائن المرتهن السابق . والمشترون للعقار اذ يهددون بحق التبعية المقرر للدائن السابق أيضاً . وربما اعتبر أيضاً الدائنون العاديون من طبقة الغير في هذه الحالة^(٣)

ولا يجوز أن يحل علم الغير بسبق حصول الرهن محل شرط قيد الرهن وتجديده^(٤) وأما بالنسبة للعاقدين فإن القيد لم يشرع لهما بل شرع للغير . وعلى ذلك ينفذ الرهن على العاقدين ولو لم يحصل قيده . ولذا لا يجوز للمدين الطعن في الرهن غير

(١) ولكن هل لا يجوز الاستماتة في مثل هذه الاحوال بنظرية وسائل الاكراه *astreintes* ؟
 (٢) *inscription* (٣) قارن المادة ٦١ / ٧٤١ . - استئناف م ٢٧ ديسمبر ٨٨ ،
 م ت ق ، ١ ، ٢٨ اذ قضى هذا الحكم بالتجوز للدائنين العاديين حق المناقضة في قائمة توزيع
 ثمن العقار المبيع جبراً على المدين ، وحق الطعن في صحة قيد رهن الدائن المرتهن الذي يدعى
 بحق الاولوية . أى ان للدائن العادى نفس الحق المقرر للدائن المقيّد ، أى الدائن المرتهن
 رهنا رسمياً (٤) أنظر بالنسبة لعدم تجديده الرهن حكم ١٤ ديسمبر ٩٨ ، ١١ ، ٤١ . -
 ٢٢ يونيو ١٦٠٩٠٤ ، ٣٣٩

المقيد وطلب ابطاله^(١) ويجوز من جهة أخرى للدائن المرتهن غير المقيد أى الذى لم يشهر رهنه من طريق القيد ، حق مطالبة أحد الورثة الذى حاز العتار المرهون بكل الدين

١٠ — في قيد الرهن وشروطه

١٣٢ — يحصل القيد بناء على طلب الدائن أى أحد العاقدين (المادة ٦٢٨ / ٧٥٩ م دنى أو بناء على طلب أحد ورثة الدائن المرتهن . ويجوز للدائن القاصر طلب القيد لان هذا الطلب من الاعمال النافعة لا الضارة به^(٢) ويجوز لدائني الدائن المرتهن عمل القيد اذا أهمل مدينهم ذلك ، لان الرهن يعتبر من الاجراءآت التحفظية بالنسبة لهم^(٣) ويحصل القيد ضد المالك وقت الرهن (المادة ٦٣٥ / ٧٦٥ — ٧٦٦ م دنى)
وإذا صدر الحكم بالافلاس فإن من شأن هذا الحكم ايقاف القيد . والقيد الذى تحصل بعد تاريخ التوقف عن الدفع أو فى ظرف العشرة الايام السابقة تعتبر قابلة للبطلان (المادة ٢٢٧ / ٢٣٥ تجارى) اذا مضى أكثر من ١٥ يوماً بين تاريخ عقد الرهن أو الامتياز وتاريخ القيد ، وذلك بخلاف ، واعييد المسافة بين جهة محل وجود العقار والجهة التى يحصل بها القيد . ولا تسرى هذه القاعدة الا على القيود التى تحصل لأول مرة ولا تسرى على تجديد القيد وهو التجديد الذى يرمى بطبيعته الى تقرير الآثار القانونية لقيد سابق ، ولم يكن من شأنه زيادة عدد الدائنين^(٤)

ويحصل القيد بناء على القائمة^(٥) التى تقدم لقلم الكتاب والتى يجب ان تحتوى على البيانات اللازمة للقيد (أنظر المادة ٥٦٦ / ٦٩٠ م دنى) . ويجب ان تكون القائمة محررة من نسختين . والغرض من النسختين هو انه عند حصول خطأ فى القيد يمكن

(١) ٣٠ مارس ٨٧ م ر م ، ١٢ ، ١٢٣ راجع المادة الاولى من قانون التسجيل حيث اشارت الى الرهن والامتياز (٢) جرائد ولان من ١٠٢ ن ٣٧١ (٣) دى هلس ج ٢ ص ٣٢٦ ن ٦٦ (٤) دى هلس ج ٢ ص ٣٢٦ — ٣٢٧ ن ٦٧ (٥) border: 1px solid black; padding: 2px;">border: 1px solid black; padding: 2px;">border: 1px solid black; padding: 2px;

الرجوع اليهما وقتئذ لمعرفة ما اذا كان هذا الخطأ حاصلًا من الدائن أو من كاتب القيد . وتبقى احدى النسختين بيد كاتب القيد بعد التوقيع عليهما منه . والنسخة الاخرى ترد الى طالب القيد بعد امضاءها من كاتب القيد . وأما القيد في ذاته فهو عبارة عن نقل القائمة بالسجلين المعدين للقيد والتسجيل المنوه عنهما بالمادة ٦٢٢ / ٧٥٠ مدني . وان يكون النقل حرفياً للقائمة برمتها طبقاً للمادة ٦٣١ / ٧٦٢ مدني

ولما صدر قانون التسجيل الجديد في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ وأباح الشارع لوزارة الحقانية بالمادة ١٥ الحق في تعيين طريقة التسجيل والقيد وكيفية العمل بهما ، أصدرت وزارة الحقانية قرارها المعروف في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٣ وقرر القرار المذكور بالمادة الاولى منه بأن جميع المحررات واجبة التسجيل بما فيها الاحكام وقوائم التسجيلات العقارية تقدم بقلم الرهون من نسخة أصلية أو أكثر محررة بالمداد الاسود على ورق خاص يطلب من المصلحة على نفقة الطالب » وقررت المادة ٢ منه بتصوير الاصل تصويراً شمسياً اذا قدمت نسخة واحدة منه . وفي جميع الاحوال تحفظ احدى النسخ بملف بقلم الرهون . وتحمل هذه الملفات ^(١) محل دفتر التسجيل الحالية .

١٣٣ - مشمولات القيد: قلنا بأن القيد يحصل بناء على احدى القائمتين . ويجب ان تشمل القائمتان البيانات اللازمة لصحة القيد . وفي ذلك نقول المادة ٥٦٦ / ١٠٦٩٠ مدني و٢١٤٨ فرنسي ما يأتي : « يسجل الرهن بناء على قائمة تقدم من نسختين وتشتمل على البيانات الآتية : أولاً على اسم الدائن ولقبه وصنفته ومحل سكنه وبيان المحل الذي اختاره في دائرة المحكمة . ثانياً — على اسم المدين أو المالك الذي رهن اذا كان غير المدين وعلى لقبه وصنفته ومسكنه . ثالثاً — على تاريخ عقد الرهن ونوعه وبيان قلم كتاب المحكمة الذي وقع فيه هذا العقد . رابعاً — على مقدار مبلغ الدين وبيان اجله . خامساً — على بيان العقار المرهون بياناً كافياً — وان لم

يعين محل في العقد فتعلن الاوراق عند الاقتضاء بتسليمها لقلم كتاب المحكمة ويعتبر اعلانها على هذا الوجه صحيحاً »

ومن هذا النص يفهم أن البيانات الواردة بقائمة الرهن انما ترمى الى ما يأتي :

أولاً - تعيين الدائن : ويحصل تعيين الدائن بذكر اسمه ولقبه وصناعته ومحل اقامته مع بيان المحل المختار الذي يجب أن يكون تابعاً للمحكمة القيد . وبيان المحل المختار أمر لازم حتى ولو كان محل اقامته بالجهة الموجودة بها محكمة القيد لاحتمال أن يتغير محل اقامته . والغرض من تعيين المحل المختار هو سهولة اعلان الدائن المتيد عند الحاجة ، كما اذا حصل تطهير للعقار من الحائز له أو حصل حجز عقارى أو شطب الرهن (١) ويظهر أنه يجوز للدائن تغيير محله المختار هذا على شرط اختيار محل آخر بدلا منه (انظر المادة ٢١٥٢ مدنى فرنسى)

ثانياً - تعيين المدين : ويحصل بذكر اسمه (٢) ولقبه وصناعته ومحل اقامته أو محل اقامة من قدم العقار المرهون ، أى محل اقامة الكفيل العينى فيما اذا كفل هذا الكفيل المدين . واذا توقع الرهن على أطيان لشخص متوفى جاز حصول القيد بناء على البيانات الخاصة بالمتوفى نفسه (٣)

ثالثاً - تعيين سنه الرهن : ويحصل هذا التعيين بذكر تاريخ الرهن وجنسه مع بيان المحكمة التى حصل أمامها (٤) وبهذا البيان يمكن معرفة ما اذا كان الراهن وقت الرهن موقوف الاهلية لسبب صغر سنه أو افلاسه

رابعاً - تعيين المدين : ويحصل بتعيين أصل الدين وملحقاته . وفى ذلك مصلحة ظاهرة لطبقة الغير فى معرفة مقدار الدين ومبلغ ما يهدد العقار من الديون .

(١) radiation (٢) انظر ٢ يونيو ٩٨ ، ١٠ ، ٢٩٦ فى حالة عدم ذكر الاسم

على صحته (٣) انظر فى ذلك المادة ٢١٤٩ مدنى فرنسى

(٤) ٢٩ مايو ٩٥ ، ٧ ، ٣٠٧ ، ٩ - ٩ مارس ٩٨ ، ١٠ ، ١٧٥

(تأميمات ذمى - ١٩)

ويرجع في تعيين أصل الدين وملحقاته بقائمة الرهن الى عقد الرهن نفسه (١). وتشتمل ملحقات الدين على الاخص على مصاريف القيد ومصاريف عقد الرهن (٢) وعلى الاخص أيضاً الفوائد المستحقة وقت القيد (٣) ويجب أن يتبين بالقيد أيضاً أجل الوفاء بالدين

خامساً — تعيين العقار : يجب تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً نافياً للجهالة وهذا التعيين في القيد هو ضرورة نتيجة تعيين العقار المرهون تعييناً خاصاً . هذا ويقضى القضاء الفرنسى ، كما بينا ذلك في مكانه أيضاً ، بصحة جواز تعيين العقار تعييناً جزئياً أى بيان جنس العقار مع بيان اسم المديرية الموجود به . ويجوز على كل حال وخوفاً من الوقوع فى غموض يذهب بكيان العقد تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً بالدلالة صحيحة على العقار المرهون من بيان حدود العقار ومساحته والبلد والزمام والمديرية التابع لهما ، وبالايجاز بيان ما من شأنه تشخيص العقار تشخيصاً يمكن معه الاستدلال عليه . وللقضاء سلطة واسعة فى تقدير البيانات المشخصة للعقار (٤)

سادساً — تعيين تاريخ تقديم القائمة لقلم المكاتب : والتاريخ ضرورى هنالانه هو تاريخ قيد الرهن وهو الذى يرتب للدائن درجة الأسمية عند التفاضل بين طبقات الدائنين (٥)

١٣٤ — فى الجزء المترتب على عدم صحة القيد : لما كان القانون المصرى لم ينص على جزاء معين فيما اذا لم يحصل القيد طبقاً للبيانات المقررة قانوناً فان القضاء قد جرى على قاعدة التمييز بين البيانات الجوهرية (٦) وغير الجوهرية . فاذا وقع النقص

(١) انظر المادة ٥٦٦ / ٦٩٠ مدنى . قارن المادة ٢١٤٨ مدنى فرنسى

(٢) ٨ مايو ١٩٠١ ، ١٣ ، ٢٨٦ ، فيما يتعلق بتجديد القيد (٣) ٢٦ ابريل ١٩٣ ،

٥٢٢ ، ٥ — قارن المادة ٢١٤٨ فقرة ٤ مدنى فرنسى والمادة ١٩٨٧ فقرة ٥ مدنى ايطالى . —

جرائمولان ص ١٠٤ ن ٣٧٨ (٤) ٨ مايو ١٩٠٥ ، ٧ ، ٢٥٠ ، ٢٣ مايو ١٩٠٦ ،

٢٨٧ ، ١٨ (٥) المادة ١٦٤ / ٧٥٤ مدنى . — ٩ نوفمبر ١٩٠٨ ، ١١ ، ٦

(٦) mentions substantielles

في القيد فيما يتعلق بالبيانات من النوع الاول اعتبر القيد باطلاً أى لا يترتب عليه الاثر الذى كان مرجواً منه ^(١) وأما اذا كان النقص فى القيد فى بيانات ثانوية عرضية ^(٢) فلا يترتب على ذلك بطلان القيد وزوال الآثار القانونية المترتبة عليه . ورجع القضاء المصرى فى هذه التفرقة الى القضاء الفرنسى لان القانون الفرنسى قد سكت هو الآخر عن حكم نتائج النقص فى البيانات . ^(٣) وعلى كل حال يجب التعويل فى هذه الحالة على القيد نفسه ، بمعنى أنه اذا شاب القيد نقص أو عابه شائبة فالعبرة بهذا النقص فى القيد . وأما اذا وقع النقص فى التأمة فانه لا يترتب عليه بطلان القيد اذا وقع القيد صحيحاً ^(٤)

ويراد بالبيانات الجوهرية التى أشرنا اليها البيانات اللازمة للغير حتى يتمكن من التعرف تعرفاً صحيحاً عن مقدار الرهن المتوقع على العقار . لان الغرض الذى يرمى اليه الشارع من هذه البيانات انما هو تمكين الغير من الالمام المأمناً تماماً بمبلغ ما يهدد العقار من الرهن . ولا يتم هذا العلم الا اذا كانت البيانات كافية . أى لا بد فى القيد ان لا يشعر الغير بحاجة الى تلمس العلم وتكوينه من بيانات يتصيدا هنا وهناك خارج البيانات المعلنة على الكفاية ^(٥) ويترتب على ذلك انه يعتبر من النقص فى القيد بالبيانات الجوهرية ما يأتى : عدم ذكر اسم المدين ذكراً وائتماً . لان فى عدم هذا البيان ما يجعل هناك محلاً للخلط بين هذا الاسم والاسماء المشابهة له . وعدم ذكر تاريخ وجنس الرهن ^(٦) وعدم ذكر مبلغ الدين الذى ضمنه الرهن ^(٧) ويقضى القضاء هنا ببطلان القيد فيما اذا لم يتبين أجل الوفاء بالدين ^(٨) . وعدم تعيين العقار

(١) ٢٩ مايو ١٩٠٥ ، ٧ ، ٣٠٧ mentions accessoires (٢)

(٣) ولكن انظر مع ذلك المادة ٢١٤٨ مدنى فرنسى المدلة بقانون ٣١ مايو ١٩١٨

تديلاهاما (٤) جراتمولان ص ١٠٥ ن ٣٨٠ (٥) ٢٩ مارس ١٩٠٥ ، ٥ ، ٢١٥

— ٣٢٨ ، ١ — ٢٨ ، ١ — ١٣ ، ٨ (٦) ١٣ ، ٨ ، ١ ، ٨٨ ، ١ ، ١٧٦ ، ١ ، ١٠ ،

٢١٥ ، ٥ — ٣٢٨ ، ١ ، ٨٩ ، ١ فبراير (٧) ٢٠

(٨) ٢١ ديسمبر ١٨٧ م ر م ٨٧ ص ٢٤٨ — ٢٧ ديسمبر ١٨٨ ، ١ ، ٢٨ ، ٢

المرهون^(١) ويظهر على كل حال ان للقضاء سلطاناً ظاهراً في حرية التقدير^(٢). هذا فيما يتعلق بالبيانات الجوهرية

وأما البيانات العرضية فهي التي لم تكن جوهرية بحيث لا يترتب عليها ابطال القيد^(٣). من ذلك عدم تعيين الدائن. والقضاء الفرنسي لم يستقر على رأى في هذه الحالة^(٤). وعدم تعيين محل مختار بدائرة وجود محكمة القيد، ذلك لان الجزاء الذى رتبته القانون على ذلك هو جواز اعلان الاوراق القضائية الى الدائن المقيد الى قلم كتاب محكمة القيد (المادة ٥٦٦/٦٩٠ مدنى الفقرة الاخيرة) ومن هذه البيانات العرضية أيضاً الخطأ الذى وقع فى تقدير مبلغ الدين. لان كل ما يترتب على ذلك انما هو قصر حق الدائن فى هذه الحالة على المطالبة فقط بالمبلغ الذى تعين

هذا ولا يحول وقوع النقص فى القيد دون العمل على تصحيحه بقيد آخر. انما يلاحظ فى هذه الحالة بأن القيد الجديد لا يكون له من الاثر الا من وقت حصوله، أى ليس له أثر رجعى يتمشى على القيد الناقص السابق. وعلى ذلك لا تحتسب مدة سقوط الرهن فى درجته ومرتبته الا من تاريخ القيد الجديد^(٥)

١١ - فى القيد والفوائد

١٣٥ - للأثر القانونى للقيد على الفوائد دوران من الوجبة التاريخية تعدات فيها المادة ٥٦٨/٦٩٢ مدنى. وبيان ذلك :

١٣٦ - الدور الاول : قررت المادة ٥٦٨/٦٩٢ مدنى المذكورة الموضوعة مختلطاً سنة ١٨٧٥ وأهلياً سنة ١٨٨٣ ما يأتى : « يترتب على تسجيل الرهن^(٦) أن يكون المرهون تأميناً زيادة على أصل الدين على فوائد سنتين اذا كانت مستحقة

٣٩٦-١٣٠٨-١١٠٠١١ - دى هلس ج ٢ ص ٣٣٩ ن ٧٣ (١) ٢٩ مارس

٢١٥٠٠٥٠٧ - ٢٥٠٠٧ (٢) ٨ مايو ١٩٥٥ السابق الاشارة اليه . - ٢٣ مايو

٢٨٧٠١٨٠٩٠٦ (٣) دى هلس ج ٢ ص ٣٣٩ ن ٧٣ (٤) ٢٩ د، ٩٢٠٠٠٦

١١٠١ (٥) ٧ مايو ١٩٨٠، ١٠، ٢٦٩٠ inscription (٦)

وقت توزيع ثمن العقار » وقد أثارَت هذه المادة ثائرةَ الباحثين فيما يتعلق بضمان الرهن للفوائد .

والفوائد اما أن تكون قد حلت قبل التقييد واما لا . فان حلت قبل التقييد جاز أن يشملها التقييد وقتئذ اذ ترصد قيمتها من ضمن البيانات التي تبين بالقائمة المعدة للتقييد^(١) لان الفوائد هنا لم تخرج عن كونها ملحقةً للدين الاصلى . وفي هذه الحالة لا بد وأن ترتفع الى مرتبة الدين الاصلى فتأخذ درجته عند التوزيع^(٢)

وان كانت الفوائد لم تحل بعد وقت التقييد وانما ستحل فيما بعد فانه من الخطر المحقق بمجموعات الغير أن يقرر القانون ضمان الرهن لهذه الفوائد المستقبلية، اذ لا يعرف متى يقف مداها والى أى حد ينتهى بها السير . وربما يقع أن تبلغ قيمة الفوائد مبلغاً يساوى الدين الاصلى، فلا يتحمل العقار المرهون الوفاء بالدين مضاعفاً ولا الوفاء من باب أولى للدائنين الآخرين . ويخشى من طريق آخر أن يتواطأ المدين مع دائنيه على جعل الرهن متمشياً مع فوائد سبق دفعها ، وذلك من طريق الحاق الضرر بالدائنين . لهذا الغرض رأى الشارع أن لا يتدخل فى الامر ويعمل على رفع مظان الخواوف والخطاطر عن الغير وسد باب التواطؤ على المدين . فقرر بالمادة ٥٦٨ المذكورة أن العقار المرهون لا يضمن بحكم القانون من الفوائد المستقبلية الا فوائد سنتين اثنتين فقط اذا استحقت هذه الفوائد حتى وقت التوزيع^(٣)

(١) قارن ٢٦ ابريل سنة ١٩٠٦ ، ٥ ، ٢٢٢ وأسباب الحكم

(٢) راجع المادة ٢١٤٨ فرنسى المعدلة بقانون ٣١ مايو ١٩١٨ تديلاهاما

(٣) أنظر المادة ٢١٥١ مدنى فرنسى قبل وبعد تعديلها بقانون ١٧ يونيو ١٨٩٣ . اذ كانت تقرر المادة المذكورة ضمان العقار لفوائد سنتين وفوائد السنة الجارية . وكانت تقرر جواز طلب قيد خاص عن فوائد أخرى خلاف السابقة أى فوائد لسنتين قد مضت وحلت الفوائد وأصبحت ديناً فى ذمة المدين ويضمن الرهن هذه الفوائد الجديدة من تاريخ التقييد الجديد . وتمدت هذه المادة الفرنسية وقررت ان يضمن الرهن فوائد ثلاث سنوات وأباحت أيضا طلب القيد عن فوائد أخرى ويعتبر ضمان الرهن لها من تاريخ التقييد

وعلى ذلك لا يضمن الرهن من الفوائد الا بقدر فوائد سنتين وعلى شرط أن يذكر بعقد الرهن أن للدين فوائد وأن هذه الفائدة بقدر كذا في المائة وأن يكون ذلك ظاهراً بالقيود أى بالقائمة المطلوب قيدها حتى يعلم الغير بأن للدين فوائد بقدر كذا (١) ولا يجوز أن يتعدى الضمان السنتين (٢)

والفوائد التي تزيد عن السنتين لا يضمها الرهن ، بل تعتبر ديناً عادياً غير مضمون بالرهن . أى لا تكون ممتازة كتمتياز فوائد السنتين ، وكتمتياز الدين الاصلى . ويعتبر الدائن بها دائماً عادياً ، يتقاضاها حتماً من مدينه . وفي هذه الحالة يتزاحم هذا الدائن العادى مع جماعة الدائنين العاديين فى اقتسام بقية ثمن العقار (اذا كانت هناك بقية) اقتساماً تناسيبياً لديونهم . بمعنى أن الدائن المرتهن لا يحرم مطلقاً من الفوائد الزائدة عن فوائد السنتين ، انما يحرم فقط من حق الامتياز ، فلا يتقاضاها ممتازة عن بقية الدائنين العاديين

ولكن كيف تحتسب هاتان السنتان ؟ فهل يجوز احتسابهما فى أى وقت ، مثل التوزيع حتماً ، أو لا بد فيهما أن يكونا السنتين اللتين حلتا مباشرة بعد حصول القيد أو السنتين السابقتين مباشرة على التوزيع ؟ ان فى المسئلة خلاف . ويظهر أن القضاء المصرى يميل الى احتسابهما اذا سبقتا حكم مرسى المزداد مباشرة (٣) ويميل الفقه المصرى الى احتسابهما فى أى وقت من الاوقات السابقة على وقت التوزيع ما دام أن القاتون لم يعين الوقت واطلق القاعدة بوجه عام (٤)

وجرى القضاء المصرى على الأخذ بالقاعدة المقررة بالمادة ١١٥١ مدنى فرنسى بجواز طلب قيد خاص عن فوائد أخرى خلاف فوائد السنتين ، أى فوائد لسنتين أخرى . وقد مضت هذه السنون واستحقت معها الفوائد . أى يجوز حصول القيد فى

(١) ٢٦ ابريل ١٩٣٥ ، ٢٢٢ — ٢٠ فبراير ١٩٠٨ ، ٣٢٨ (٢) ٣٠ فبراير

١٩٣٨ — ٢٩ ابريل ١٩٠٩ ، ٢٦٣ (٣) ٨ مارس ١٩٠٩ ، ١١ ، ١٤٩ —

قارن ٨ ديسمبر ١٩٠٩ ، ٣٣ (٤) جرائمولان ص ١٠٧ ن ٣٨٨

هذه الفوائد المستحقة باعتبارها قد أصبحت ديناً قد اشتملت به ذمة المدين . وفي هذه الحالة لا يسرى مفعول هذا القيد الجديد الا من وقت حصوله . أى أن الرهن لا يضمن هذه الفوائد التى استحقت وتقيدت بسجلات القيد الا من تاريخ القيد . وعلى ذلك يفضل على صاحبها من كان له قيد سابق على هذا القيد^(١) ولا ضرر البتة من الأخذ بهذه القاعدة ما دام أن من شأن القيد أن يعلن الكفاية بأن هناك فوائد أخرى قد استحقت وأصبحت ديناً فى ذمة المدين وأنها أصبحت الآن مضمونة لا بالقيد القديم الخاص بقيد الرهن انما بقيد جديد خاص بها . ولكن ألا ترى أن فى ذلك توسعاً فى تفسير المادة ٥٦٨ وفى جعل الرهن يضمن فوائد غير الفوائد المقررة بها ، اذا راعينا أن النص المصرى جاء خلواً من التنويه على جواز ذلك كما أجازته بنص صريح المادة ٢١٤٨ ، دنى فرنسى ؟ ولكن ما دام أن الفوائد الاخرى قد استحقت وأصبحت ديناً فى ذاتها ، فلماذا لا تعتبر ديناً مستقلاً بذاته تسرى عليه القواعد العامة من أنه لا يمتاز على غيره من الديون الا بتقرير ضمان خاص به ؟ أى أنه يجب فى هذه الحالة أن يعمل له رهن جديد ، أى عقد رسمى جديد يضمنه ؟ ويظهر أنه لما كانت هذه الفوائد الاخرى المستحقة هى ملحقة للدين الاصلى المضمون بالرهن ، وأن القاعدة العامة أن الرهن يضمن الاصل وملحقاته (وأن القانون لم ينص على قصر الضمان الا لفوائد سنتين مستقبليتين ، الا من طريق حماية الغير حتى لا يفاجؤون بفوائد عن مدد طويلة ربما تستغرق وحدها ثمن العقار كله) أجاز القضاء المصرى عمل قيد جديد بالفوائد الاخرى التى استحقت وجعل الرهن الاصلى شاملاً لها باعتبارها فى الاصل ملحقة بالدين الاصلى ، وانما قد استبعدت هذه الفوائد الاخرى من الاستفادة من القيد الاصلى لاجل مراعاة مصلحة الغير فقط . وأما اذا روعيت مصلحة الغير فى حالة القيد الجديد

(١) ٢٨ مايو ١٩٠٠ ، ١٢٠٩٠٠ ، ٢٧٦ ، ١٠٥ ، ٢٤ ، ١٠ — ٦٢ ، ١٠ — ١٢٩ ، ١٩ —

٢٨١ ، ١٩ — قانون المادة ٢١٤٦ فرنسى المعدلة تمديلاً هاماً سنة ٩١٨ والمادة ٣٠١٠ من

القانون المدنى الايطالى

فلا محل للخوف . طامقاً ما دام أنه لا يكون للقيود الجديد أثر الا من تاريخ قيده . ولكن ألا يلاحظ من طريق آخر أن هذا القيد ربما يضر الدائنين الماديين الذين يتراحمون مع الدائنين في هذه الفوائد الاخرى المستحقة نزاهةً يفضى الى التوزيع بنسبة ديونهم ؟ اذ بهذا القيد الجديد يصبح الدائن الاصلى دائناً ممتازاً عليهم من تاريخ القيد ؟ قد يمكن أن يرد على ذلك أنه لما إذا لم يعمل الدائنون العاديون هم الآخرون على التضمين على ديونهم كالدائن في طلبه للقيود الجديد ؟ تقول انه ربما يكون هذا الاعتراض مردوداً لان الدائن العادى لا يملك عمل قيد جديد يستند فيه على رهن قديم سابق موجود . بل لا بد له من رهن جديد ، وهو لا يملك ذلك وحده لان الامر فيه معقود بارادة المدين الذى لا يريد حتماً أن يقرر رهننا على عقاره . لهذا كله تتردد في قبول رأى القضاء المصرى فى التجويز بعمل قيد جديد ذى أثر من وقت حصوله عن فوائد أخرى خلاف فوائد السنتين ، اذا استحققت هذه الفوائد الاخرى ، مادام أنه لم يرد بالقانون المصرى نص يحكى النص الفرنسى ٢١٥١ المتقدم واذا كان القضاء المصرى قد أباح عمل قيد جديد عن فوائد قد استحققت فهل يجوز الاتفاق بين الراهن والمرتهن على أن يكون القيد الاول للرهن ضامناً أيضاً لسنتين أخرى معينة العدد ، خلاف السنتين المقررتين بالمادة ٥٦٨ المذكورة ؟ أى هل يجوز الاتفاق على جعل الرهن ضامناً أيضاً لسنتين أو ثلاث سنوات أو أكثر ، خلاف السنتين المذكورتين بالمادة ٥٦٨ ، وأن يسرى هذا الضمان من تاريخ قيد الرهن دون حاجة الى طلب عمل قيد جديد عند حلول المدة الجديدة واستحقاق أرباحها ؟ تقول بالسلب لان فى ذلك اتفاقاً غير مشروع^(١) وهو ينقض الاحكام التى قررها الشارع لحماية الجماعات الغير بما فيه مصلحة ظاهرة للنظام العام^(٢) الخاص بالحركة العقارية ونظام الرهن العقارى^(٣) ذلك لان فى تقرير القانون لمدة سنتين فقط

(١) illicite (٢) ordre public (٣) استثناء م ٢٨ مايو ١٩٠٠

م ت ق ، ١٢ ، ٢٧٦ ، ٣٠ - يناير ١٩٠٧ ، ١٩ ، ١٢٩ . - قارن ٨ مارس ١٩٠٩ ، ١١ .

١٤٩ . - وقارن أيضاً ٢٩ ، ١٩٠٧ ، ١٩ ، ٢٨١ .

تقريراً لحماية الغير ومتى كان كذلك فلا يملك العاقدان الافتيات على مصلحة الغير وربما يخشى من طريق آخر فيما اذا قيل بعكس ذلك أن يتواطأ العاقدان اضراراً بالغير على التضمين على هذه الفوائد بعقد الرهن بينما تكون قد دفعت في الحقيقة من قبل (١) وأما بالنسبة للفوائد التي استحققت بعد حكم مرسى المزداد حتى انتهاء التوزيع فانه يجب ضمها الى الدين الاصلى والحاقيها به . وهذه الفوائد هي غير الفوائد المستحقة قبل حكم مرسى المزداد (٢)

ويلحق بالفوائد ريع المرتبات الحيوية (٣) فيما يتعلق بالمادة ٥٦٨ المذكورة (٤) هذا ويصح ان تتمشى أيضاً المادة ٥٦٨ المذكورة الخاصة بالرهن على الامتيازات (٥) لان الخطر المحقق بجاءات الغير من تراكم الفوائد واحد في الرهن والامتيازات . (وهذا ما قضت به المادة ٢١٥١ مدني فرنسي بعد تعديلها سنة ١٨٩٣) ولكن لم يشأ القضاء المصري المختلط الاخذ بهذا الرأي . وحجته ان المادة ٥٦٨ المذكورة انما هي قاصرة على الرهن دون غيره . وما دام كذلك فيجب في غير احوال الرهن ان يرجع للقواعد العامة . أى ما دام ان الفوائد ملحقة بالدين الاصلى وملحقاته فيجب ان يضمن الرهن الدين الاصلى وملحقاته . واستند القضاء المصري في رأيه هذا الى القضاء الفرنسي الذي كان معروفاً في تفسيره للمادة ٢١٥١ قبل تعديلها سنة ١٨٩٣ هذا هو عن الدور الاول للمادة ٥٦٨ المذكورة قبل تعديلها سنة ٩١٢ . وننظر الآن في آثارها بعد تعديلها .

(١) حكم ٢٩ مايو ٩٠٧ المذكور، ١٩، ٢٨١، — جرائمولان ص ١٠٨ ن ٣٩٠
 (٢) انظر بودري مع دي لوان، ج ٣ ن ١٧٢٣ — ابرى ورو فقرة ٢٨٥ ن ٢٤ . —
 ٨ ديسمبر ٩٧، ١٠، ٣٧، — ١٣ و ١٤ مايو ٩٠٣، ١٥، ٢٨٥، ٢٩٧، — ٩ ديسمبر
 ٩٠٣، ١٦، ٤٤، — ٢٩ مايو ٩٠٧، ١٩، ٢٨١
 (٣) arrérages des rentes viagères
 (٤) جرائمولان ص ١٠٨ ن ٣٩٢ — والقضاء الفرنسي أيضا . انما يستند في هذه الحالة
 على المادة ٢١٥١ التي ذكرت عبارة ريع المرتبات (٥) privilèges : جرائمولان ص
 ١٠٩ ن ٣٩٣

١٣٧ — المور الثماني : عدل الشارع المادة ٥٦٨ / ٦٩٢ مدني بقانون رقم ٢٤ سنة ٩١٢ بالكيفية الآتية : « يترتب على تسجيل الرهن ان يكون المرهون تأمينا على أصل الدين وعلى فوائد سنتين ان كان هناك فوائد مستحقة وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية وعلى ما يستحق من ذلك التاريخ الى وقت توزيع ثمن العقار المرهون . فإذا سجل أحد الدائنين التنبيه انتفع باقي الدائنين بهذا التسجيل » (١) والذي يستفاد من هذا النص الجديد بعد مقارنته بالنص القديم ما يأتي :

١ — ان الشارع أصر على تقرير سنتين للفوائد . وبينما قد جعل السنتين في المادة القديمة قبل التوزيع اذ جعلها في المادة الجديدة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . ونعلم بأنه في عهد المادة القديمة قد قام الخلاف بشأن الوقت الذي يجب فيه احتساب مدة السنتين . اذ كان يحصل التساؤل فيما اذا كانت المدة تحتسب بعد القيد مباشرة أو تحتسب قبل التوزيع مباشرة . ورأينا بأن القضاء المختلط كان يقضي بالرأى الثاني . وأما الفقه المصري فانه يقول باحتساب السنتين في أى وقت ما دام انهما قبل التوزيع . لان القانون لم يخصص بل أطلق نصه . بوجه عام . وأما المادة الجديدة فقد جعلت احتساب المدة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . ولكن هل بدأ أجهزت على الخلاف المعروف في عهد المادة القديمة ؟ نظن لا . لانه يصح التساؤل هنا أيضاً هل يحصل احتساب المدة عقب القيد مباشرة أم قبل تسجيل التنبيه مباشرة ، أم يجوز احتساب

(١) فيما يتعلق بالمادة القديمة والمادة الجديدة انظر الابحاث الاتية :

Choukry Tambay : examen critique de la loi modifiant l'art. 692 du droit civil mixte (Egypte contemporaine t. IV, 1913. p. 161 — 191; 192 — 199)

F. Legrand : note sur l'application de l'art. 692 du code civil mixte, et les théories relative à la rétroactivité (Egypte contemporaine, t. IV, 1913. p. 225 — 255)

Palaqui Cao (Consul-juge d'Italie) : de l'interprétation et de la portée du nouvel article 692 du code civil mixte (Gazette des Tribunaux Mixtes, t. III, p. 19

المدة فى أى زمن فى الفترة بين التقيد وتسجيل التنبيه ؟ والذى تميل إليه الاخذ بهذا
الرأى الاخير ما دام ان النص الجديد قد ورد هو الآخر بشكل عام لا بشكل خاص .
أى اننا نقر هنا المبدأ الذى قرره الفقه المصرى فى العهد القديم والذى خالف فيه
القضاء المختلط فى ذلك العهد

٢ — ان المادة الجديدة قد نصبت على ان الفوائد التى تستحق من وقت
تسجيل التنبيه حتى التوزيع تصبح هى الاخرى مضمونة بالرهن . ولقد رأينا فى عهد
المادة القديمة ان القضاء المختلط قرر بأن الفوائد التى تستحق بعد مرسى المزاى لغاية
التوزيع تلحق هى الاخرى باصل الدين وتصبح مضمونة بالرهن . وأما الفوائد المستحقة
قبل مرسى المزاى فلا . ولكن المادة الجديدة جعلت الفوائد مضمومة بالرهن اذا
استحقت من وقت تسجيل التنبيه حتى نهاية التوزيع . وعلى ذلك جاء القانون الجديد
أصلح للدائن من القانون القديم

٣ — ولما كان الفوائد التى تضم الى الاصل والتى يضمنها الرهن لا تحسب
الا من وقت تسجيل التنبيه ، وانه يحتمل أن يكون هناك أكثر من دائن واحد ،
ويترب على هذه الكثرة تقاطر الدائنين على تسجيل التنبيهات بما يجبر وراءه مصاريف
ربما تثقل ظهير المدين ، لذا رأى الشارع ان يقرر بالنص الجديد بأن تسجيل التنبيه
الواحد يجعل بقية الدائنين يستفيدون منه ، أى كأنهم سجلوا هم الآخرون

٤ — رأينا فى عهد النص القديم أن القضاء المختلط أبى بحق الحكم بصحة
الاتفاق بين الطرفين على جعل الرهن يضمن سنين أخرى خلاف السنتين المقررتين
بالمادة ٥٦٨ / ٦٩٢ مدنى . ولاحظنا أن حجة القضاء فى ذلك ترجع الى أن مثل هذا
الاتفاق ضار بحقوق الدائنين الآخريين ، وأنه لا يملك المتعاقدان الاقتيات على حقوق
الغير التى حماها القانون بتقرير ضمان خاص وهو قصر الرهن على فوائد سنتين فقط .
ولاحظنا أن فعل هذا الاتفاق ماس بالنظام العام وأن سببه يعتبر غير مشروع ولكن
يظهر أن يشكوى المصارف المالية قد علت من جعل مزايا الرهن قاصرة على فوائد

سنتين فقط^(١) وأن الفوائد الأخرى لا تلحق بأصل الدين بالنسبة للرهن، لا بالنسبة للفوائد المستحقة من وقت مرسى المزايد من التوزيع، رأى الشارع أن يقرر زيادة في الضمان للدائن فجعل الرهن يضمن الفوائد من وقت تسجيل التنبيه حتى تمام التوزيع. وأما الفوائد المستحقة من وقت القيد حتى التسجيل فلا يضمن فيها الرهن إلا فوائد سنتين فقط في أي وقت من أوقات الفترة المحصورة بين القيد وتسجيل التنبيه كما ذكرنا

١٢ - في وقت حصول القيد

١٣٨ - الاصل أنه لم يكن هناك وقت معين لحصول القيد. وإنما بهم الدائن أن يسارع بعمل القيد. لأنه لا يستفيد من الرهن إلا وقت قيده من حيث الأولوية قبل الغير. فإذا تأخر عن القيد وسبقه صاحب حق عيني عقارى وسجل أو قيد قبله فضل عليه حتماً وان كان صاحب المصلحة في القيد غير مقيد بوقت ما في طلب القيد إلا أن هناك ظروفاً تحول دون الانتفاع بالقيد. ويحصل ذلك فيما يأتي:

- (١) إذا سبق للرهن التصرف في العقار وسجل المشتري، أو بعبارة عامة سجل صاحب الحق العيني العقارى عقده، فلا يستفيد الدائن المرتهن من قيد الرهن. وفي ذلك تقول المادة ٥٦٥/٦٨٩ مدنى و٢١٤٦ فرنسى ما يأتى « لا يصح التمسك بحق الرهن العقارى ان لم يسجل في قلم كتاب المحكمة التابع اليها مركز العقار قبل التصرف فيه للغير من قبل مالكه الراهن له وهذا مع عدم الاخلال بالتقواعد المقررة في مواد التفليس»
- (٢) لا يستفيد مطلقاً صاحب الرهن أو صاحب الامتياز من القيد اذا أفلس المدين التاجر أى صدر حكم الافلاس اذ لا يسرى هذا القيد ضد جماعة الدائنين^(٢) (المادة ٥٦٥ المذكورة. والمادة ٢٣١/٢٣٩ تجارى و٤٤٨ فرنسى) لأنه يصدر حكم الافلاس يصبح المدين وقد منع من التصرف والانتفاع بأمواله. وعلى ذلك

(١) تقرير المستشار القضائى عن سنة ٩١٢ النسخة العربية ص ٢٣ — التنفيذ للكتور

ابو هيف بك ص ٤٧٨ ن ٧٢٠ وللكتور عبد الفتاح السيد بك ص ٤٠٦ ن ٥٨١

(٢) masse

لا يصح التعاقد بالرهن أو الامتياز معه كما لا يصح أيضاً قيد الرهن الذي انعقد صحيحاً ولكن حصل تأخير في القيد حتى صدر حكم الافلاس

وأما اذا حصل القيد بعد تاريخ توقف المنفس عن الوفاء بديونه أو حصل القيد في ظرف الايام العشرة السابقة مباشرة على تاريخ توقف المنفس عن الوفاء بديونه فإنه يجوز اعتبار القيد مفيداً كما يجوز اعتباره غير مفيد ، أى يجوز اعتباره ذا أثر قانونى أو معدوم الاثر القانونى طبقاً للظروف التى أحاطت به ، وذلك فيما اذا مضت مدة تزيد عن ١٥ يوماً بين تاريخ حصول عقد الرهن أو عقد الامتياز وتاريخ القيد مع ملاحظة مواعيد المسافة (المادة ٢٣١ / ٢٣٦ تجارى) كل ذلك لان الشارع لا يرضى أن يمكن الدائن المرتهن ، لسبب عدم قيد رهنه ، من ترك الناس يخدعون بما يرونه من مظاهر الملاءة الظاهرة على المدين من جراء عدم قيد الرهن . وفي القيد ما لا يخفى من زوال أمارات اليسر وظهور دلائل العسر^(١) أى أن القانون فى تقريره لجواز الحكم بزوال الأثر القانونى للقيد اذا حصل بعد مضى ١٥ يوماً بين عقد الرهن والقيد ، أراد دعوة الدائن المرتهن الى المسارعة الى القيد حتى لا يعرض قيد رهنه لاحتمال زوال الاثر القانونى عنه . لانه بالقيد واثهار الرهن وجعله علنياً يصبح المدين التاجر الرهن وقد علم الناس منه مبلغ ما يحيط به من مخاوف العسر فيقبضون أيديهم دون التعامل معه . والا اذا تأخر المرتهن فى القيد وترتب على ذلك أنخداع الناس بالمدين الرهن لعدم وجود قيد ضده ، جاز فى هذه الحالة الحكم بزوال الاثر القانونى عن القيد

١٣ - فى زوال القيد وتجديده

١٣٩ - فى زوال القيد^(٢) : يبطل مفعول القيد اذا لم يحصل تجديده فى ظرف عشر سنوات من وقت حصوله . وفى ذلك تقول المادة ٥٦٩ / ٦٩٣ مدنى و٢١٥٤ فرنسى ما يأتى : « تسجيل الرهن^(٣) يصير لاغياً^(٤) اذا لم يجدد فى ظرف

(١) جرانولان ص ١١٠ ن ٣٩٥ (٢) péremption de l'inscription

(٣) l'inscription (٤) périmée

عشر سنين من وقت حصوله . انما للدائن بعد ذلك أن يستحصل على تجديد التسجيل ان أمكن قانونا . لكن لا تعتبر درجة الرهن في هذه الحالة الا من تاريخ تجديد التسجيل « وتجديد القيد وقف على القيد دون التسجيل . أى أنه في حالة التسجيل لا يلزم صاحب العقدة المسجل بالتجديد بل يظل مفعول التسجيل قائما بطريقة دائمة . ولقد أراد الشارع من مشرعية تجديد القيد أن يجعل البحث في سجلات القيد أمراً سهلاً على الباحثين أصحاب المصالح العقارية حتى لا يخرجون في ابهامهم عن دائرة السجلات الحديثة التي لم تمض عليها أكثر من عشر سنوات . لانه لو لم يحصل التجديد كل عشر سنوات لاصبح البحث في السجلات يتناول سجلات سنين عديدة ، وهذا ما يخشى معه من حصول أغلاط تتأثر منها الحركة العقارية الرهنية للبلاد ^(١) وعلى ذلك يكفي للباحث أن يقصر بحثه على سجلات مدة عشر سنين . وفي هذه الحالة يجب عليه أن يعرف أسماء المالكين للعقار المرهون والذين تعاقبوا عليه مدة عشر سنوات . وربما يزول تجديد القيد اذا أخذ بمصر بنظام السجلات العقارية لان العلانية في الملكية تكون اذ ذاك بطريقة الاشهار العيني ^(٢) وهي طريقة بعيدة في الغالب عن الوقوع في الاخطاء التي تلاحظ عادة في طريقة الاشهار الشخصي ^(٣) هذا ومن شأن بطلان القيد بسبب عدم التجديد تخفيف مسئولية قلم الكتاب بسبب مايجتمل أن يقع منه من الاغلاط في اجراء القيد عند اعطاء شهادة بالتسجيلات والقيود (المادة ٦٣٧ / ٧٦٩ دنى) ولقد خفت المسئولية هذه أيضا في الوقت الحاضر بعد صدور قانون ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ وصدور قرار وزارة الحفانية في ١٢ يوليو سنة ٩٢٣ بشأن حفظ أصل العقود وأصل قوائم الرهن بملفات على حدة باقلام التسجيل وعدم نقل ذلك بدفاتر التسجيل والقيد . اذا ما كان محتملا وقوعه من النقل في السجلات اصبح مستحيلا الآن ما دام لا يحصل نقل بالمرّة . هذا ومن شأن التجديد أيضاً أن لا يجعل هناك محلا لطلب شطب الرهن . لانه اذا لم يحصل تجديد زال مفعول

(١) جرائدولان ص ١١١ ن ٣٩٧ مكررة (٢) publicité réellé

(٣) publicité personnelle

القيد وهو ما يحكى الشطب . ولكن الشطب لا بد منه اذا اراد الراهن الاطمنان على تحرير عقاره ، لان عدم التجديد لا يحول دون حصوله بعد مضي المدة ، وفي ذلك خطر بالمرتهن ، لان تأخير مرتبة الرهن وجعلها من وقت التجديد بعد العشر سنين لا يهيم الا الدائن لا المدين

ومن شأن بطلان القيد لعدم حصوله في مدة عشر سنين زوال القيد نفسه ولكن يبقى الرهن مع ذلك قائماً . انما لا يعتبر للرهن مفعول الا من وقت تجديد قيده وكان الرهن قد عمل حديثاً . وعلى ذلك تنفذ عليه التسجيلات والقيود السابقة على تجديد القيد الحاصل بعدهمى عشر سنين . أى أن الرهن يفقد مرتبته الأولى التى كانت له أولاً . وربما يترتب على عدم التجديد فى الوقت القانونى زوال منفعة التجديد بالمرّة ، وذلك فيما اذا اعترض الدائن المرتهن حادث قضى على الانتفاع بالتجديد كفافلاس المدين التاجر أو سبق تصرف المدين قبل التجديد فى الوقت القانونى^(١)

والغير الذى ينتفع من عدم التجديد فى الوقت القانونى هو نفس الغير الذى يستفيد من عدم حصول القيد الاول . ولا عبرة بما اذا كان هذا الغير يعلم بسبق حصول الرهن وبسبق حصول القيد المالى والذى لم يتجدد^(٢)

١٤٠ — فى تجديد القيد : يجب تجديد القيد فى الرهن ، وفى الامتياز أيضاً ولو ان القانون لم يأت بنص يتعلق بالامتياز . على أنه يلاحظ فى حالة امتياز البائع أن هذا الامتياز لا يخضع لتجديد القيد ما دام انه محفوظ بتسجيل البيع . ويظهر أن القضاء الفرنسى يحتم على العكس ضرورة تجديد القيد الحاصل بمعرفة حافظ السجل ومن تلقاء نفسه^(٣) وسنبين ذلك عند ما نتكلم على الامتياز ويقوم بالتجديد الدائن أو من يحل محله فى الدين بالحلول^(٤)

(١) ١٤ ديسمبر سنة ١١٠٩٨ . ٤١ ، ١١ ، (٢) ٤ ديسمبر سنة ١١٠٩٨ ، ٤١ ، ١١ —

٢٢ يونيو سنة ١٦٠٩٠٤ ، ٣٣٩ ، (٣) ٢٨٩ ، ٢٠٩٧ ، د — ١٢١ ، ١٠١ ، ٦٥ ، د

— جرانمولان ص ١١٢ ن ٤٠١ (٤) ٢٢ يونيو سنة ١٦٠٩٠٤ ، ٢٢٩ ، ١٦ ، ١٦٠٩٠٤

ويحصل القيد في ظرف عشر سنين^(١) يحتسبها القضاء المصري المختلط على حساب السنة الميلادية لا السنة الهلالية^(٢) وهذا على خلاف ما اتبعه في حساب مدد التقادم اذا رجع فيها الى الحساب الهجري . وحقته في احتساب مدة التجديد بالحساب الميلادي ان هذا الحساب أصبح عمدة الناس في المعاملات التجارية والمدنية وعوات عليه الحكومة في أعمالها الحسابية . وفوق ذلك فان تاريخ العقود الرسمية لا يثبت الا بالتاريخ الميلادي . وان سجلات التسجيل والقيد يرجع في مسكها الى التاريخ الميلادي أيضاً^(٣) وفي احتساب مدة السنين العشرة لا يجوز احتساب أول يوم القيد^(٤) أخذاً بالقاعدة الرومانية المعروفة^(٥) انما يجب احتساب آخر يوم^(٦) حتى ولو كان يوم عطلة

ويجب في تجديد القيد ان يشار في القيد الجديد بأنه تجديد لقيد قديم . ولو ان القانون لم ينص على طريقة حصول القيد ، حتى يستطيع الغير معرفة ان التجديد قد احتفظ الرهن بمرتبته الأولى المقررة له . والا اذا حصل التجديد دون الاشارة الى انه تجديد لقيد سابق فلا يكون ذا اثر الا من وقت حصول التجديد لا من وقت حصول القيد الاول^(٧) ويجب فوق ذلك ان يكون مبيناً بالتجديد جميع البيانات اللازمة للقيد الاول . وذلك لأن التجديد لا يصبح الغير ملزماً بالبحث في القيود السابقة على التجديد^(٨) على ان القضاء الفرنسي لا يحتم ذلك ويرى صحة التجديد اذا أشير به في القيد القديم اشارة صريحة لا يترتب عليها شك ما^(٩) وعند التجديد يجب أن يقدم طالب العقد نسختين من قائمة الرهن كما يحصل

(١) وبجملها القانون البلجيكي ١٥ سنة والقانون الايطالي ٣٠ سنة

(٢) ٢٤ ديسمبر سنة ٩٨ ، ١١ ، ٦٩ ، ٠ — ٢١ يناير سنة ٩٠٩ ، ٢١٠ ، ١٢١

(٣) جرانولان ص ١١٢ ن ٤٠٣ (٤) dies a quo

(٥) dies ad quem (٦) dies a quo nou computatur intermino

(٧) د ، ٨٢ ، ١ ، ٤٨٠ ، ٣٤٨ — ١٥ يونيو سنة ٩٣ ، ٥ ، ٣١٦

(٨) أنظر ١٥ يونيو سنة ٩٣ ، ٥ ، ٣١٦ (٩) س ٤٠ ، ٩٠ ، ١ ، ٣٩٢

ذلك أيضاً في حالة القيد الاول (المادة ٥٦٦ / ٦٩٠ مدني) وليس من الضروري أن يقدم طالب القيد ، وقت تقديم القامدين ، عقد الرهن الرسمي . ومصاريف التجديد على المدين^(١) ويترتب عليه نفاذ مفعول الرهن بالنسبة للغير مدة عشرة سنوات أخرى مع الاخذ بمرتبه الاولى التي تقررت له بالقيد الاول كما ذكرنا . وكلما تجدد القيد كلما تجددت مدة السنين العشر وظلت درجة الرهن حافظة لمرتبتها الاولى . ولا محل للتجديد اذا قام الدائن بالاتفاح بالمقوق المقررة له بالرهن للحصول على دينه من ثمن العقار^(٢) وعلى ذلك لا محل للتجديد في الاحوال الآتية :

- (١) في حالة رسو المزداد و بعد مضي مدة المزايدة . وفي ذلك تقول المادة ٥٧٠ / ٦٩٤ مدني ما يأتي : « اذا بيع العقار على يد المحكمة^(٣) وهضت المواعيد الجائز فيها اعادة البيع عند وجود المزايدة على الثمن المبيع^(٤) فلا يلزم تجديد التسجيل^(٥) » —
- (٢) اذا بيع العقار المرهون من المدين الراهن الى مشتر وقام هذا الاخير بعملية التطهير^(٦) وعرض الثمن على الدائنين وقبل هذا الاخير ما عرضه المشتري (المادة ٦٩٤ مدني مختلط في عبارتها الثانية التي لا مثيل لها بالقانون الاهلي . وأما فقرتها الاولى فهي تقابل المادة ٥٧٠ مدني أهلي) ويظهر أن الدائنين جروا في مجالات العمل على عمل تجديد الرهن حتى يستوفوا ديونهم كاملة — (٣) في حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة . ذلك لأنه بنزع الملكية يصبح الدائنون وليس لهم سوى تقاضي ديونهم من ثمن العقار^(٧) — (٤) وفي حاة البيع الاداري بسبب عدم دفع أموال الحكومة المستحقة طبقاً لقانون ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ . اذ يطهر هذا البيع العقار من كل شائبة عقارية^(٨)

(١) ٨ مايو ١٩٠١ ، ١٣ ، ٢٨٦ ، (٢) دي لوان مع بودري ، ج ٣ ن ١٨٠٣ وما بعدها . — بلانيول ٣٠٥٢ (٣) vente judiciaire (٤) surenchère (٥) أنظر ١٤ ديسمبر ١٨٩٨ ، ١١ ، ٤١ . — وفيما يتعلق بالمزاد الحاصل بمعرفة المديره بين وطنيين أنظر ١٦ ابريل ١٩١٣ ، ٣١١٣ (٦) purge (٧) أنظر المادة ٢٩ من قانون نزاع الملكية للمنفعة العامة الصادر في ٢٤ ديسمبر ١٩٠٦ (٨) أنظر قانون ٢٨ مارس ١٨٩٠ المادة ٧

أى انه فى جميع الاحوال التى يستحيل فيها العقار الى تقود لاملح للتجديد (١).

١٤ - فى شطب القيد

١٤١ - يحصل شطب القيد (٢) بالتأشير بها مش القيد بما يفيد زواله واعتباره كأن لم يكن ، أى ان القيد لا يشطب شطباً مادياً . ويحصل الشطب اذا انتهى الغرض المقصود من القيد . ويحصل الشطب بحكم قضائى أو برضا الدائن . ولا يجوز لكاتب السجل أن يجرى الشطب بغير ذلك . وتقول المادة ٥٧١ / ٦٩٥ مدنى و ٢١٥٧ فرنسى ما يأتى : « لا يجوز محو تسجيل الرهون الا بناء على حكم صادر اتمهائياً أو برضاء الدائن المرتهن الحاصل بتقرير منه فى قلم كتاب المحكمة »

١٤٢ - الشطب بمحكم قضائى : يطلب الشطب الى القضاء اذ لم تصبح للقيد فائدة ما . كما اذا دفع الدين أو كان عقد الرهن عقداً باطلاً أو تقادم الدين ، (المادة ٢١٦٠ مدنى فرنسى وحكمها عام) ويطلب الشطب كل من له مصلحة فى زوال القيد كالدائن المرتهن الذى جاء بعد المرتهن الاول ، أو المشتري للعقار ، أو المدين نفسه . على أنه لا يجوز للمدين حق طلب شطب القيد لعيب شاب القيد نفسه لان القيد انما شرع فى مصلحة الغير لا فى مصلحته هو . وترفع دعوى الشطب ضد من له مصلحة فى بقاء القيد . ولا ترزع ضد كاتب السجل (٣) وترفع الدعوى أمام محكمة محل وجود العقار (المادة ٥٧٢ / ٦٩٦ مدنى و ٢١٥٩ فرنسى) فإذا تعددت المحاكم بتعدد العقارات رفعت كل دعوى أمام محكمة محل وجود كل عقار (٤) . ولكن اذا تعلق الشطب بدعوى الدين نفسه جاز الحكم بالشطب من المحكمة المطروحة امامها الدعوى الخاصة بالدين ولو كانت خلاف محكمة محل وجود العقار . لانه لا معنى لمطلقة لازام الرهن برفع دعوى الشطب بدعوى مستقلة بعد الحكم له بزوال الدين الاصلى

(١) دى هلس ج ٢ ص ٣٤٣ ن ٩٠ و ص ٣٤٤ ن ٩١ - ٩٣ (٢) radiation

(٣) ٢٠ يونيو ٩٣ ، ٥ ، ٣٢٢ - انظر ٢ ابريل ٩١ ، ٣٠٣ ، ٢١٣

(٤) جرائم ولان ص ١١٥ ن ٤١٧ الهامش ١

وعلى كل حال لا يحصل الشطب الا بعد أن يصبح الحكم به حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه (المادة ٥٧١ المذكورة) وهذا ما تقضى به أيضاً القواعد العامة

١٤٣ - في الشطب برضاء المدين : يحصل رفع القيد^(١) أى الشطب برضاء الدائن . ويجب في الرضاء أن يكون بعقد رسمي^(٢) أى أن الشكل الذى يزول به الرهن هو نفس الشكل الذى يعتقد به الرهن . وربما كان القانون يخشى حصول الشطب بناء على عقد عرفى مزور . الا أنه مع ذلك اذا رضى الدائن بالشطب بورقة عرفية وجب اعتبار ذلك بمثابة وعد بالشطب^(٣) يجوز فيه للمدين مطالبة الدائن بتنفيذه^(٤) ولم ينص القانون بنص خاص فيما يتعلق بالاهلية اللازمة للشطب . الا أنه متى كان من المقرر أن الشطب نتيجة حتمية للوفاء بالدين المضمون بالرهن وجب اعتبار ان من يكون أهلاً لقبول الوفاء بالدين يكون فى الاصل أيضاً أهلاً لقبول شطب الرهن . واذا كان الشطب مطلوباً دون الوفاء بالدين أولاً وجب على من يقرر الشطب اما أن يكون ذا أهلية للتصرف فى الدين نفسه ، لانه يخشى أن لا يدفع الدين البتة بعد شطب الرهن الضامن له ، أو أن يكون ، كما يقول بعض شراح الفرنسيين ، أهلاً للتصرف فى حق عيني عقارى^(٥)

والشطب اما أن ينصرف الى شطب الرهن نفسه ولا يكون ذلك الا بعبارة صريحة قاطعة من صدر منه الرضاء بالشطب . واما أن يكون منصرفاً الى شطب القيد وفى هذه الحالة الاخيرة يظل الدائن حافظاً لحقه فى الرهن ذاته^(٦) وعلى ذلك اذا لم يوف للدائن بدينه جاز له أن يطلب عمل قيد جديد ويسرى مفعوله من تاريخ حصول القيد الجديد .

(١) main-levée (٢) acte authentique

(٣) promesse de main-levée (٤) جرائمولان ص ١١٥ ، ٤٢٠ -

دى هاس ج ٢ ص ٣٤٥ ن ٩٤ (٥) ويقول هذا رأى الاخير القضاء الفرنسى أيضاً : د ١٨٩ ، ١٠٣٩٣ . وحجة هذا رأى الاخيران الشطب يحكى التنازل عن الرهن ، أى التنازل عن

حق عيني عقارى (٦) ٢٣ نوفمبر ١٩٠٩ ، ١٢ ، ٢٧٠ - جرائمولان ص ١١٥ ن ٤٢٢

وما القول بشأن شطب اجراء كاتب السجل وقضى بشأنه القضاء فيما بعد بعدم صحته اما بسبب تزوير العقد المثبت للشطب ، أو بسبب أحد العيوب التي تعيب الرضاء وهي الغش والخطأ والاكراد أو بسبب عدم الاهمية ؟ فبيل بالقيد الجديد يعود الرهن الى مرتبته الاولى فيما اذا لم يحصل شطب بالمرّة ، أى الى مرتبته التي اكتسبها بالقيد الاول ؟ أم لا بد من الأخذ بالقيد الجديد واعتبار مرتبة الرهن من وقت حصول القيد الجديد ؟ وللتفرقة أهمية ظاهرة بين الحالتين . لانه اذا قيل بالرأى الثانى نفذت القيود التي أجراها الدائنون قبل القيد الجديد ، على الدائن الاول . وكذلك التسجيلات الحاصلة قبل القيد الجديد ، والتي يكون أجراها مشتركون للعقار بعد حصول الشطب . واذا قيل بالرأى الاول نفذ القيد الاول المشطوب على القيود والتسجيلات اللاحقة عليه . انه من الواجب القول هنا بضرورة الأخذ بالرأى الثانى . أى لا ينفذ الرهن بقيد الجديد الا من وقت حصول القيد الجديد . لان الغير انما عول على زوال القيد بالشطب فأتى وارتمن أو اشترى العقار وهو يعلم بأنه قد تحرر من القيد المشطوب . لانه لو كان قد وجد القيد لما جازف بالتعاقد مع الراهن . هذا بالنسبة للغير الذى اكتسب حقاً عينياً عقارياً بعد حصول شطب القيد . وأما بالنسبة لمن سبق له أن اكتسب حقاً عينياً عقارياً على العقار قبل حصول الشطب واطمان الى زوال القيد من طريقه فاصبح صاحب المرتبة الاولى ، فانه لا يستفيد من زوال الشطب الذى حكم فيما بعد بعدم صحته . فاذا حصل القيد الجديد ، وجب اعتبار هذا القيد نافذاً على هذا الغير ، من الوقت الذى حصل فيه القيد الاول المشطوب ، لا من وقت القيد الجديد . كل ذلك لان هذا الغير لم يندع عند ما أجرى قيده لانه أجراه وهو يعلم أن هناك قيداً قد سبقه وأصبح مفضلاً عليه . فاذا زال هذا القيد السابق زوالاً مشوباً بعيب مبطل له وعاد الى الظهور ، فهو انما يعود لاجل أن يتبوأ مركزه الاول ويسترد مرتبته الاولى دون أن يكون من وراء ذلك الحاق الضرر بالغير الذى كان من قبل متأخراً عليه . وهذه التفرقة بين الغير اللاحق لشطب الرهن والغير السابق له ، هي

التفرقة التي قل بها القضاء الفرنسي^(١) والتي نأخذ بها هنا . ولنا سند في ذلك المادة ١٩٧ م.ني مختلط اذا أخذنا من طريق القياس فيما قررتة (اذ قررت هذه المادة بأن « بطلان المشاركة المشتملة على نقل ملكية العقار لا يضر بمقتوى الدائنين برهونات مسجلة اذا كانوا قد ارتهنوا مع اعتقادهم صحة الرهن ») وربما تأيد هذا الرأي أيضاً بالفقه المصري^(٢)

وما القول بشأن مراتب هؤلاء الدائنين بعد ظهور عدم صحة الشطب ؟ لقد افترضنا أن هناك ثلاثة دائنين . الدائن الأول الذي شطب رهنه ثم تبين بأن الشطب في غير محله . والدائن الثاني المتيقن قبل الشطب . وقد أصبح للأول عليه درجة الأولوية كما قررنا . والدائن الثالث المتيقن بعد الشطب ، وقد قررنا له الاولوية على الدائن الاول . ومن البديهي أن للثاني الاولوية عليه

وعلى ذلك يجب أن يتقاضى الاول دينه قبل الثاني . وأن يتقاضى الثالث دينه قبل الاول . ولكن لا بد وأن الثاني يتقاضى دينه قبل الثالث . وكيف ينفذ ذلك عملياً . فاذا فضل الثالث على الاول وكان الاول مفضلاً عن الثاني ، لترتب على ذلك أن الثالث مفضل على الثاني . وهذا غير صحيح . لاننا رأينا أن الثالث لا يفضل عن الثاني لان الثاني أسبق في القيد عنه . فكيف يمكن حينئذ حل الاشكال عملياً ؟ هذا ودعوى شطب الرهن ليست خاضعة للتسجيل طبقاً لقانون التسجيل الجديد (قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٦ رقم ١٨) بالمادة ٧ وفي ذلك خطر محقق بالمدين رافع الدعوى

١٥ — في آثار الرهن ونتائجها

١٤٤ — لا يحرم الدائن المرتهن من التمتع بالحقوق الأخرى التي يتمتع بها بقية الدائنين الآخرين على العقارات الأخرى التي لم يرتهنها هو . لان له باعتباره دائماً

(١) القضاء الفرنسي في ٣١ ديسمبر ١٨٩١ س ٩٨ ، ١ ، ٢١١

(٢) جرانمولان ص ١١٦ ن ٤٢٣

عاديا حقوقا يصح له أن يحتفظ بها فيما إذا أصبح دائما رهنها^(١) وعلى ذلك يجوز له أن ينفذ بدينه على العقارات التي لم تكن مرهونة له ، قبل أن ينفذ على العقارات المرهونة له حتى ولو كانت هذه العقارات الاخيرة كافية لسداد دينه . وقد خالف القانون المصري هنا القانون الفرنسي ولم يشأ أن ينقل المادة ٢٢٠٩^(٢) وما يقال بالنسبة للدائن المرتهن رهنا تأمينيا يقال أيضا بالنسبة للدائن المرتهن رهنا حيازيا . الا أنه يجوز للقضاء في حالتي الدائن المرتهن تأمينيا أو حيازيا ان يعالج من أمر هذه الحالة فيما اذا اسرف الدائن في استعمال حقه في اختيار ما يشاء من العقارات غير المرهونه أو المرهونة ، بان يقضى القضاء بتعيين العقارات اللازمة فقط للبيع بالمزاد جبراً على المدين أخذاً بالمادة ٥٥٧ / ٦٢٨ مرفعات أى تعيين القدر الضروري للوفاء بالديون المطلوبة

هذا وللدائن المرتهن الحق في الحصول على حكم يستطيع به الحصول على اختصاص يوقعه على عقارات لم تكن مرهونة له من قبل ، وذلك فيما اذا خشى من أن ينال دينه بواسطة الرهن المقرر له من قبل^(٣)

أما آثار الرهن بالنسبة للعقار المرهون فهي ما يأتي :

(١) حق الاولوية^(٤) وهو الحق الذي يمتاز به الدائن المرتهن في أن يتقاضى دينه من ثمن العقار قبل الدائنين الآخرين لمدينه

(٢) حق التتبع^(٥) قبل جماعة الغير الذين تملكوا العقار بعد رهنه^(٦)

هذه هي آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن قبل الغير . وأما بالنسبة للدائن قبل المدين نفسه فهناك آثار خاصة . منها اعتبار الدعوى من اختصاص القضاء المختلط حتى ولو كان طرفا العقد من رعية اجنبية واحدة^(٧) وغير ذلك من الحقوق الاخرى التي

(١) ٨ نوفمبر ١٨٠٦ ، ١١٥ ، ٣ ، ٥٢ ، ٣ — ١٧٥ ، ٣ — ١٧٥ ، ٣ — ٢١٦ ، ٨

— ٢٨٠ ، ٨ — ١٠ ، ٥ (٢) ١٧٥٠ ، ٣ ، ٩١ — ٢٢٢ مايو ١٧٥٠ ، ٧ ، ٣٠٢

(٣) ١٧ نوفمبر ١٧٩٨ ، ١١ ، ١٧ — ١٠ يونيو ١٧٩٣ ، ١٥ ، ٣٤٥

(٤) droit de préférence (٥) droit de suite (٦) tiers acquéreurs

(٧) المادة ١٣ من لائحة انشاء المحاكم المختلطة . — أنظر الجداول العشرية المختلطة ،

الاول ن ٢٤٨٢ — ٢٤٩٢ . والثاني ن ٢١٧٦ — ٢١٨٨

تبيين بعد . وهانحن نأخذ في بيان هذا الاجمال

أ — في أثر الرهن بالنسبة للمدين نفسه

١٤٥ — للمدين في الاصل حق الاستفادة بمقتوه الخاصة بإدارة العقار واستغلاله والتصرف فيه كما يشاء . فله حق التصرف في العقار الى الغير . وفي هذه الحالة يجوز للمرتهن العمل بحق التبعية المقرر له ضد الخائز وهو المشتري للعقار . وللرهن حق تقرير رهون أخرى على العقار أو حقوق ارتفاقية . انما المرتهن في هذه الحالة الحق في بيع العقار حراً من كل حق ارتفاق ، لانه لا يستطيع ان يعمل بحق التبعية على حق الارتفاق بالذات ، لان حقوق الارتفاق لا يمكن بيعها بالمزاد العلني كما سيأتى ذلك بمكانه (١)

وللرهن حق التصرف في العقارات بالتخصيص وذلك بفصل المنقولات الملحقة بالعقار عن العقار نفسه ، كأن يبيع أدوات الزراعة أو المواشى المعدة للعمل بالارض المرهونة (٢) ويجوز للمرتهن في هذه الحالة الاستعانة بدعوى الابطال (٣) في طلب ابطال البيع لحصوله اضراراً به ، أو الاستعانة بالمادة ١٠٢ / ١٥٦ مدي ١١٨٨ فرنسي في طلب الحكم له بدينه بسبب ما أجراه المدين من اضعاف التأمينات الضامنة للمدين (أنظر المادة ٢١٣١ مدي فرنسي)

وللمدين حق تأجير العقار المرهون . ويصبح عقد الايجار حجة على الدائن المرتهن الا اذا كان لمدة تزيد على تسع سنوات اذ يجب في هذه الحالة تسجيله (المادة ٦١٣ / ٧٤٠ مدي) واذا لم يحصل تسجيله فينفذ لمدة تسع سنوات فقط ، وما زاد فلا ينفذ ، حتى ولو كان عقد الايجار هذا ثابت التاريخ قبل انشاء الرهن أو قيد الرهن .

(٢) د ، ١٠٩٥ ، ٢٧٧ ،

(١) دي ملس ج ٢ ص ٣٥٠ ن ١٠٦

(٣) action paulienne

والراهن حق جنى الثمرات الطبيعية الموجودة بالارض والتصرف فيها أو استهلاكها برغم اشتغال الرهن لها . لانه بفصل هذه الثمرات تصبح منقولة برغم بقاءها تحت يده (١)

والراهن حق قبض قيمة الابجار المستحقة للعقار المرهون . ويحرم من هذا الحق عند تسجيل تنبيه نزع الملكية حيث تلحق الثمرة بالعقار (المادة ٥٤٢ / ٦٢٢ مرافعات) (٢) وما القول بشأن قيمة الابجار اذا لم تستحق بعد ؟ فيل يجوز للراهن تحويلها للغير أو قبضها لنفسه قبل حلول أجل الوفاء بها ؟ يقول بعض الشارحين بالسلب لان في هذا التحويل والقبض المقدم ما يحول دون استفادة نازع الملكية من حق الاستفادة من الحاق الثمرة بالعقار (٣) اذا حان وقت نزع الملكية وتسجيل التنبيه (٤) وذلك باعتبار أن في هذا القبض المقدم اتقاصا للضمانات المقررة للدائن المرتهن (٥) ولكن ربما يرد على هذا الرأى أن الحاق الثمرة بالعقار لم يكن نتيجة الرهن بالذات بل هو نتيجة نزع الملكية من وقت تسجيل التنبيه . والدليل على ذلك أن الحاق الثمرة بالعقار يتقرر لكل دائن ، سواء كان دائنا مرتهنا أو دائنا عاديا (المادة ٥٤٥ / ٦٢٣ مرافعات) ورأى آخر يقول بجواز التحويل والقبض المقدم ما دام أن للراهن حق ادارة العقار وحق التصرف فيه (٦) وهو ما أخذ به الفقه المصرى والقضاء المصرى أيضاً (٧) الا اذا أريد بالتحويل أو القبض الحاق الضرر بالمرتهن . أى فى حالة الغش (٨) وحق التصرف والقبض نافذ على المرتهنين السابقين أو اللاحقين لها . على أنه يجب أن

(١) جرائدولان ص ١١٩ ن ٤٣١ (٢) دى هلس ج ٢ ص ٣٤٦ ن ٩٨

(٣) immobilisation des fruits (٤) د ، ٢٨٩ ، ٩٤ ، س — ،

١٠٢ ، ٩٧ — بودرى مع دى لوان ج ٣ ن ٢٠٢٨ (٥) دى هلس ج ٢ ص

٣٤٩ ن ١٠٥ (٦) جرائدولان ص ١١٩ ن ٤٣٤ — ٢٦ نوفمبر ١٨٩٠ ، ٣ ، ٢٧ —

س ، ٩٧ ، ٢ ، ١ ، ومثال فاهل . د ، ١٠٧ ، ٩٠ ، ٣٤١ ، بلايول ج ١ ن ٣٦٦ وج

٢ ن ٢٥١٣ ، ٢٠٨٥ — د ، ٩٥ ، ٢ ، ١٩٣ ، ومثال جلاسون ، وكتابه أيضا ج ٢ ن

١٣٣٣ (٧) استئناف م ٢٦ نوفمبر ٩٠ ، ٢٧ ، ٣ — ١٩ ديسمبر ٩٤ ، ٧ ، ٤٤

(٨) fraude حكم ٢٦ نوفمبر ١٨٩٠ المذكور

يلاحظ في جميع الاحوال بأن القبض المقدم لا ينفذ على المرتهن اذا كان خاصاً بمدة تزيد عن ثلاث سنوات الا اذا كان مسجلاً (٦١٣/٧٤٠ مديني) ويلحق بالقبض المقدم تحويل الايجار الذي لم يستحق بعد. لان الامر واحد فيما اذا قبض المؤجر، وهو الراهن، قيمة الايجار مقدماً أو أحال بها الغير ليقبضها هذا الاخير فيما بعد^(١) واذا زاد المدفوع مقدماً عن قيمة ايجار ثلاث سنوات نفذ المدفوع في ثلاث سنوات ولا ينفذ فيما زاد (المادة ٦١٦/٧٤٣ مديني)^(٢) ولما لا يوجد بالقانون الفرنسي نص يحكى المادة ٦١٦ مديني المذكورة قرر بعض الشارحين الفرنسيين عدم الاخذ بحكمتها أي بعدم جواز نفاذ الايصال عن مدة ثلاث سنوات فانزلاً، أي قرر عدم نفاذ الايصال بجميع مدته^(٣)

ب — في بيع العقار المرهون على الراهن

١٤٦ — نص القانون على عدم صحة شرط جواز امتلاك المرهون عند عدم الوفاء^(٤) بباب الرهن الحيازي (المادة ٥٤٣/٦٦٥ مديني و٢٠٨٨ فرنسي) ولم ينص بذلك بالرهن التأميني. ولكن يجب على كل حال الاخذ به هنا أيضاً لان مشروعيته واحدة في أنواع الرهن، اذ يرجع الحظر فيه الى الاكراه الادبي الذي يشوب رضاء الراهن بهذا الشرط^(٥) وكل ما للمرتهن انما هو العمل على بيع العقار المرهون جبراً على الراهن، ومثله في ذلك مثل كل دائن عادي^(٦)

وفي الوقت الذي يعمل فيه الدائن على بيع العقار بالقضاء يبدأ الوقت أيضاً الذي تغل فيه يد الراهن عن ادارة عقاره. وذلك أنه بتسجيل تنبيه نزع الملكية (المادة

(١) جرانولان ص ١١٩ ن ٤٣٤ الهامش ٤ (٢) ١٩ ديسمبر ١٩٤٤، ٧، ٤٤.

— النقض الفرنسي في ١٤ مايو ١٩٠٧، د، ٩٠٧، ١، ٣٤١. — د، ٩٠٢، ١، ٣٣٧.

— س، ١٩٧٠، ٢، ١ (٣) جرانولان ص ١٢٠ ن ٤٣٤ الهامش ١

(٤) pacte comissoire (٥) ١٣ ابريل ١٩٩٩، ١١، ١٨٤

(٦) ٢ يناير ١٩٠٧، ١٩، ٦٩

٥٤٥ مرافعات أهلى) وتسجيل محضر الحجز العقارى (المادة ٦٢٣ مرافعات مختلط) تلحق الثمرة بالعقار، أى ان إيجار العقار يضاف على ثمن العقار ويوزع المجموع على الدائنين بالطرق والضوابط القانونية. وتعتبر عقود الإيجار السابقة على تسجيل التنبيه فى القانونين الأهلى والمختلط نافذة اذا كانت ثابتة التاريخ (المادة ٥٤٣/٦١٢ مرافعات) وأما اذا كانت غير ثابتة التاريخ، أو حصلت بعد تسجيل التنبيه، دون القبض مقدماً، فإنه يجوز اعتبارها نافذة فيما اذا كانت لا تعود بضرر ما على الدائنين (المادة ٥٤٤/٦١٣ مرافعات و ٦٨٤ فرنسى) هذا من حيث الادارة

واما من حيث التصرف فى العقار المرهون فان الشارع المختلط قرر بانه لا يجوز للراهن من وقت تسجيل التنبيه التصرف فى العقار، والا كان التصرف باطلا دون الحاجة الى الحكم به من القضاء (المادة ٦٠٨ مرافعات) الا انه يجوز مع ذلك القول بصحة التصرف اذا جاء المشتري وأودع بمخزينة المحكمة حتى يوم المزاد مبالغاً يعادل ما هو مطلوب من الديون والفوائد والمصاريف للدائن نازع الملكية وللدائنين الآخرين الذين يكونون قد قاموا باعلان تنبيهات نزع الملكية أو الذين تكون لهم تأمينات ثابتة بالقيود بالسجلات العامة. هذا بشأن القانون المختلط. وأما القانون الأهلى فإنه لم يأت بنص مثل هذا النص المختلط. ولقد سبق لنا ان بينا بنظرية الاموال وبكتابتنا فى اثبات الالتزامات الجزء الثانى ما اذا كان يصح الاخذ بعدم صحة التصرف فى القانون الأهلى برغم عدم النص عليه أم لا يصح. وأخذنا بالرأى القائل بعدم صحة التصرف. وقد سبق لنا أيضاً أن بينا ما اذا كان يصح القول بعدم جواز الرهن أو عدم جوازه لان الحظر الوارد بالقانون المختلط انما انصرف فقط الى التصرف، أى البيع وهذه القيود الخاصة بغل يد الراهن فى التصرف فى عقاره وفى ادارته، قيود يستفيد منها كل دائن سواء كان مرتهاً أو دائناً عادياً. ذلك لانها نتيجة نزع الملكية بالذات

وقد لوحظ على اجراءات البيع جبراً على المدين تعقيداً وتطويل وزيادة فى

المصاريف بما جعل أقلام الكتّاب تتناولها بالتقدم من وقت لآخر^(١)

ج - في حق الاولوية

١٤٧ - حق الاولوية هو الحق المقرر للدائن المرتهن في أن يتقاضى دينه من ثمن العقار المرهون قبل بقية الدائنين الآخرين وقبل المالك . وحق الاولوية هو الحق الذي يرمى اليه الدائن المرتهن على الاخص في قيامه بعمل الرهن

١٤٨ - في مرتبة الاولوية : تتعين مرتبة الاولوية أو درجتها بتاريخ قيد الرهن بالسجلات العامة . ولا يرجع فيها الى تاريخ الرهن بالذات . وفي ذلك تقول المادة ٦٩١ / ٥٦٧ مدني و ٢١٣٤ فرنسي ما يأتي : « يستوفى ارباب الرهون العقارية مطلوباتهم من ثمن العقار المرهون أو من مبلغ تأمينه من الحريق اذا احترق . ويكون استيفاؤهم ذلك بحسب ترتيب تسجيلهم ولو كان تسجيل رهونهم في يوم واحد . » فاذا كان الرهن معلقاً على شرط توقيفي أو كان ضمناً لدين معلق على شرط ، وتحقق الشرط اعتبرت مرتبة الاولوية من وقت القيد^(٢) واذا انقضى دين مضمون برهن على نفس العقار وحكم ببطلانه جاز للدين الآخر الذي يأتي بعده في المرتبة أن يحل محله . وليس معنى ذلك أن يحل محله في الحقوق المقررة للدائن الذي انقضى دينه ، انما معنى ذلك أن الدين المقيد متأخراً يصبح ولا يعترضه قيد متقدم عليه . وعلى ذلك لا يحرم الراهن من حق رهن عقاره مرة اخرى بعد زوال الرهن الاول وبدا يستفيد من الانتفاع بعقاره من طريق الاقتراض عليه

واذا حصلت قيود في يوم واحد رجعت في تعيين مرتبة الاولوية الى ساعات القيد (المادة ٥٦٨ المذكورة) وتتعين الساعة بدقتر العرائض وبالاىصال المعطى لمقدم القائمة للقيد . ويرجع في القيد الى الترتيب المبين بدقتر العرائض (المواد

(١) رسالة بلاحي ص ٥ وما بعدها . - جرائمولان ص ١٢٢ ن ٤٣٩ والهلمش ١

(٢) جرائمولان ص ١٢٣ ن ٤٤١

٦٢٣ / ٧٥١ و ٧٥٣ — و ٦٢٦ / ٧٥٦ مدني)

أما القانون الفرنسي فانه لم يرجع في هذه الحالة الى ساعات القيد ، بل جعل القيود الحاصلة في يوم واحد كأنها حاصلة في ساعة واحدة ، أى لا تفاضل بينها. وهذه الطريقة الفرنسية التي قررها القانون الفرنسي في القيد والتسجيل ، قررها أيضاً القانون المصري فيما يتعلق بالاختصاصات ^(١) الحاصلة في يوم واحد . وفي ذلك تقول المادة ٧٢٦ / ٦٠٠ مدني ما يأتي : « اذا تسجلت في يوم واحد عدة اختصاصات بعقار واحد فيكون بعضها مساويا للبعض الآخر في الدرجة ولا يترتب على نمرها الترتيبية تقدم أحدها البتة على الآخر كما لا يترتب ذلك على بيان الساعة التي حصل فيها التسجيل ان كانت مبينة » . واذا حصل قيد برهن مع قيد باختصاص في يوم واحد فضل الرهن على الاختصاص . وقالت بذلك المادة ٦٠٠ المذكورة بقهرتها الاخيرة « وأما الرهن المسجلة في يوم تسجيل الاختصاص فتقدم لها الاولوية عليه في التقدم ما لم يكن المدين رضى بتوقيع هذه الرهن اضراً بحق مدينه »

وما القول فيما اذا حصل في يوم واحد تسجيل عقد شراء وقيد عقد رهن ؟ لم ينص القانون المصري على ذلك كما نص في حالة الرهن المقيّد مع قيد الاختصاص في يوم واحد . ولم ينص أيضاً القانون الفرنسي على هذه الحالة . ولذلك كان الرأي فيها خلافاً عند الفرنسيين . وربما كان الرأي الاصح هو الاخذ بالمادة ٥٦٧ / ٦٩١ مدني المتقدمة من طريق القياس اذ عينت مرتبة الاولوية بساعات قيود الرهن . فاذا حصل القيد بالرهن قبل التسجيل نفذ عليه . وهذا ما يجري عليه القضاء الفرنسي ^(٢)

وما القول أيضاً فيما اذا حصل في يوم واحد وساعات مختلفة قيد لاختصاص وتسجيل لعقد بيع ؟ يجوز أيضاً الاخذ بالقياس بالمادة ٥٦٧ مدني المتقدمة . أى ما كان

أسبق في ساعة التمدد أو التسجيل كان له حق الاولوية على ما تأخر عليه . ولكن أليس الأولى تفضيل التسجيل على الاختصاص أخذاً من طريق القياس بالمادة ٦٠٠/٧٢٣ مدني التي فضلت قيد الرهن على الاختصاص ؟ ربما كان ذلك هو الاوفق

١٤٩ — في كيفية العمل بموجبه الاولوية : يعمل بحق الاولوية على ثمن العقار بعد بيعه . واذا تلف العقار في حريق نفذ حق الاولوية على قيمة التأمين التي كان العقار مؤمناً بها عليه بشركة التأمين^(١)

وما القول فيما اذا كان التلف ناشئاً عن غير الحريق ؟ فاذا ارتكب الغير جنائية على العقار المرهون وقضى للمالك الرهن بتعويض أو حصل التلف بسبب حرق أو ثورة وأعطت الحكومة تعويضاً لمن أصاب عقاره ضرر ، فهل يجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بحق الاولوية على هذا التعويض ، أي يتقاضى دينه من التعويض قبل الدائنين الآخرين ؟ قال البعض بالسلب . وحجته أنه لا يصح اعتبار هذا التعويض بمثابة ثمن للعقار . وما دام أن حق الاولوية لا يؤخذ به الا في الثمن ، فلا يصح الاخذ في غير هذه الحالة كحالة التعويض^(٢) . وقال البعض الآخر وفي طابعته القضاء المصري المختلط بعكس ذلك وجواز تمسك حق الاولوية على التعويض^(٣) وحجته أن هذا التعويض المقضى به من القضاء في حالة وقوع جنائية ، أو المعطى من الحكومة في حالة ثورة أو حرب ، انما هو في مقابل ما نزل من الضرر بالعقار . وما دام الدائن المرتهن قد أصابه هذا الضرر بالذات في العقار المرهون له فقد أصبح في حل من التمسك بحق الاولوية على هذا التعويض . ويترتب على ذلك أنه لو حصل ضرر للعقار بسبب وقوع جنائية جاز للدائن المرتهن أن يطالب هو بالتعويض بالمادة ١٥١ / ٢١٢ مدني^(٤)

(١) المادة ٥٦٧ المذكورة . والمادة ١٠ من القانون البلجيكي الصادر في ٢٦ ديسمبر ١٨٥١
والمادة ٢ من القانون الفرنسي ١٩ نوفمبر ٨٩ (٢) النقص الفرنسي في ١٢ مارس ١٨٧٧
(٣) استئنف م ٧ فبراير ٨٤ م ر م ، ٩ ، ٣٩ ، — ١٠ يونيو
(٤) جرائم ولان ص ١٢٥ ن ٤٤٩ ٣٢٢ ، ٥ ، ٩٣

د - في حق التتبع

١٥٠ - حق التتبع هو الحق المقرر للدائن المرتهن بتتبع العقار في أى يد وجد بها وبيع العقار جبراً عنه

ويتصل حق التتبع بكل حق عيى . وعلى ذلك فهو يتقرر لكل دائن مرتهن رهناً تأمينياً^(١) حتى ولو كان الدائن المرتهن متأخراً فى المرتبة (راجع المادة ٥٧٣ / ٦٩٧ مدنى و ٢١٦٩ فرنسى) وللدائن صاحب الاختصاص حق العمل به . وكذلك الدائن صاحب الامتياز الخاص العقارى^(٢) . وسنرى فيما بعد اذا كان مقرراً أيضاً للدائنين أصحاب الامتياز العام

ولا يعمل بحق التتبع الا عند حلول أجل الدين (المادة ٥٧٣ مدنى) ويجب ألا يكون الرهن الخاص به مقيداً قبل أى تصرف حاصل من الراهن وسابق على القيد (المادة ٥٦٥ مدنى)

ويجب الاخذ بهذه القاعدة أيضاً فى حالة الاختصاص والامتياز^(٣) أى يجب قيد الاختصاص وقيد الامتياز الخاضع للقيد لاجل التمسك بحق الاولوية

١٥١ - ويلاحظ أن القانون المصرى لم ينقل عن القانون الفرنسى نص المادة ٦ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ . وهى المادة التى قالت بأنه يجوز للبائع أو المقتسم^(٤) وهو من تعين له نصيبه بالقسمة فى الملك المشاع ، أن يقيدا حق الامتياز المقرر لهما فى ظرف ٤٥ يوماً من تاريخ عقد البيع أو عقد القسمة . ويكون هذا القيد نافذاً على كل تصرف يحصل فى هذه الفترة ، وهو التصرف الذى يمس حق الامتياز المقرر . فإذا تسجل شراء أو تقيد رهن على العقار المحمل بحق الامتياز للبائع أو المقتسم

(١) ٨ مايو ٨٩ ، ١٥ ، ١٣٥ . - ٩ يناير ٧٧ ، ٧ ، ٧٧ . - ٨ ، ٢٨٠

(٢) privilège spécial immobilier (٣) جران، ولان ص ١٢٦ ن ٤٥٧

(٤) copartageant

قبل قيد هذا الامتياز ، ذلك القيد الحاصل في ظرف ٤٥ يوماً من تاريخ عقد البيع أو عقد القسمة ، فلا ينفذ مع ذلك على قيد الامتياز المتأخر عنه . وهذه القاعدة قاعدة استثنائية لا يمكن الاخذ بها في مصر الا بنص . وحيث لا نص فلا يؤخذ بها (١) وينفذ حق التتبع على الحائز للعقار (٢) أو المشتري له . والحائز للعقار هو من طبقة الغير وليس ملتزماً بالدين . فإذا نفذ عليه حق التتبع فلا ينفذ لانه مدين بل لانه حائز للعقار (٣) ولذا يجوز له في سبيل الافلات من حق التتبع أن يتخلى عن العقار . والحائز مشتري (٤) للعقار المرهون (٥) ويكون قد سجل عقده . ولا يراد هنا بالحائز للعقار الحائز له حيازة عرضية (٦) كالمترهن رهناً عقارياً حيازياً (٧)

١٥٢ — ويسرى حق التتبع على الحائز سواء كان هذا الاخير قد تملك في العقار رقبته او حق الانتفاع أو تملك الملكية الكاملة ، أو تملك العقار كله أو بعضه . ولا عبرة بما اذا كان عقد تملكه بعوض أو عقد تبرع . أو كان الحائز قد ملك بسبب الشراء أى بعقد شراء (٨) أو بسبب الوصية أو الميراث (٩)

ومما يرى أن المقصود من الغير الحائز للعقار كل شخص غير ملزم شخصياً بالدين ، انما هو ملتزم بالدين لمناسبة امتلاكه لعقار مرهون (١٠) فالمشتري مثلاً لا يعتبر ملتزماً شخصياً بالدين ، بل يعتبر العقار الموجود تحت يده هو الملتزم به اذا صح هذا التعبير (١١) . والوارث لا يعتبر من الغير وكذلك الموصى اليه . لان كلا منهما خلف للمتوفى وحل محله فيما كان هذا الاخير ملتزماً به . وعلى ذلك يدخل في طبقة الحائزين

(١) أنظر المواد ٦٠١ فقرة ٧ بخصوص البائع و ٦٠٢ بخصوص المقسم

(٢) tiers détenteur (٣) propter rem ١٠ ابريل ١٨٤٤ م م ، ١١٠ ، ٩٠

(٤) acquéreur (٥) ٢ يناير ١٩١٠ ، ٢٢ ، ٩٤ . — ٢١ ، ٣٦٢ ، ١٩

(٦) à titre précaire (٧) ٦ يونيو ١٩٠٦ ، ٤٧ ، ٥٣ ، ١٧

(٨) à titre particulier . بالنسبة للبيع الادارى قارن ٢ مايو ١٨٩١ ، ٣١٩ ، ١٨

(٩) à titre universel . جرانولان ص ١٢٨ ن ٤٦١

(١٠) propter rem (١١) كتابان ص ٩٦٤

من يأتي : الكفيل العيني والمالك بطريق الشراء والمالك بالتقادم . ولا يدخل في طبقة الغير الحائزين صاحب حق السكنى وحق الاستعمال^(١)

ولا يسرى حق التنبيه في حالة فصل العقار بالتخصيص عن العقار الاصلى . لانه بالفعل تجر هذه العقارات من الرهن وتعود اليها صفة المنقول السابقة . ويؤخذ وقتئذ بالقاعدة الناشئة بعدم جواز رهن المنقول رهناً رسمياً^(٢) . انما اذا استحال على الدائن المرتهن الانتفاع بحق التمتع فانه لا تستحيل عليه الاستفادة بحق الاولوية المقرر له على الثمن . وكذلك الحال أيضاً بشأن المواد المتخلفة عن هدم الابنية ، والمحصولات المنفصلة عن الارض^(٣)

ولا يلزم الدائن بملاحظة أحكام حق التمتع قبل الحائز الا اذا كان عقد هذا الاخير مسجلاً . لانه طالما أن التسجيل لم يحصل فيعتبر المدين الراهن في نظر الدائن لا زال مالكا للعقار^(٤) وعلى ذلك فلا يلزم باعلان الحائز باى اعلان ما مما قرره القانون في هذا الشأن ما دام أن عقد الحائز غير المسجل لا يعتبر نافذاً على الدائن

١٥٣ — وكيف يحصل العمل بحق التمتع فيما اذا قرر الراهن للغير حقاً عينياً عقارياً على العقار غير قابل للبيع الجبرى كحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكنى ؟ ان الدائن لا يستطيع في هذه الحالة التمتع بحق التمتع في دائرة أحكامه المقررة له ، أى أنه لا يمكنه أن يبيع على مكتسب حق الارتفاق أو السكنى أو الاستعمال ببيع هذه الحقوق بالزاد ، لان هذه الحقوق غير قابلة للبيع . وعلى ذلك يجوز له في هذه الحالة بيع العقار كله باعتباره عقاراً محرراً من كل ارتفاق وحق استعمال وحق سكنى ، وما عليه الا أن ينص على خلو العقار من هذه الحقوق بقائمة البيع^(٥) ولا يمكن لمكتسب هذه الحقوق أن يدعى بسرابتها على المرتهن لان المدين لا يملك الاقتيات

(١) كابتان ص ٩٦٥ (٢) membres n'ont pas de suite par hypothèque

(٣) كابتان ص ٩٦٦ (٤) ١٩ يناير ١٩١٠ ، ١٢ ، ٩٤٠ ، ٢٢ — ٢٣٠

(٥) cahier des charges

على حق الدائن في رهنه المقرر له والمقيد قبل تسجيل حق الارتفاق وغيره^(١)

١٥٤ — ولا يسرى حق التتبع على الحائز فيما اذا كان هذا الاخير قد حاز منقولات انفصلت عن العقار المرهون كالاثمار والمحصولات والعقار بالتخصيص الذي انفصل عن العقار المرهون . لان الحائز يتمسك في هذه الحالة بقاعدة حيازة المنقول سند تملكه . ويتأكد العمل بهذه القاعدة فيما اذا نقلت الحيازة اليه^(٢) ولكن ما القول فيما اذا لم يحصل نقل الحيازة وظل المنقول المبيع متصلاً بالعقار المرهون ، كما اذا ظل الزرع المباع قائماً بالارض على جذوره ؟ يميل القضاء الفرنسي الى الأخذ بعدم حماية المشتري في هذه الحالة^(٣) على أن المسألة لازالت خلافية . ويجب ملاحظة بأنه اذا فقد الدائن حق التتبع فيبقى له مع ذلك حق الاولوية الذي يجز به على ثمن المنقول اذا كان الثمن لم يدفع بعد للراهن^(٤) والدائن على كل حال حق العمل بدعوى الابطال في حالة التصرف التديليسي الحاصل من مدينه ، وحق العمل بالمادة ١٠٢ مدني فيما اذا كان من شأن التصرف اضعاف التأمينات

ويشترط في الدائن المرتهن لاجل الاستفادة من حق التتبع شرطان : أولاً أن يكون دين الدائن قد حل . لان الحائز للعقار يستفيد حتماً من الآجال والمدد المقررة للمدين . ثانياً يجب أن يكون الرهن مقيداً أى معلناً عنه قبل تسجيل عقد الحائز^(٥) فاذا حصل التسجيل والقييد في يوم واحد فانا نرى أنه يجب الرجوع الى ساعة القيد أو التسجيل . ولا نستطيع القول بالرجوع الى أرقام القيد والتسجيل لأن الملفات المعدة لها والتي حلت محل دفاتر التسجيل أو القيد منفصلة عن بعضها . اذ هناك ملفات للرهن على حدة ، وملفات للتسجيل على حدة أيضاً

١٥٥ — في كيفية العمل بحق التتبع وفي اجراءاته : يعمل بحق التتبع من

(١) دي لوان مع بودرى ج ٣ ن ١٩٩٥ . — جرائم ولان ص ١٢٨ ن ٤٦٣ . —

كابيتان ص ٩٦٥ (٢) د ، ٨٠ ، ١ ، ٣٢٢ . — س ، ٨٤ ، ٢ ، ٤٤٤

(٣) د ، ٦٩ ، ٢ ، ٧٢ . (٤) د ، ٧٠ ، ١ ، ١١٧ . (٥) كابيتان ص ٩٦٦

(تأمينات ذهني — ٢٣)

طريق نزع ملكية العقار جبراً على المشتري . ويصح نزع الملكية كلا أو بعضاً^(١) .
 وإجراءات البيع هي نفس الاجراءات التي تتبع ضد المدين نفسه مع ملاحظة
 الاحكام الخاصة بالحائز . وعلى ذلك يجب على الدائن نزع الملكية أن يجرى ما يأتي :
 ١ — عمل تنبيه للمدين بالدفع . وتقول في ذلك المادة ٥٧٣ مدني ما يأتي :
 « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يشرع بعد التنبيه على المدين بالوفاء
 وانذاره ببيع العقار في نزع ملكية العقار المرهون وبيعه في المواعيد المبينة في قانون
 المرافعات والأوجه الموضحة به وهذا فضلاً عما له من حق المطالبة على المدين شخصياً
 والا كانت الاجراءات باطلة »^(٢)

٢ — عمل انذار على يد محضر^(٣) للحائز اما بدفع الدين أو التخلي عن العقار .
 وتقول في ذلك المادة ٥٧٤ ما يأتي : « ومع ذلك اذا كان العقار في يد حائز آخر
 لا يجوز للدائن المرتهن أن يشرع في نزع ملكيته الا بعد التنبيه على الحائز المذكور
 تنبيهاً رسمياً بدفع الدين أو بتخلية العقار و بعد مضي الثلاثين يوماً المقررة في قانون
 المرافعات للتنبيه بالوفاء والانذار بنزع الملكية »^(٤) ومن شأن هذا الانذار تمكين
 الحائز من الاختيار بين دفع الدين أو تخلية العقار ، والا وجب عليه تحمل اجراءات
 ونتائج البيع الجبري

ويجب أن يكون الانذار وافياً بحيث يمكن للحائز معه معرفة مبلغ الدين
 المطلوب ولمحققته^(٥)

وليس للحائز حق التمسك بعدم حصول الانذار من الدائن المرتهن الا اذا كان
 عقد هذا الحائز مسجلاً ، لان هذا التسجيل شرط لازم لاجل اعتبار المشتري حائزاً

(١) ١٦ و ٢٣ مايو ١٨٠٦ ، ١٨ ، ٢٨٢ ، ٢٨٧ (٢) ١٨ مايو ١٦٠٤ ، ١٦ ،

٢٥ . — ١٢ يناير ١٩١٠ ، ٢١ ، ٩٤ . — قارن بالا جي ص ٢٢ . — كابتان ص ٩٦٨

(٣) sommation (٤) انظر ٢٩ يناير ١٩٠٣ ، ١٥ ، ١٢٥ . — قارن ديسمير

٩٥٠ ، ٨ ، ٢٢ . — كابتان ص ٩٦٨ (٥) ٣ يونيو ١٩٠٩ ، ٣٠٠ .

بالمعنى القانوني^(١)

ويظهر أنه يجب القيام أولاً بعمل التنبيه بالدفع للمدين قبل عمل الانذار للحائز .
ويقول القضاء الفرنسى فى هذا الشأن بضرورة مراعاة هذا الترتيب والا بطلت
الاجراءات^(٢) لانه من المحتمل أن يدفع المدين بعد التنبيه وبذا لا محل لانذار
الحائز^(٣) والبطالان هنا بطلان شكلى أى يزول اذا لم يحصل التمسك به قبل الدخول فى
موضوع الدعوى^(٤)

ولا يجوز للدائن القيام بعمل اجراءات البيع فى ظرف ٣٠ يوماً ولا بعد مضى
٩٠ يوماً من وقت التنبيه بالوفاء ، والا كانت الاجراءات باطلة (المادة ٤٧٤ مدنى —
والمادة ٥٣٩ مرافعات) . فاذا مضت مدة ٩٠ يوماً على التنبيه دون أن يشفع باجراءات
البيع سقط التنبيه^(٥)

ويظل الانذار الموجه من الدائن للحائز نافذ المفعول والاثر مدة ثلاث سنوات
قبل الحائز بحيث لا محل لتجديده طالما أن مدة الثلاث السنوات لم تمض بعد .
وتقول هنا المادة ٥٨٧ / ٧١٢ مدنى و ٢١٧٦ فرنسى ما يأتى : « اذا أخلى الحائز العقار
من تلقاء نفسه أو نزع منه بالبيع القهرى وجب عليه رد غلته من وقت التنبيه
الرسمى^(٦) عليه بالدفع أو بالتخلية الا اذا سقط حق الدعوى بمضى الزمان^(٧) ويسقط
ذلك الحق بمجرد مضى ثلاث سنوات »^(٨)

(١) ٦ يونيو ١٩٠٦ ، ١٣ ، ٣١٨ . — ٢١ نوفمبر ١٩٠٦ ، ٩ ، ١٢٠

(٢) النقص الفرنسى فى ٧ مارس ١٩٣٠ ، ١٠٩٣ ، ١٥٦ ، س ، ١٠٩٦ ، ٣٤٨ . — انظر
عكس ذلك د ، ١٩٣٠ ، ٢٠٥ ، ٥٢٠ (٣) كابتان ص ٩٦٨ (٤) كابتان ص ٩٦٩

(٥) périmé (٦) mise en demeure (٧) péremption

(٨) بودرى مع دى لوان ج ٣ ن ٢١٣٦ — ويلاحظ هنا ان عبارة mise en demeure
الواردة بالنسخة المصرية فرنسية العبارة غير صحيحة وكان يجب ان تكون sommation كما
وردت بالمادة ٥٧٣ . لان هذه الكلمة الاخيرة تفيد الانذار على يد محضر . أما التعبير الاخر
فيفيد مجرد الاخبار . ولكن القضاء الفرنسى يرى : انه نظراً للصلة القائمة بين الانذار والتنبيه ،
ضرورة زوال الانذار اذا زال التنبيه وسقط بمدة ٩٠ يوماً : النقص الفرنسى ١٧ مارس ١٨٦٠ ،
ص ٨٦ ، ١ ، ٢٠٧

هـ — في الدفوع المقررة للحائز قبل الدائن

١٥٦ — للحائز أن يدفع انذار الدائن بما يأتي : (١) بطلان عقد الرهن في شكاه أو موضوعه أو زوال الرهن وانقضاءه^(١) وبطلان القيد^(٢) وعدم حلول أجل الوفاء بالدين — ٢) العمل على تعطيل دعوى الرهن^(٣) بدفع الضمان^(٤) فيما اذا كان الدائن ملزماً قبل الحائز بالضمان . ويحصل ذلك اذا كان الحائز مشترياً للعقار من المورث للمرتهن

وقرر القانون الفرنسى ، ولم يقره القانون المصرى ، بأنه يجوز للحائز أن يدفع البيع الذى يطلبه الدائن بدفع الجرد^(٥) وذلك فيما اذا كان الحائز غير ملزم بالدين مع المدين وفيما اذا كان الرهن رهناً عاماً . أى يلزم الدائن أولاً بطلب بيع العقارات الأخرى غير العقار الذى يحوزه الحائز الآن . حتى بذلك يتفادى الحائز الرجوع على المدين فيما اذا وجدت عقارات أخرى مرهونة لنفس الدائن (المواد ٢١٧٠ و ٢١٧١ مدينى فرنسى) ولم يرد لهذه القاعدة شبيهه بالقانون المصرى . ولعل ذلك بسبب أن الشارع المصرى لم يقرر الرهن العام . وعلى ذلك يجوز بالقانون المصرى للدائن المرتهن أن يطلب بيع ما يشاء من العقارات المرهونة دون أن يقيد بطلب بيع عقار معين^(٦)

هذا ولا يجوز للحائز أيضاً أن يدفع البيع بدفع أولوية الرهن^(٧) اذا كان له رهن سابق على رهن الدائن طالب البيع . وليس له أيضاً دفع البيع بالدفع الخاص بالمصاريف

(١) ١٨ مايو ١٦٠٤ ، ٢٥٨ ، (٢) ١٤ ديسمبر ١١٠٨٨ ، ٤١

(٣) action hypothécaire (٤) exception de garantie

(٥) bénéfice de discussion (٦) ٢١ يناير ١٩٠٩ ، ٢١ ، ١٢١ — ٢٠

يونيو ١٩٠٦ ، ٨ ، ٣٣٢ ، (٧) exception de priorité d'hypothèque

الضرورية^(١) أو النافعة^(٢) التي صرفها على العقار^(٣) وبعدم سريان اجراءات البيع عليه . الا أن له حق حبس العقار قبل من برسو عليه المزاد حتى يتقاضى مصاريفه (المادة ٦٠٥ / ٧٣١ فقرة ٣ مدني)

وليس له الحق في دفع البيع بالدفع الخاص بتحويل الدعاوى^(٤) وهو الدفع المقرر للكفيل قبل الدائن فيما اذا عمل هذا الاخير على ضياع الضمانات الخاصة الضامنة لدينه (قارن المادة ٥١٠ / ٦٢٣ مدني) وعلى ذلك لا يجوز للحائز دفع البيع بما يكون قد أضعاه الدائن من الضمانات الضامنة لدينه والتي كان يستفيد منها الحائز من طريق الحلول^(٥) فيما اذا دفع الدين وحل محل الدائن^(٦) على انه يجوز مع ذلك للحائز التمسك بهذا الدفع فيما اذا كان الدائن قد أضعاه هذه الضمانات من طريق التواطؤ مع المدين ، او كان بوجه عام سيء النية (أنظر المادة ١٥١ / ٢١٢ فقرة ٢ مدني)^(٧)

و — في الحقوق الاختيارية المقررة للحائز قبل الدائن

طالب البيع

١٥٧ — اذا أعوز الحائز دفع من الدفع المقدمة والتي يجوز له الاستعانة بها في دفع البيع جازله مع ذلك ان يختار واحداً من الحقوق التي قررها له القانون على سبيل الاختيار . وقالت في ذلك المادة ٥٧٥ / ٦٩٨ مدني و ٢١٦٧ فرنسي ما يأتي : « وللحائز المذكور الخيارات ان يدفع الدين ويحل محل الدائن في حقوقه^(٨) أو ان يعرض^(٩) لوفاء الديون مبالغاً يقدر به قيمة العقار ولا يجوز ان يكون أقل من الباقي في ذمته من ثمنه أو يخلى^(١٠) العقار المرهون أو يتحمل^(١١) الاجراءات الرسمية المتعلقة بنزع الملكية »

(١) impenses nécessaires (٢) utiles (٣) قارن ٢١ يناير

سنة ١٢١ ، ٢١ ، ٩٠٩ exception de cession d'actions (٤)

subrogation (٥) (٦) د ، ٣٣٠ ، ١ ، ٥٥٠ (٧) جرائمولان من

١٣٢ ن ٤٧٤ (٨) subroger (٩) offrir (١٠) délaisser (١١) subir

وعلى ذلك للحائز اختيار أحد الطرق الآتية : (١) اما أن يدفع للدائن دينه .
 وفي هذه الحالة تفت اجراءات البيع . — (٢) واما ان يعمل على تطهير العقار^(١)
 وهنا تعمل اجراءات أخرى خاصة بالتطهير عوضا عن اجراءات البيع . وربما تنتهي
 اجراءات التطهير بنزع العقار من يد الحائز فيما اذا حصلت هناك زيادة بعد مرسى
 المزداد^(٢) — (٣) واما تخلية العقار المرهون . وفي هذه الحالة تستمر اجراءات البيع ،
 ولكنها تستمر ضد حارس يعين لهذا الغرض . — (٤) واما ان يتحمل الحائز
 اجراءات البيع التي تنتهي بنزع العقار من يده . وتحصل الاجراءات هنا طبقا للقواعد
 المقررة في بيع العقار جبراً على صاحبه^(٣)

ومن هذه الحقوق الاختيارية الاربعة يرى انه يغلب في الاثنين الاولين منها
 ان يحولا دون نزع العقار من يد الحائز . وأما الطريقتان الاخيران فانهما ينتميان بنزع
 العقار من يد الحائز . وفي حالة التخلية تحصل الاجراءات في مواجهة حارس كما ذكرنا
 والآن نتكلم على كل من هذه الحقوق الاربعة ماعدا الرابع منها لانه خاص
 بالمرافعات

§ ١ — الطريق الاول

في دفع الحائز للدين الى الدائن

١٥٨ — للحائز دفع الدين المطلوب للدائن المرتهن حتى يوقف بذلك اجراءات
 نزع الملكية . والدين الذي يدفعه هو الدين الخاص بالمدين نفسه^(٤) أى أنه يدفع
 (١) الدين الاصلى ، وفوائده المضمونة بالقيود — (٢) المضاريف المدفوعة من الدائن
 بما فيها مضاريف اجراءات البيع . وللحائز الحق بالتمسك بالآجال المعينة للوفاء من
 قبل (المادة ٢١٦٧ مدنى فرنسى)

(٣) كابتان ص ٩٦٩

(٢) surenchère

(١) purge

(٤) dette hypothécaire

وللحائز مصلحة في دفع دين الرهن برمته في الاحوال الآتية : (١) اذا اشترى العقار بثمان يعادل هذا الدين وكان لم يدفع بعد ثمن الصقعة ، أى لا زال مدينًا بالثمان . فاذا دفع دين الدائن برئت ذمته أيضاً من الثمن قبل البائع وهو المدين — (٢) اذا كان ثمن الصقعة أقل من قيمة دين الرهن ، فان له مع ذلك مصلحة ظاهرة في دفع دين الرهن ويحل حينئذ محل الدائن في الضمانات المقررة ، لضمان دين هذا الاخير ، على عقارات أخرى

هذا فيما اذا كان قد قام الحائز بدفع دين الرهن برمته . ويحصل أن تكون له مصلحة في دفع جزء من الدين فيما اذا كان ثمن الصقعة أقل من الدين . ذلك لانه اذا دفع هذا الثمن الى الدائنين المرتهنين المقيدين في المراتب الاولى من مراتب الدائنين فانه يطمئن اذ ذاك . اذ لا يعمل عادة الدائنون المقيدون بعد الاولين على طلب البيع لانهم لو فعلوا ذلك لفضل عليهم الحائز . لانه بدفعه الثمن ، وهو بعض الديون المطلوبة الى فريق الدائنين المقيدين أولاً ، قد حل محلهم في حقوقهم ، وعلى ذلك يتقاضى دينه قبل الدائنين المقيدين أخيراً بسبب الحلول . لذا لا يعمل هؤلاء الدائنون عادة على طلب البيع لانهم لو فعلوه فلا يصيبهم منه شيء ما في النهاية . ولكن تتغير الحال فيما اذا زادت قيمة العقار وأمل الدائنون المقيدون الاخرون الحصول على ثمن عند بيع العقار يربو على ثمنه الحقيقي ، ذلك الثمن الذي دفعه الحائز لجماعة الدائنين المقيدين الاولين (١)

هذا واذا دفع الحائز أكثر من ثمن الصقعة فله حق الرجوع بالزيادة على البائع وهو المالك السابق للعقار . وفي هذه الحالة يحل محل الدائن من طريق الحلول القانوني (المادة ٥٧٦ / ٦٩٩ م.ت. و ٢١٧٨ فرنسي) لانه يعتبر أنه ملزم بالوفاء مع المدين أو ملزم بالوفاء عنه ، أو يعتبر أنه قد أوقف ثمن الصقعة على جماعة الدائنين المرتهنين . وهذه الاحوال هي الواردة بالمادة ١٦٢ / ٥٢٥ م.ت. وفقرة ٢ و ٣ و ١٢٥١ فرنسي الخاصة

بنظرية الحلول القانوني . وعلى ذلك لا محل هنا لضرورة الالتجاء الى نظرية الحلول بالتراضى ، وهي الواردة بالمادة ١٦٢ المذكورة بالفقرة الاولى ، ولو أن المادة ٥٧٥ م دنى تشير اليها بغير حق^(١)

وبالحلول الذى يتقرر للحائز يصبح وكأن له رهناً على عقاره المملوك له هو . على أن له مصلحة ظاهرة في هذا الرهن المقرر على عقاره فيما اذا جاء دائنون آخرون رهنون وقاموا بنزع العقار من يده بالبيع الجبرى وبالحلول يصبح للحائز الحق في تجديد قيد الرهن السابق على عقد تملكه . وفي ذلك تقول المادة ٥٧٨ / ٧٠١ م دنى ما يأتى : « يجب على حائز العقار الذى انتقلت اليه حقوق من وفاه بدينه مع الرهن المتعلق بها أن يحفظ الرهن المذكور ويجدد تسجيله عند الاقتضاء الى أن تزول رهون المسجلة الموجودة وقت تسجيل عقد انتقال الملكية اليه في العقار »

§ ٢ - الطريق الثانى

في التطهير

١٥٩ - رأينا بقاء هذا الموضوع الى حين التكلم على أسباب انقضاء الرهن لما يستوجبه هناك من ضرورة زيادة الايضاح

§ ٣ - الطريق الثالث

في تخلية العقار

١٦٠ - تخلية العقار هي ترك الحائز للعقار حتى تجرى اجراءات نزع الملكية في غير وجهه بأن تجرى في وجه حارس يعين للعقار . والحائز على ذلك لا يترك من العقار الا حيازته لا ملكيته فيه

(١) جرائدولان ص ١٣٢ ن ٤٨٠ - دى هلس ج ٢ ص ٣٦١ ن ١٣٩

وكان حق التخلية في القانون الفرنسى القديم حقاً مقررّاً للدائن . وأما في القانون الفرنسى الحديث كما في القانون المصرى الحاضر ، فإنه حق مقرر للحائز . وعلى ذلك يحصل اجراءات نزع الملكية في وجه الحارس لا في وجه الحائز المتخلى ويصبح الحائز المتخلى معنى من ادارة العقار . ولا يسأل عن ثمرات العقار ، وهى الثمرات التى تلحق بالعقار والتى كان يلتزم بها من وقت انداره انداراً رسمياً بالوفاء أو التخلية فيما لو ظلت يده قائمة على العقار

١٦١ — في من يقرر له من التخلية : لا يجوز للحائز التخلية الا اذا كان غير ملزم بالوفاء بالدين . هذه هى القاعدة العامة^(١) . وعلى ذلك يجوز للكفيل العينى حق التخلية وهو ذلك الشخص الذى قد قدم عقاره رهناً لدين غيره . وتجوز التخلية لمشتري العقار . وتجوز التخلية أيضاً للوارث لانه غير ملزم شخصياً بديون مورثه ولا تجوز التخلية بناء على ما تقدم ، لمن سيأتى ذكرهم بعد وذلك لانهم ملزمون بالدين باعتبارهم مدينين . وهم : (١) المدين بالدين المضمون بالرهن — (٢) الكفيل الذى اشترى العقار المرهون — (٣) المدين الشريك فى الدين متضامناً كان أو غير متضامن — (٤) الحائز للعقار الذى التزم شخصياً للدائنين المرتهنيين بدفع ثمن الصقعة اليهم فيما اذا عرض الثمن من طريق التطهير^(٢) (المادة ٥٨٢ / ٧٠٥ مدنى و ٢١٨٣ فرنسى) أو قد ندهه البائع له لهذا الغرض ليقوم بعرض الثمن على الدائنين . — (٥) الراسى كان عليه المزاد فى البيع القضائى . وفى ذلك تقول المادة ٥٩٤ / ٧٢٠ مدنى ما أتى : « ليس لمن يرسى عليه المزاد الحاصل بالمحكمة التخلية عن العقار بل يجبر على أن يدفع لاصحاب الديون المسجلة^(٣) الثمن الذى رسا به المزاد عليه . وليس عليه دفع شىء زيادة على ذلك مع عدم الاخلال بالاصول المبينة فى قانون المرافعات المتعلقة بالزيادة على المزاد »

(١) دى مجلس ج ٢ ص ٣٦٢ ن ١٤٤ purge (٢)

(٣) créanciers inscrits

هذا ولم يتقرر حق التخلية للحائز الا لأجل الافلات من نتائج حق التبعية المقرر للدائن فيما اذا قام هذا الأخير بالانتفاع به . وعلى ذلك لا يجوز للحائز مطلقاً الالتجاء الى التخلية فيتخذها ذريعة له في فسخ العقد من جانبه هو ليفلت بذلك من التزام الوفاء بالثمن ، فيما اذا كان الثمن زائداً عن قيمة الديون المضمونة بالرهن ، أو فيما اذا كان الثمن أقل من الديون المضمونة بالرهن . وأظهر مع ذلك الدائنون رغبتهم في قبضه والا كفتاء به (١)

وإذا قام الدائنون المرتهنون بالدعوى غير المباشرة التي يرفعونها بالنيا بة عن مدينهم فيما لو قصر في الحصول على دينه (المادة ١٤١ / ٢٠٢ مدنى و ١١٦٦ فرنسى) جاز لهم الزام هذا الحائز بدفع الثمن اليهم ، وهى تلك الدعوى المقررة لنفس البائع قبل المشتري منه . وازاء تلك الدعوى ، سواء كان يرفعها الدائنون للبائع أو البائع نفسه ، لا يملك الحائز وهو المشتري الحق في التخلية عن العقار والافلات من الالتزام الذى تقرر بدمته للبائع بسبب عقد البيع

ولم يشترط القانون المصرى في الحائز عند التخلية أن يكون ذا أهلية للتصرف كما اشترط ذلك القانون الفرنسى (المادة ٢١٧٢ مدنى فرنسى) . وخيراً فعل القانون المصرى لان التخلية لا تعتبر في الواقع شكلاً من أشكال التصرف (٢)

١٦٢ - في وقت وكيفية حصول التخلية : تحصل التخلية عادة في ظرف مدة الثلاثين يوماً المنوه عنها بالمادة ٥٧٤ مدنى وهى المدة التي لا يجوز فيها للدائن صاحب الانذار بالتخلية أو بالتترك أن يقوم باجراءات البيع . وما دام أن القانون لم يعين مدة خاصة لاظهار الرغبة بالتخلية فانه يجوز للحائز حينئذ التخلية حتى بعد حصول اجراءات البيع ضده (٣)

وتحصل التخلية باقرار بقلم كتاب محكمة محل وجود العقار (المادة ٥٨٥ / ٧٠٩

(١) د . ١٦٧٧ ، ١٠٥٠٠ ، ١٧٧٧ . — جرائمولان ص ١٣٥ ن ٤٨٦ (٢) دى هلس ج

٢ ص ٣٦٣ ن ١٤٦ (٣) س ، ٧١ ، ٢ ، ٥١٥ . — جرائمولان ص ١٣٥ ن ٤٨٨

مدني و ٢١٢٤ فرنسي) (١)

١٦٣ - في آثار التخلية: يترتب على التخلية تعيين حارس تحصل في مواجهته اجراءات نزع الملكية . وعلى صاحب المصلحة في تعيينه المسارعة الى طلب تعيينه من قاضي الامور المستعجلة . ويجوز تعيين الحائز حارسا اذا شاء . وهذا نادر لانه انما ترمى بالتخلية أن يفلت من حصول الاجراءات في مواجهته (المادة ٥٨٦ / ٧١٠ و ٢١٧٤ فرنسي)

ولا يترتب على تخلية الحائز للعقار سوى رفع يده عنه أي زوال الحيازة أي أنه يظل مالكا للعقار . وربما يصح القول بانه يعتبر واضعاً اليد عليه الوضع القانوني . ويترتب على ذلك ما يأتي :

١) اذا بيع العقار بالمزاد القضائي بضمن أعلى من الدين المطلوب أصبح الفرق ملكاً للحائز المتخلى أو لدائنيه هو ، لا للمدين الاصل (المادة ٥٩١ / ٧١٧ مدني و ٢١٧٧ فرنسي ونصها ما يأتي : « اذا زاد ثمن العقار المبيع بالمزاد على مقدار الديون المطلوبة لارباب الديون المسجلة تكون تلك الريادة لدائني الحائز للعقار المرتهين له منه . انما لا يستولونها الا بعد ارباب الحقوق على العقار المترتبة لهم على ملكيه السابقين على الحائز المذكور »)

٢) واذا هلك العقار بحادث قوري قبل مرسى المزاد كان الهلاك على الحائز المتخلى ، أخذاً بقاعدة الهلاك على المالك (٢)

٣) يجوز للحائز حتى بعد التخلية حق تقرير رهون على العقار . وفي هذه الحالة يجوز لاصحاب هذه الرهون أن يقبضوا ديونهم مما يتبقى من الثمن بعد أن يتقاضى

(١) وهل من اللازم اعلان الاقرار بالتخلية الى نازع الملكية ؟ لم تقل النصوص بذلك . ولكن يظهر انه لا بد من اعلان اقرار التخلية الى نازع الملكية ما دام ان القانون قرر بان يحصل تعيين حارس بناء على من يهيمه الامر . ولا شك في ان من يهيمه الامر نازع الملكية . ويجوز ان يعلم نازع الملكية بالتخلية من طريق آخر . ويؤخذ في هذه الحالة بهذا العلم : دي هلس ج ٢ ص

الدائنون المقيدون حقوقهم من الثمن ، وهم دائنو البائع (المادة ٥٩١ المذكورة)
 (٤) اذا كان الحائز قبل التخلية سائراً في طريق التملك بالتقادم فان التخلية
 لا تؤثر على التقادم ما دام أنها منصبة على الحياة المادية للعقار . وتعتبر يد الحارس
 المعين يداً نائبة عن الحائز المتخلى (١)
 هذا ويجوز للحائز المتخلى أن يرجع عن التخلية ويسترد حياة العقار اليه على
 شرط أن يدفع ديون الدائنين المقيدين وما صرفوه على اجراءات نزع الملكية . وتقول
 في ذلك المادة ٥٧٦ / ٦٩٩ مدني و ٢١٧٣ فرنسي ما يأتي : « يبقى الحق في عرض
 المبلغ الكافي لوفاء الدين لحين ايقاع بيع العقار في المزاد . وعلى الحائز المذكور أن
 يعرض أيضاً قيمة المصاريف المنصرفة من وقت التنبيه بالوفاء . وله الرجوع بها على
 المدين ومن سبق الحائز في ملكية العقار »

ز - في حقوق الحائز للعقار من

حيث التصرف والاستغلال

١٦٤ - ان موقف الحائز للعقار قبل الدائنين أصحاب الديون المقيدة هو
 كموقف المدين البائع له . لانه لا يجوز أن تتأثر الضمانات المقررة للدائنين بنقل حياة
 العقار من يد المدين . وعلى ذلك يبقى للحائز نفس الحقوق المقررة للمدين والخاصة
 بالتصرف في العقار واستغلاله ، مع القيود القانونية المقررة في هذا الشأن . ولقد سبق
 لنا أن بينا ذلك في مكانه

الا أنه فيما يتعلق بالحق الثمرة بالعقار بالنسبة للحائز فانه لا يلزم برد الثمرة الا من
 وقت انداره بمعرفة الدائن بالتخلية أو بالوفاء بالدين . وتوزع الثمرة على الدائنين
 المرتبين مع الثمن الاصل للعقار (المادة ٥٨٧ / ٧١٢ مدني و ٢١٧٦ فرنسي) أي أن

(١) جرائم ولان ص ١٣٦ ن ٤٩١ . دي هلس ج ٢ ص ٣٦٣ ن ١٤٦

الوقت الذي يتبدى فيه الحاق الثمرة بالعقار يختلف بالنسبة للحائز عن الوقت الذي يتبدى فيه هذا الحاق بالنسبة للمدين الراهن . اذ لا يتبدى هذا الحاق الاخير الا من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية بالقانون الاهلي (المادة ٥٤٥ مرافعات) ومن وقت تسجيل محضر الحجز العقارى ^(١) بالقانون المختلط (المادة ٦٢٣ مرافعات) . ويستقط حق المطالبة بالثمرة عن الحائز بمضى ثلاث سنوات (٥٨٧ مدنى)

ويسأل الحائز أمام الدائنين عن الاضرار الحاصلة للعقار بفعله هو أو باعماله (المادة ٥٨٩ / ٧١٥ مدنى و ٢١٧٥ فرنسى) ولا يسأل عما يقع من الاضرار بسبب فعل قهري أو حادث جبرى كقدم العقار

وللحائز الحق فى المطالبة بقيمة المصاريف الضرورية التى صرفها على العقار . وله حق المطالبة بالمصاريف النافعة بمقدار ما زاد فى قيمة العقار ^(٢) وفى ذلك تقول المادة ٥٨٨ / ٧١٤ مدنى و ٢١٧٥ فرنسى ما يأتى : « المصاريف الرسمية والمصاريف القانونية ^(٣) التى صرفها حائز العقار تدخل فيما يلزم به من يرسو عليه مزاد العقار . — وعلى من رسا عليه المزاد أن يدفع أيضاً الى الحائز المذكور مقدار ما صرفه من المصاريف الضرورية ومقدار المصاريف النافعة بقدر ما ترتب عليها من الزيادة فى قيمة العقار ويستتدل جميع ذلك من ثمنه » هذا وليس له حق المطالبة بمصاريف الصيانة ^(٤) التى صرفها أثناء أن استولى على ثمرة العقار . لان هذه المصاريف تعتبر من لوازم الثمرة . وليس له أيضاً حق المطالبة بمصاريف الزينة والزخرف ^(٥) لان الدائنين لا يستفيدون منها . وتدفع له المصاريف الضرورية والنافعة ممن يرسو عليه المزاد أى من الذى رسابه المزاد عليه لا زيادة . وليس للدائنين حق الاستيلاء على الثمن الا بعد خصم هذه المصاريف منه

(١) procès-verbal de saisie (٢) plus-value : ١٨ يناير ١٩٤٦ ، ١٩٤
 (٣) frais et loyaux coûts (٤) dépenses d'entretien (٥) dépenses voluptuaires

وللحائز حق الحبس حتى يستولى على مصاريفه (المادة ٦٠٥ / ٧٠٥ فقرة ٣ مدني) وفوق ذلك فان حقه في المطالبة بهذه المصاريف فهو محفوظ ضد من يرسو المزاد عليه خصما من الثمن

وأما المصاريف الرسمية والمصاريف القانونية المنوه عنها بالمادة ٥٨٨ مدني وهي المصاريف الخاصة بعقده ومصاريف التسجيل فتدفع للحائز بمعرفة من يرسو عليه المزاد زيادة على الثمن الذي رسا به المزاد (راجع المادة ٥٨٦ / ٧١٣ مدني و ٢١٨٨ فرنسي)^(١) ذلك لانه من العدالة أن لا يتحمل بهذه المصاريف مادام أن العقار الذي يملكه قد خرج من تحت يده

ح - في آثار نزع الملكية

١٦٥ - ان آثار نزع الملكية والبيع واحدة سواء أجريت ضد الحائز أو ضد الحارس في حالة التخلية والفكرة العامة التي يرجع اليها هنا وهي ان العقار يخرج من يد الحائز ولكن دون ان يترتب على ذلك فسخ ذوات رجعي للعقد الذي اكتسب به العقار . ويعتبر الحائز حينئذ غير مالك للعقار فيما بعد . انما يعتبر انه كان مالكا للعقار من وقت تملكه له حتى مرسى المزاد (يستفاد ذلك من المادة ٥٩١ مدني)^(٢) وترتب على ذلك النتائج الآتية :

١٦٦ - أولا . فيما يترتب على عدم وجود فسخ للعقد ذي أثر رجعي :

١ - ان الرهون التي تقرر على العقار والاختصاصات المتوقعة عليه باسم الحائز في الفترة السكائنة بين تاريخ تملكه للعقار وتاريخ مرسى المزاد تعتبر صحيحة وتحتفظ بمراتب درجاتها في الاولوية ، وذلك بعد ان يستوفي الدائنون السابقون المقيدون حقوقهم من الثمن (المادة ٥٩٧ / ٧١٧ مدني و ٢١٧٧ فرنسي)

(١) ١٨ يناير ١٩٤٤ ، ٦ ، ١٩٤٤ . - جرانولان ص ١٣٨ ن ٥٠٢

(٢) كابتان ص ٩٧٨

٢ . — وتعتبر صحيحة حقوق الارتفاق العقارية التي قررها على العقار . الا انه يجوز مع ذلك للدائنين المرتهنين ، الذين لا يحتج عليهم بهذا الارتفاق ، الحق في طلب بيع العقار حراً من حقوق الارتفاق هذه ، وان يذكروا ذلك بقائمة شروط المزداد^(١) . وكذلك الحال أيضاً بالنسبة لحق الاستعمال وحق السكنى

٣ . — اذا تبقت من ثمن العقار المبيع بالمزداد بقية بعد دفع ديون الدائنين المقيدون فالذى يستفيد منها انما هو الحائز وذلك فيما اذا كان له هو دائنون مرتهنون على العقار اذ يتقاضون ديونهم من هذه البقية

١٦٧ — تانياً : يرتب على التخلية زوال انحاء الحقوق^(١) : فاذا كان للحائز حقوق ارتفاق على العقار المبيع له فان هذه الحقوق تندمج ضمن العقار وتمتدج به لان الحائز يصبح مالكا للعقار برتمه . فاذا حصلت التخلية بعد ذلك عادت حقوق الارتفاق الى الظهور . وكذلك كل حق عيني عقارى آخر كان مقرراً له من قبل . كما اذا كان له حق انتفاع على العقار ، أو كان له رهن رسمي على العقار ، فان هذا الرهن يعود اليه أيضاً بمرتبة في درجات التفاضل اذا سبق له وحافظ على عمل القيد في أوقاته المقررة له . واذا كان للعقار المبيع ارتفاق على العقار او العقارات المملوكة من قبل للحائز وزال بانحاء الحقوق بعد حيازته ، فان هذا الارتفاق يعود للظهور أيضاً بعد التخلية . والقاعدة العامة في ذلك كله انه بجميزة الحائز تندمج الحقوق العينية المقررة له أو عليه بالعقار المبيع له . فاذا زالت الجميزة بالتخلية عادت هذه الحقوق الموجبة والسالبة الى الظهور . أى اندماج الحقوق^(٢) في هذه الحالة عائق بحول دون التمتع بالحقوق السابقة عليه ، ولا يعتبر سبباً من أسباب انتضاء الحقوق . والا اذا قيل ببقاء الحال بعد الاندماج وبقائها قائمة بعد التخلية لترتب على ذلك أن الدائنين يستفيدون من زوال الحقوق الموجبة بالجميزة بما يخالف قاعدة الاتراء بلا سبب .

(١) cahier des charges (٢) confusion المادة ٢١٧٧ فقرة أولى فرنسي .

— كابتان ص ٩٧٨ (٣) confusion

وكذلك أيضاً بالنسبة للحائز المتخلى. فانه لا يجوز له أيضاً أن يستفيد من زوال الحقوق السالبة بالحيازة بعد التخلية أخذاً بقاعدة الانراء بلا سبب أيضاً

١٦٨ — الثالثة . في رجوع الحائز بمحقوقه :

والمطالبة بها سواء دفع الدين أو أجرى التخلية . ويرجع بدعوى الضمان على للمملك له اذا امتلك منه بعقد بعوض . وفي ذلك تقول المادة ٥٩٢ / ٧١٨ مدنى و٢١٩١ فرنسى ما يأتى « للحائز الذى اتزع منه العقار (١) أو أخلاه من ثلقاء نفسه (٢) حق الرجوع بطريق الضمان (٣) على من ملكه اليه اذا كان التملك بمقابل (٤) وفى جميع الاحوال له الرجوع على المدين الاصلى بما صرفه بأى صفة كانت « وما دام أن عقده لم يفسخ فسخاً ذا أثر على الماضى فله حينئذ باعتباره مشترياً حق الرجوع بدعوى الضمان من وقت أن حصل له التعرض فى ملكه أى من وقت وصول الانذار اليه وهو الانذار المنوه عنه بالمادة ٥٧٤ مدنى . وهو يرمى بالرجوع بالضمان هذا الى الحصول على تعويض كامل فى مقابل الضرر الذى أصابه بسبب حرمانه من العقار ، حتى ولو كان هذا التعويض أكبر من الثمن الذى يباع به العقار بالمزاد ، ذلك الثمن الذى يكون فى غالب الاحيان ثمناً أقل من الثمن الحقيقى للعقار عند البيع بالمزاد وله حق الرجوع على المدين أيضاً بما دفعه (٥) باعتباره أنه دفع دين الغير . وفى هذه الحالة لا يقضى له الا بما دفعه فعلاً . ويقع غالباً أن توجه الدعويان ، دعوى الضمان ودعوى المطالبة بقيمة الدين المدفوع ، ضد شخص واحد فيما اذا كان البائع هو المدين والراهن معاً . ولكن يحصل أن توجه الدعويان على شخصين فيما اذا كان البائع المدين لم يكن هو الراهن ، بل يكون هناك شخص آخر قد رهن اعقاره تأميناً لدين المدين ، أى اذا كان هناك كفيل عيني (٦)

(١) exproprié (٢) délaissé (٣) action en garantie

(٤) à titre onéreux (٥) action en remboursement

(٦) caution réelle

١٦٩ — وللحائز حق الاستفادة بالحلول^(١) المنوّه عنه بالمادة ١٦٢/٢٢٥ مقرة ٣ مدني و١٢٥١ فرسي . ويترب على ذلك أنه يجوز له الاستفادة بالحقوق التي كانت مقررة للدائنين المرتهنين وهم الذين قد حل هو محلهم بالحلول لانه هو الذي دفع اليهم ديونهم ، وذلك فيما اذا كانت هذه الرهون قد تقرر لهم على عقارات أخرى تملكها حائزون آخرون . أي أن الحائز الدافع للدين يحل محل الدائنين المرتهنين في الرهون المقررة لهم على عقارات أخرى غير العقار الذي حصلت التخليه عنه

وعلى ذلك اذا تعدد الحائزون لعقارات مختلفة مملوكة للمدين وحصلت التخليه عن أخذها بأن توجهت اجراءات نزع الملكية والبيع ضد أحد الحائزين فقط وترك الدائنون بقية العقارات الاخرى تحت أيدي الحائزين لها فلا يجوز للحائز الذي توجهت ضده اجراءات نزع الملكية والبيع أن يستفيد من هذا الظرف في حالة ما اذا كان المدين معسراً وأن يطالب بجميع حقوقه ، أي أن يتحمل في النهاية بقية الحائزين وحدهم دونه هو نتيجة اعسار المدين دون أن يأخذ هو بنصيبه في هذا الاعسار . أي أنه يجب أن يطالب بقية الحائزين بانصبتهم في التعويض بعد استبعاد نصيبه هو في هذا التعويض^(٢) ويراعى في تقدير أنصبة التعويض قيمة كل عقار على حدة

١٧٠ — واذا كان الدين الاصل مضموناً برهن وكفالة فلا يجوز للحائز الذي دفع الدين الاستعانة بالحلول للرجوع على الكفيل . ذلك لانه يعتبر قد أخطأ في دفعه الثمن دون أن يستعين عند دفعه بنظرية التطهير حتى لا يحرم من حق الرجوع هذا على الكفيل^(٣) ولقد سبق لنا أن بينا على العكس بأن الكفيل اذا دفع الدين فانه يحل محل الدائن في حقوقه المقررة له قبل الحائز . ذلك لان الكفيل عند

(١) subrogation (٢) دي لوان ج ٣ ن ٢١٧٠ . — د ، ١٠٤ ، ١٩٣٠

— جرانمولان ص ١٤١ ن ٥١٢ . — كابتان ج ٢ ص ٩٨٠ (٣) انظر جرانمولان

ص ٢٠ ن ٧٦ . — و ص ١٤١ ن ٥١٣

ما كفل مدينه قد اعتمد على الرهن الضامن للدين (أنظر المادة ٥١٠/٦٢٣ مدني و٢٠٣٧ فرنسي)

ويصح القول بتشابه قائم بين الكفيل العيني والحائز للعقار. وقد يتشابه الكفيل العيني ، وهو الذي يقدم عقاراً رهناً لدين مدين دون أن يلتزم هو شخصياً ، مع حائز العقار . اذ يعتبر الكفيل كالحائز في أنه مالك لعقار مرهون ضماناً لدين دون أن يكون هو ملتزماً بالدين شخصياً . أى أن الكفيل ما دام أنه غير ملتزم شخصياً بالدين فإنه لا يقاضى بالدعوى العينية وهي دعوى الرهن . ولذا سمي الكفيل هنا بالكفيل العيني . وعلى ذلك تسرى عليه في الاصل أحكام حق التبعية . على أنه يختلف مع ذلك عن الحائز . ذلك لانه لا يملك حق التطهير لانه ملزم بحماية الرهن الذي قرره على عقاره كما سيتبين بعد (وربما يتبادر الى الذهن استحالة القول بالتطهير لان الكفيل العيني لا يشتري عقاره . ولكن يحتمل القول بالتطهير اذا انصرف ذلك الى أن الكفيل العيني يعرض قيمة العقار على الدائنين كما يعرضه الموهوب له مثلاً) . على أن الكفيل العيني هو كالكفيل العادي للدين من بعض الوجوه . فله مثلاً حق دفع دعوى الدائن بالدفع المسعى بدفع التنازل عن الدعوى ^(١) المذكور عنه بالمادة ٥١٠/٦٢٣ مدني و٢٠٣٧ فرنسي وهو الخاص بان للكفيل الحق في عدم دفع الدين للدائن بالقدر الذي أضعه هذا الاخير من التأمينات المقررة ضماناً للدين والتي اعتمد عليها الكفيل في كفالاته للدين . وله أيضاً حق الرجوع بمقدار جميع قيمة عقاره الذي كفل به الدين على الحائزين الآخرين للعقارات المرهونة أيضاً ضماناً للدين ، ذلك لانه يعتبر قد حل محل الدائنين ضد هؤلاء الحائزين ^(٢)

(١) exception de cession d'action (٢) جرانبولان ١٤١ — ١٤٢ ن

١٦ — في انقضاء الرهن

١٧١ — ينقضى الرهن اما بانقضاء الدين نفسه المضمون واما أن ينقضى أصلياً بطريقة مستقلة عن الدين الاصلى المضمون

أ — في انقضاء الرهن بانقضاء الدين الأصلي

١٧٢ — ينقضى الرهن بانقضاء الدين الاصلى كما اذا انتضى الدين بالوفاء أو بالاستبدال أو بالتقادم^(١). هذا فيما اذا كان انقضاء الدين منصبا على الدين كله .
وأما اذا انتضى بعض الدين فيظل الرهن قائماً بتمامه لان الرهن لا يتجزأ . وعلى ذلك يضمن العقار كله بقية الدين مهما صغرت هذه البقية . وقد يحصل أنه اذا حل دين مضمون برهن محل دين آخر غير مضمون برهن جاز الاتفاق مع ذلك على بقاء الرهن الخاص بالدين الأول ضامناً للدين الثانى كما يحصل ذلك فى حالة استبدال الدين (المادة ١٨٨ / ٢٥٢ و ١٢٧٨ فرنسى) وفى حالة الحلول (المادة ١٦٢ / ٢٢٥ مدنى و ١٢٥٠ فرنسى) وفى حالة المقاصة (المادة ١٩٨ / ٢٦٢ مدنى و ١٢٩٩ فرنسى)

ب — في انقضاء الرهن انقضاء أصلياً

١٧٣ — ينقضى الرهن انقضاء أصلياً ، أى بغير الأسباب التى ينقضى بها الدين الأصلي ، بالأسباب الآتية :
١ (الزوال المادى للعقار المرهون . وفى هذه الحالة يجوز للمرتهن طلب رهن آخر بالشروط والأحوال المحتملة المبينة بالمادة ٥٦٢ مدنى . كما أنه يجوز له أيضاً الاستعانة بحق الاولوية على قيمة التعويض المقرر للعقار بعقد التأمين أو بحكم القضاء . وقد بينا ذلك كله بمكانه

- (٢) اقتضاء الحق المرهون، كإقتضاء حق الانتفاع
- (٣) إبطال أو فسخ عقد تملك الراهن^(١) مع ملاحظة الاستثناءات التي قررها القانون المختلط دون القانون الأهلي في هذا الشأن بما سبق لنا شرحه .
- (٤) تنازل الدائن عن الرهن . ويحصل التنازل صراحة أو ضمناً . ولا يؤخذ في التنازل الضمني من طريق الظن والتخمين بل يجب أن يستفاد من أعمال تدل عليه دلالة صريحة . ويقع هذا التنازل الضمني كما إذا اشترك الدائن المرتهن مع المدين الراهن في بيع هذا الأخير للعقار المرهون، إذا لم يكن هناك سبب معروف يدل على غير ذلك . ويستفاد هذا التنازل أيضاً من اشتراك المرتهن مع بقية الدائنين في الاقتراع بشأن المصالحة مع المدين المفلس^(٢) (المادة ٣١٨ / ٣٢٨ تجارى و ٥٠٨ فرنسى) . ولما كان التنازل عملاً قانونياً من جانب واحد فلا يشترط لصحته رضا المتنازل إليه . وعلى ذلك لا يجوز للدائن المتنازل سحب تنازله قبل رضا المدين به^(٣) ويحصل أن الدائن بدلاً من أن يتنازل عن الرهن بالذات فإنه يتنازل فقط عن القيد . وفي هذه الحالة يجوز له عمل قيد جديد لنفس الرهن القائم
- (٥) اتحاد الذمة^(٤) . أى أن يصبح المرتهن والمالك للعقار شخصاً واحداً . ولكن يلاحظ أنه يجوز للمشتري للعقار المرهون أن يبقى مع ذلك حافظاً لحق الرهن المقرر له الاستعانة به وقت الحاجة في المحافظة على حقوقه ضد الدائنين المقيدين (قارن المادة ٥٩٠ مدنى)
- (٦) عدم قيد الرهن قبل أى تصرف صادر من المدين عن العقار المرهون (المادة ٥٦٥)
- (٧) سهوكاتب الرهن عن قيد قائمة الرهن

(١) انظر المادة ٢٤٥ / ٤٣١ مدنى و ١٦٧٣ فرنسى . — ٥ مايو ٩٨ ، ١٠ ، ٢٦٥

(٢) concordat (٣) س ، ٢٠ ، ٩١ ، ٣٥ (٤) contusion

٨) عدم الدخول في قائمة التوزيع وتعيين الدين بها في المدة القانونية عند توزيع ثمن العقار (المادة ٥١٦ مرافعات)

٩) التطهير

١٠) التقادم

وتسرى الأحوال الأولى الخمسة لا تقضاء الرهن على الامتيازات المنقولة والعقارية التي سنتكلم عنها بعد . وأما الأحوال الباقية فهي خاصة فقط بالرهن والامتيازات العقارية . ونرى هنا ضرورة تفصيل بعض الأحوال المتقدمة نظراً لأهميتها

١٧ — في عدم ذكر قيد الرهن بالشهادة

المعطاة من الكاتب لطلبها

١٧٤ — يطلب من يشرع في مشتري عقار الى كاتب التسجيل اعطائه شهادة بالتسجيلات والقيود التي يحتتمل أن توجد على العقار الذي يريد شراؤه . فاذا جاء الكاتب ولم يذكر بهذه الشهادة من طريق السهو أو الخطأ قيد الرهن المقرر على العقار ، فهل اذا اشترى المشتري بناء على ذلك يعتبر الرهن المقيد حجة عليه أم لا يعتبر ؟ أو بعبارة أخرى من من الاثنين المشتري أو المرتهن يضحى قبل الآخر ؟ أجب على ذلك القانون الفرنسي بتضحية الدائن المرتهن في مصلحة المشتري . اذ يزول عن الدائن المرتهن حق التبعية الذي كان يملكه قبل المشتري ، لأن المشتري لم يشتر الا وهو يعتقد اعتقاداً قانونياً صحيحاً بأن الرهن الذي لم يتبين بالشهادة رهن لا وجود له في عالم الحقيقة . وعلى ذلك لا يجوز للمرتهن نزع ملكية العقار المرهون . كما أنه لا يجوز له أن يقرر بالزيادة في الثمن^(١) في حالة التطهير^(٢) . وكل ماله هو أنه يحتفظ بحق الأولوية المقرر له على الثمن^(٣)

أما القانون المصرى فانه لم يأخذ بهذه النظرية الفرنسية وأخذ بالنظرية العكسية ، وأراد بذلك الرغبة في زيادة حماية الدائن المرتهن . اذضحى في مصلحة المرتهن مصلحة المشتري الذى اشترى بناء على شهادات جاءت ناقصة . وعلى ذلك يبقى الدائن المرتهن متمتعاً بحق الرهن وبحق التبعية . ولا يبقى أمام المشتري الا الرجوع بالتعويضات على كاتب التسجيل طبقاً للقواعد العامة المقررة بالمادة ١٥١ مدنى . ولا بد في ذلك أن يثبت أن هناك خطأ من الكاتب حتى تصح دعوى المسؤولية . ولا يشتمل التعويض على رد الثمن وفوائده فقط بل يشتمل أيضاً على ما يساويه العقار من الثمن وقت ارسال الانذار المنوه عنه بالمادة ٥٧٤ مدنى الى الحائز للعقار بدفع الدين أو التخلية ، وذلك فيما اذا زادت قيمة العقار بعد الوقت الذى حصل فيه البيع^(١)

١٨ — في تقادم الرهن

١٧٥ — قلنا ان الرهن يزول بطريق التبعية مع زوال الدين الاصلى بالتقادم أى يتقادم الرهن أيضاً مع تقادم الدين المضمون به^(٢) ولا فائدة من التمسك اذا كان الدين المضمون بالرهن باقياً لم ينقص بعد^(٣) ولكن يقرر القانون الفرنسى من جهة أخرى (المادة ٢١٨٠ فقرة ٤) بأنه اذا انتقل العقار المرهون الى يد الحائز له ، جاز لهذا الأخير أن يجعل الرهن يتقادم بيده أثناء الزمن المقرر له في تقادم الملكية لمصلحته . وتقول في ذلك المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى ما يأتى « تنقضى الامتيازات والرهون بما يأتى : (١) باقتضاء الالتزام الاصلى — (٢) بتنازل الدائن عن الرهن — (٣) بالاجراءات والشروط المقررة للغير الحائز للعقار في تطهير هذا الاخير — (٤) بالتقادم — ويستفيد المدين من التقادم بالنسبة للعقارات الموجودة تحت يده بمضى الزمن المقرر لسقوط

(١) ٢١ يناير ١٩٠٩ ، ٢١ ، ١٢١ ، — جرانولان ص ١٤٤ ن ٥٢٢

(٢) ١٨ نوفمبر ١٩١٠ ، ٣ ، ٢٣ ، — ٢٠ يونيو ١٩٣٠ ، ٥ ، ٢٢٢ ، — ٥ فبراير ١٩١٤

(٣) ٢١٣ ، ٢٦٠ ١١ مارس ١٩١٤ ، ٦٦ ، ٢٦٧

الدعوى بالتنازع وهي الدعوى المقررة للرهن أو الامتياز — وأما عن العقارات الموجودة في حيازة الغير فان الرهن يتقادم في مصلحة هذا الغير بمضى نفس الزمن المقرر لتقادم الملكية له . واذا كان من اللازم في التقادم سبب صحيح فان التنازع لا يسرى الا من وقت تسجيل العقد بالسجلات — وليس من شأن القيد الذي يجريه الدائن المرتهن أن يقطع مدة التقادم المقررة في مصلحة المدين أو الغير الحائز للعقار « وعلى ذلك اذا امتلك الحائز للعقار المرهون امتلاكاً يرجع للتقادم اصبح مالكه ملكاً حراً ، اذ بالتقادم يزول الرهن الذي كان مقرراً عليه . واذا فرض جدلاً وطبقنا هذه القاعدة على القانون المصري رأينا أنه اذا كان الحائز حسن النية ولديه سبب صحيح تملك العقار بمضى خمس سنوات حراً من الرهن اذا كان مجهول وجود الرهن^(١) واذا لم يكن لديه سبب صحيح أو كان سيئ النية تملك العقار حراً من الرهن مدة ١٥ سنة^(٢) وعلى ذلك يرى أن القانون الفرنسي يقرر نوعاً للتقادم المكسب ، نوعاً خاصاً بجزء من أجزاء الملكية ، هذا الجزء هو الممثل بالرهن . على أنه يلاحظ فوق ذلك أن تقادم الملكية وتقادم الرهن شيان مستقلان عن بعضهما البعض ، ويجوز أن يحصل تقادم الملكية وتقادم الرهن بطريقة يكون فيها الواحد منفصلاً عن الآخر ، فيحصل تقادم الواحد منهما قبل تقادم الآخر . اذ يحصل تقادم الملكية ضد مالك العقار المرهون ، ويحصل تقادم الرهن ضد الدائن المرتهن^(٣) ويجوز أن يكون الغير الحائز حسن النية بالنسبة للملكية لانه اعتقد بأنه تعاقد مع المالك الحقيقي . وأن يكون أيضاً سيئ النية بالنسبة للرهن اذا علم بوجود الرهن . ويجوز أن يوقف التقادم بالنسبة للمالك الاصلى اذا كان مقود الاهلية ، بينما التقادم سائر في طريقه بالنسبة للرهن ويترتب على ذلك أن لا يتم تحرير العقار من حيث الملكية ومن حيث الرهن الا بعد مرور مدتين

(٢) جرانولان ص ١٤٥ ن ٥٢٣

(١) دى هلس ج ٢ ص ٣٨٤ ن ٢١٢

(٣) دى هلس ج ٢ ص ٣٨٥ ن ٢١٢

مختلفتين^(١) ويجوز قطع التقادم على الحائز وهو في طريق التقادم في الرهن . ويحصل القطع بكل عمل من الاجراءات القانونية المقررة لنازع الملكية المرتهن وعلى الاخص الانذار الرسمي^(٢) الذي يبعث به هذا المرتهن الى الحائز بعد التنبيه على المدين بالوفاء^(٣)

١٧٦ — ولما كان القانون المصري خلوًا من نص يحكى النص ٢١٨٠ الفرنسي فقد قضى القضاء ببعض أحكامه بأنه اذا تملك الحائز للعقار هذا العقار بالتقادم فقد تملكه بما تحمل به العقار من الحقوق العينية الموقعة عليه في مصلحة الغير^(٤) على أن القضاء المصري قد جرى أخيراً على القول بوجود تقادمين ، أحدهما خاص بالدين ، وثانيهما خاص بالرهن . بحيث يجوز أن يتم هذان التقادمان في أوقات مختلفة . أى يجوز للحائز أن يملك العقار بالتقادم قبل أن يتقادم الرهن في مصلحته . والعكس بالعكس أى يتقادم الرهن لديه قبل أن تتقادم الملكية له^(٥)

١٧٧ — الحائز الدولي : تقادم الملكية : مع بقاء الدين : قرر القضاء المصري جواز التقادم في الملكية في مصلحة الحائز ، برغم بقاء الدين الاصلى بذمة المدين . أى أنه بينما قد سقطت دعوى الرهن فان دعوى المطالبة بالدين قائمة . فاذا تملك الحائز للعقار المرهون بالمدة الطويلة وهي ١٥ سنة ولم يتعرض له الدائن المرتهن بأى تعرض ما جاز للحائز أن يفلت من نتائج القيد الذى أجراه المرتهن . وذلك سواء كان الحائز قد تملك العقار من غير مالك^(٦) أو من طريق الاغتصاب^(٧) ومما مر نرى أن القضاء المصري قد جرى في تقرير قاعدة تقادم الرهن بالأخذ

(١) دى هلس ن ٢١٢ السابقة (٢) sommation (٣) commandement

(٤) استئناف م ٧ مايو ٩٨ متق ، ١٠ ، ٢٦٩ ، ١٠ — ١٩ ابريل ٩٠٦ ، ١٨ ، ٢١٠ .

— ومع ذلك قارن ٥ فبراير ٩١ ، ٣ ، ١٨٢ ، ١٠ — ٩ ديسمبر ٩٦ ، ٩ ، ٥٣ — ١٣

مايو ٩٠٣ ، ١٥ ، ٢٩٢ (٥) ١٥ فبراير ٩١٤ ، ٢٦ ، ٢١٣ . — ج ع ٣ ص

٢٦١ ن ٢٧٢٧ (٦) non domino (٧) usurpation : ٢٥ ابريل ٩١٨ ،

٣٠ ، ٣٨٧ — ج ع ٣ ص ٢٦١ ن ٢٧٣٨

برأيين مختلفين . فتأذة يقول بأن تقادم الملكية لا يمحو الرهن . وتارة العكس . وربما كان الرأى الاول هو الاصح . ويؤيدنا في ذلك عدم نقل الشارع المصرى لنص المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى السابقة . وقد فعل ذلك كما فعل القانون البلجيكى والىطالى . كما أن المادة ١٠٢ مدنى مختلط تقول بأن الحقوق التى تمتلك بالتقادم هى الملكية والحقوق العينية واستثنت منها الرهن (ولم يرد بالمادة الأهلية ٧٦ المقابلة للمادة ١٠٢ المختلطة استثناء الرهن من التقادم)^(١)

هذا وفوق ما تقدم فانا اذا أخذنا بتقادم الرهن مع بقاء الدين الاصلى لترتب على ذلك اضطراب بحركة القروض العقارية وبالثقة الرهنية . فاذا ظل الدائن يجد رهنه فى الميعاد القانونى وظل يتقاضى من مدينه فوائد القرض ثم لاحظ أن مدينه قد أعسر ، وهم بنزع الملكية مدينه من العقار المرهون ، فانه قد يجوز أن يفاجأ وقتئذ بمشتر يدعى شراءه للعقار وتملكه له بالتقادم الطويل أو القصير . وبذا تزول الضمانات التى يعتمد عليها الدائن المرتهن . وهذا ليس من السهل قبوله^(٢)

١٧٨ - الحائز الثانية : تقادم الرهن بمرور التقادم : رأينا أن القضاء المصرى قد جرى أخيراً على فصل التقادمين عن بعضهما البعض فجعل تقادم الرهن مستقلاً عن تقادم الدين الاصلى . أى أنه بينما الدين الاصلى قائم ويجوز للدائن المطالبة به ، فان الرهن قد زال بالتقادم فلا يجوز للدائن المرتهن الانتفاع به . وهذا القضاء يقرب كثيراً من المادة ٢١٨٠ مدنى فرنسى كما رأينا . وحجة القضاء المصرى فى رأيه هذا بأنه ما دام من المقرر أن الالتزامات تنقضى بمدة ١٥ سنة طبقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى فان الحائز للعقار يصبح هو الآخر بعد مضى

(١) ولكن يلاحظ ان المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى قد اشارت الى اكتساب الحقوق بالتقادم لا الى زوالها بالتقادم . والمادة ٢٠٨ / ٢٧٢ مدنى قررت زوال الالتزامات بالتقادم بمدة ١٥ سنة ولم تذكر الرهن . ويستفاد من المادة ٧٦ / ١٠٢ مدنى ان الرهن لا يكتسب بالتقادم لانه لا بد فيه من اجراءات رسمية [(٢) جرائمولان ص ١٤٦ ن ٥٢٤ - قارن هوك Huc فى القانون الايطالى ص ٣٥٣]

هذه المدة وقد برئت ذمته من الالتزام الذي كان بذمته وهو التزامه بتخليه العقار أو تحمل اجراءات نزع الملكية في وجهه ، وهو الالتزام المقرر في مصاححة الدائن المرتهن بما لهذا الأخير من التمتع بحق التتبع^(١) وانا لا نقر هذا الرأي بحال . ذلك لأن هذا الرأي قد رتب على الحق المقرر للمرتهن من دعوى الرهن^(٢) قبل الخائز، رتب على هذا الحق التزاما شخصياً بدمه الخائز في أن يتخلى عن العقار أو أن يتحمل في وجهه اجراءات نزع الملكية . وفي هذا كما لا يخفى خلط ظاهر بين الحق العيني للرهن وحق التتبع الذي يعتبر أثراً من آثار الرهن ، وبين الالتزامات البسيطة^(٣) أو الحقوق الشخصية^(٤) . والغرض الذي يرمى اليه القضاء من هذا الخلط هو تسوية الأخذ بالمادة ٢٠٨ مدني الخاصة بالتقادم المسقط والتي لا تتعلق الا بالحقوق الشخصية المحضة . مع أنه من المقرر في الاوقات الحاضرة ضرورة عدم الخلط بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، وان القول بالتشابه بينهما قول غير صحيح . فالرهن وحق التتبع الناشئ عنه لا يعتبران حقوقاً شخصية . وعلى ذلك فهما يفلتان من حكم المادة ٢٠٨ مدني الخاصة بالتقادم المسقط^(٥)

(١) راجع على الاخص حكم ١٩ ابريل ١٨٠٦ ، ١٨٠٦ ، ٢١٠٠ . — قارن ٧ مايو ١٩٨٠ ، ١٠ ، ٢٦٩ . وكما يحصل التقادم بالمدة الطويلة ١٥ سنة فيحصل أيضاً بالمدة القصيرة خمس سنوات اذا كان هناك سبب صحيح وحسن نية : دي هاس النبذة ٢١٢ السابقة
(٢) action hypothécaire (٣) obligations (٤) droits personnels
(٥) فيما يتعلق بالتقادم في الرهن انظر البحث الاتي :

Victor Rosetto . de l'admissibilité de l'extinction de l'hypothèque par la prescription prévue par le code civil français (Gazette des Tribunaux Mixtes, t. V, p. 99)

١٩ — في تطهير الملكية من الرهون والامتيازات^(١)

١ — كلمة عامة

١٧٩ — التطهير حق قرره القانون في مصلحة المشتري لعقار محمل برهون وامتيازات للاستعانة به في الافلات من نتائج حق التبعية المقرر المدائن، وذلك بأن يعرض المشتري الثمن على الدائنين المرتهنين أو الممتازين ويدفع لهم ثمن العقار أو ثمنه الحقيقي^(٢) برضاهم^(٣) ومن شأن التطهير أن يستحيل حق التبعية الى حق الاولوية على ثمن العقار. اذ يقدم للمشتري الثمن للدائنين في مقابل أن يقرر هؤلاء الاخيرة زوال الرهن وشطبها عن العقار^(٤) ويجب على الدائنين اما قبول ما عرضه المدين، وفي هذه الحالة يتحرر العقار من الرهون بسبب الوفاء اليهم. واما أن يزيدوا في الثمن المعروض عليهم^(٥) فيما اذا أملوا في ارتفاع الثمن اذا بيع العقار بالزاد. وفي هذه الحالة أيضاً يتحرر العقار من الرهون

وكان العمليون في عهد القانون الفرنسي القديم هم أول من قالوا بالتطهير. وأرادوا به مصلحة المشتري حتى لا يتعطل رواج المعاملات في العقارات المرهونة. ذلك لانه بالتطهير يصبح المشتري لعقار مرهون في حل من استبقائه لديه والافلات من حق التبعية ونزع الملكية، وذلك بأن يدفع فقط ما يوازي قيمة العقار دون أن يكون مضطراً

(١) فيما يتعاق بالتطهير انظر ما يأتي :

Gabriel Boulad : de la radiation des inscriptions après clôture de l'ordre, et de la purge (Gazette, t. VII, p. 15, .—t. VIII, p. 277)

Assad : même sujet même bulletin, t. VII, p. 45

Bichara Tabbah : de la purge dès hypothèques en dehors de toute expropriation (Gazette t. IX, p. 150 et 163) ١٠٠٣—٩٨١

(٢) valeur estimative (٣) avec leur agrément : دي هلس ج ٢ ص ٣٦٦

ن ١٥٥ (٤) mainlevé : (٥) surenchérir

الى الوفاء بجميع الديون المضمونة برهون وامتيازات متوقعة على العقار. وهذه ميزة كبرى يستفيد منها المشتري. اذ يقع كثيراً أن تزيد الديون المضمونة عن قيمة العقار زيادة عظيمة. ويستفيد المدين نفسه أيضاً من التطهير اذ يستطيع به الوصول بسهولة الى ايجاد مشتر لعقاره

هذا بالنسبة للمشتري والمدين. وأما بالنسبة للدائنين المرتهين أو الممتازين فإن التطهير في الاصل لا يضر بهم ما دام أنهم يقبضون القيمة الحقيقية للعقار وهذا كل ما يرمى اليه حقهم المقرر لهم. وربما كان التطهير لمصلحتهم أيضاً اذ يستطيعون به الحصول على ثمن العقار حالا دون أن يتضايقوا بالقيود المطولة والعديدة المعروفة في اجراءات نزع الملكية. وفوق ذلك فإن العادة جرت على تقدير المبيع علماً وبالمراد تقديراً يقل كثيراً عن التقدير الذي يحصل بالطرق الودية. ولكن ربما يتضرر الدائنون من التطهير في أن يتقاضوا ديونهم قبل حلول آجالها فيما يكونون قد أرادوا بالاقرض استقلال ديونهم استغلالاً معقوداً بآجال طويلة. وربما يكون التطهير في غير مصلحتهم اذا فرض وحصل التطهير في وقت نزول الاثمان. ولكن يتضاءل هذا الضرر على كل حال في جانب ما يعود من الفائدة العامة من سهولة رواج التعامل العقاري. ومع أن التطهير عمالية نافعة وذات أثر في مجالات التعامل فإن الاحكام القضائية قليلة فيها جداً^(١)

ب - في شروط التطهير

١٨٠ - التطهير حق مقرر للحائز لعقار محمل برهون أو امتيازات، أى مقرر للمشتري، أى لشخص غير ملتزم بالوفاء بالدين (قارن المادة ٥٧٥ مدنى) وعلى ذلك لا بد من شرطين. أن يكون الحائز مشترياً وأن لا يكون ملتزماً هو الآخر بالدين

(١) وللتطهير ميزة خاصة اذ يسهل به رواج المقار المرهون وتقرير حقوق عينية عليه :

١٨١ - الشرط الاول . في صفة الحائز للعقار^(١) : التطهير حق مقرر للمشتري ، أو لكل من اكتسب حقاً عينياً على العقار المرهون (المادة ٢١٨١ مدنى فرنسى) ويستفيد منه ما يأتى : (١) المكتسب للعقار من طريق التبرع (وقرره القضاء الفرنسى للموصى اليه^(٢) . والموهوب اليه^(٣) - ٢) ويستفيد منه المشتري سواء لم يتعلق عقده على شرط أو كان معلقاً على شرط فاسخ كالمشتري شراء وفائياً - ٣) ويستفيد منه المشتري للعقار كله أو بعضه . وقرر القضاء الفرنسى عدم المساس بآثار التطهير فيما اذا حصل التطهير عن عقار تعلق حق الحائز فيه على شرط لم يتحقق فيما بعد وبعد التطهير^(٤) وان كان هذا الامر غريباً من الوجهة النظرية فى أن يبقى التطهير نافذ الاثر على عقد لم يتحقق شرط التملك فيه ، الا أن هذا الرأى هو الاصلح من الوجهة العملية . وهذه الوجهة العملية هى التى غلبت على القضاء الفرنسى

ولا يجوز التطهير للمشتري اذا كان حق المشتري من الحقوق التى لا يجوز بيعها بالمزاد العلنى كحق الارتفاق وحق السكنى وحق الاستعمال (راجع المادة ٥٨٣ مدنى) ذلك لانه يجب أن يتمتع الدائنون المرتهنون بحق طلب بيع العقار بالمزاد العلنى . والا اذا حرهوا من هذا الحق لترتب على ذلك أن المشتري يتعنت بهم ويعرض عليهم ثمناً بخساً للعقار^(٥)

(١) Leon Castro, du tiers détenteur d'un immeuble en expropriation p. 145 (Gazette, T. VII) (٢) د ٢٩٩ ، ١ ، ٨٩ ، د (٣) دى هلس ج ٢ ص ٣٦٧ ن ١٦٠ (٤) النقض الفرنسى ٢٣ أغسطس ١٨٧٣ ، د ، ٧٣ ، ١ ، ٢٢١ (٥) وفى القانون الفرنسى تقرر المادة ٢٢٠٥ بأنه لا يجوز للدائن أن يطلب بيع نصيب مدينه الشائع فى عقار موروث قبل أن تحصل القسمة الودية أو القضائية . أى أن هذه المادة الفرنسية تعتبر حائلاً فى وجه الحائز دون التطهير . أما القضاء المصرى فانه لم يأخذ بهذه المادة الفرنسية ، وأجاز نزع الملكية قبل قسمة العقار الذى يملك فيه المدين نصيباً شاملاً : ٨ مارس ١٩٤ ، ٦ ، ٢٦٦ - ١٦٨ ، ٨ - ١٢ ، ٩٨ - دى هلس ن ١٦١

أما إذا كان الشرط فاسخاً فالرهن جائز طالما لم يتحقق الشرط^(١) لان المالك بشرط فاسخ يعتبر مالكا من وقت التعاقد وهذا على خلاف المالك بشرط توقيفي اذ لا يعتبر مالكا الا من يوم تحقق الشرط

واذ كان التطهير جائزاً للمالك بشرط فاسخ وحصل التطهير قبل تحقق الشرط فماذا تكون الحال حينئذ فيما اذا تحقق الشرط وزالت الملكية عن الخائز المالك بشرط فاسخ؟ اننا اذا رجعنا الى قاعدة الاثر الرجعي للشرط الفاسخ لترتب على ذلك ضرورة القول بابطال التطهير ورجوع الرهن الى ما كانت عليه والزام الدائنين برد ما أخذوه . ولكن القضاء الفرنسي خالف قاعدة الاثر الرجعي للشرط الفاسخ في حالة التطهير وقرركا رأينا بان آثار التطهير يتبقي ولا تزول برغم تحقق الشرط الفاسخ^(٢) على أن دى هلس^(٣) لا يرى محالاً لتقرير الرهن للمالك على شرط فاسخ طالما أن الملكية مهددة بالزوال . ولكنه أباح التطهير في هذه الحالة اذا قام أحد الدائنين المرتهنين بعمل اجراءات البيع الجبري^(٤) ويقرر القضاء الفرنسي أيضاً عدم العمل بالتطهير للخائز اذا تعلق حقه في العقار على شرط توقيفي ، لان الخائز لا يعتبر مالكا في الحال . اذ الملكية الحالية شرط لازم على ما يظهر في القانون الفرنسي وكما يستفاد من النصوص الفرنسية (أنظر المواد ٢١٨٣ و ٢١٨٥ و ٢١٩٢ فرنسي) لان الملكية الحالية شرط لازم حتى يستطيع بها صاحبها مناهضة الدائنين المرتهنين . ويفتي رجال الفقه بمصر الاخذ بهذا الرأي بالقانون المصري^(٥)

وما دام أن حق التطهير مقرر للمالكين الخائزين فلا يجوز حينئذ لمن سيأتي بعد حق التمسك به وهم : (١) الدائنون كالمقرضين مثلاً فيما اذا أرادوا أن يقرضوا المدين

(١) دى هلس النبذة السابقة ف ٢ (٢) د ، ٧٣ ، ١ ، ٣٢٤ . — دى هلس ص ٢٦٨ ان ١٦٣ . — ملحق دالوز Dalloz, supplément تحت عبارة hypothèques el privilèges, n 05 1280 et suiv. — راجع كابتان ص ٩٨٥ (٣) ج ٢ ص

٢٦٨ — ٣٦٩ ن ١٦٤ (٤) ص ٣٦٩ ن ١٦٥ و ص ٣٧٠ ن ١٦٦

(٥) جرائمولان ص ١٤٩ ن ٥٢٣

بعد أن يعملوا على تطهير العقار المرهون أى المرهون لغيرهم والذي سيرتهنونه بعد (٢) الدائن المرتهن رسمياً اللاحق لدائن مرتهن سابق مفضل عليه (٣) الكفيل العيني^(١) أى الشخص الذى رهن عقاراً مملوكاً له خاصة لضمان دين لآخر دون أن يكون ملتزماً هو بالدين . وذلك لان الكفيل يعتبر أولاً ضامناً للرهن الذى تقرر على عقاره ، وثانياً لانه لا يعتبر مشترياً . وعلى ذلك لا يجوز للكفيل حرمان الدائن من حق الضمان هذا ، وعلى الاقل قبل حلول أجل الوفاء بالدين^(٢)

١٨٢ - السُّرْطُ التَّامِي . أنه يكونه المُسْرَى غير ملتزم بالدين شخصياً : لا يجوز للمشتري الاستعانة بحق التطهير الا اذا كان غير ملتزم بالدين التزاماً شخصياً ،^(٣) أى اذا لم يكن مديناً أصلياً بالدين ، أو شريكاً فى الدين^(٤) أو كفيلاً . والسبب فى ذلك أنه لا يجوز للمدينين أو الشركاء فى الدين أن يكرهوا الدائن على قبول جزء من الديون أو قبول الدين كله قبل حلول أجل الوفاء . والتطهير لم يخرج عن كونه وفاء للدين كله قبل حلول أجله أو لجزء منه . وفوق ذلك فانه فى حالة ما اذا كان الحائز ملتزماً شخصياً بالدين فانه يجوز للدائنين نزع ملكيته من العقار . ولا يجوز للوارث طلب التطهير لأنه خلف لمورثه ، وما هو محظور على هذا الأخير فهو محظور عليه أيضاً حتى ولو دفع نصيبه فى الدين^(٥)

وفى كل حالة يتبين منها أن تملك العقار كان من شأنه تحويل حق التبعية الى حق يتقرر على الثمن ، جاز القول هنا باعتبار التصرف تطهيراً^(٦) اذ تنقضى رهون والامتيازات بحكم القانون بمجرد حصول تملك العقار . ويقع ذلك فى الأحوال الآتية : (١) اذا حصل رسو مزاد فى بيع عقار بالمزاد الجبرى . اذ بتسجيل حكم مرسى المزاد يظهر العقار من الرهون وتصبح حقوق الدائنين منصبة على الثمن (المادة

(١) دى هلس ص ٣٦٨ ن ١٦١ (٢) جرانولان ص ١٤٩ ن ٥٣٤
 (٣) دى هلس ص ٣٧٠ ن ١٦٧ . - كابتان ص ٩٨٥ (٤) codébitour
 (٥) دى هلس ن ١٦٩ (٦) l'aliénation vaut purge

٦٧٥ مرافعات مختلط والمادة ٧١٧ مرافعات فرنسي (— ٢) اذا حصل رسو المزاد بعد تقرير الزيادة أولاً . لأنه من المقرر أنه لا تجوز الزيادة بعد الزيادة الاولى (١) — (٣) في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة (أنظر المواد ٨ و ٢٨ و ٢٩ من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٦)

١٨٣ — متى يحصل التطهير ؟ للحائز الحق في طلب التطهير في أى وقت طالما أنه لم يعلن من الدائن . وليس ملزماً بأن لا يطلب التطهير الا اذا أُنذر من الدائن بدفع الدين أو بالتخليّة أو بتحمل اجراءات نزع الملكية والبيع . وفي ذلك تقول المادة ٥٧٩ / ٧٠٢ مدينى ما يأتى : « . . . ويجوز له أن يعرض هذا المبلغ قبل تكليفه تكليفاً رسمياً (٢) » وربما تكون للحائز مصلحة ظاهرة في القيام بعملية التطهير قبل دفع الثمن الى البائع حتى لا يمكن أن يكره فيما بعد على الوفاء مرتين أو على سحب العقار من يده

أما اذا أُنذر من الدائن فلا يصح التطهير الا لغاية الوقت الذى يحكم فيه بنزع ملكية العقار . وفي ذلك تقول المادة ٥٧٧ مدينى أهلى ما يأتى : « يبقى حق عرض المبالغ (٣) المقدرة به قيمة العقار حين صدور الحكم بنزع الملكية (٤) » (وفي القانون المختلط لغاية الوقت الذى يحصل فيه الحجز العقارى . المادة ٧٠٠ مدينى) . وأما القانون الفرنسى فانه عين مدة ثلاثين يوماً من وقت الانذار الرسمى يجب أن يحصل فيها العرض (المادة ٢١٦٩ و ٢١٨٣ مدينى فرنسى)

ج — في اجراءات التطهير

١٨٤ — يجب على الحائز الذى يريد الانتفاع بحق التطهير مراعاة ما يأتى :
(١) تسجيل العقد المملك له . (٢) اعلان الدائنين بما يعرضه . (٣) اعلانهم

(١) surenchère sur surenchère ne vaut (٢) mise en demeure

دى هلس من ٣٦٦ و ٣٦٧ ن ١٥٩ (٣) droit d'offrir

(٤) sentence d'expropriation

أيضاً ببعض بيانات خاصة منوه عنها بالمادة ٥٨٢/٧٠٥ مدني و ٢١٨١ فرنسي حتى يستطيعوا الحكم بما خيروهم فيه القانون من قبول المبلغ المعروض أو من حق طلب بيع العقار بالزاد . و بيان ذلك :

١٨٥ — في تسجيل عقد تملك الحائز: ^(١) يجب على الحائز تسجيل

عقده . وهذا مستفاد من المادة ٥٨٢/٧٠٥ مدني و ٢١٨١ فرنسي وهي تنص على ما يأتي : « يجب أن يكون العرض لكافة أرباب الديون المسجلة في محلاتهم المعينة بتسجيل رهوناتهم وأن يكون مصحوباً بإعلان الأوراق والبيانات الآتية : أولاً — صورة عقد انتقال الملكية مع بيان أسماء المتعاقدين والتمن المتفق عليه وما عداه من الالتزامات المقررة ان كانت و بيان العقار بالدقة — ثانياً — تاريخ ونمرة تسجيل العقد المذكور . ثالثاً — قائمة بتسجيلات الرهون الموجودة في ذلك الوقت مشتملة على بيان تواريخ التسجيلات المذكورة و مقدار الديون المسجلة وأسماء الدائنين » على أن تسجيل العقد أصبح الآن أمراً حتمياً لنقل الملكية والحقوق العينية العقارية طبقاً للمادة الأولى من قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ . والمفهوم أن التسجيل هنا في حالة التطهير خاص بالحقوق الخاضعة للتسجيل ^(٢) وكانت المادة ٦١٩/٧٤٦ مدني تقضى بالاكتفاء بتسجيل العقد الأخير اذا تعدد نقل الملكية في عقار واحد . فكان لا يلزم الحائز بتسجيل العقود السابقة على عقده . وأما وقد ألغيت هذه المادة بقانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ المذكور فلا محل للأخذ بها مادام أن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل

١٨٦ — في اعلانه العرض المرئى : يجب على الحائز أن يعلن الدائن بما

يعرضه أى يعلنه بالمبلغ الذى قدر به العقار (المادة ٥٧٥ مدني) ويشمل هذا المبلغ ثمن العقار والمبايع وملحقات الثمن ان كان لها محل . واذا كان العقار وهو باً أو قد حصل البديل

(١) كابتان ص ٩٨٩ — ٩٩٠ (٢) أنظر مع ذلك القضاء الفرنسى في تطبيقه للمادة

٢١٨١ التي هي أكثر صراحة وتعميماً من المادة ٥٨٢ المصرية : د ، ٨٩ ، ١ ، ٢٩٩

(تأميمات ذهني — ٢٧)

فيه وجب أن يكون المبلغ المعروض على الدائن يوازي قيمة العقار^(١) ولا يجوز مجال من الاحوال أن يكون المبلغ المعروض أقل من الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار (المادة ٥٧٥ مدني) ويحصل الاعلان^(٢) بورقة تعلن بمعرفة محضر^(٣)

ويحصل العرض لجميع الدائنين المقيدين بما فيهم من لم يحل أجل الوفاء بدينه^(٤) وتقرر المادة ٥٨١ / ٧٠٤ مدني ما يأتي : « لا يكون عرض المبلغ عيناً^(٥) انما يجب عرض مبلغ يدفع نقداً^(٦) أيا كان ميعاد حلول الديون المسجلة « أي أن الدائن المرتهن الذي لم يحل أجل الوفاء بدينه يكره على قبول التطهير أي على قبول دينه قبل حلول أجل الوفاء . ويعلن الدائنون بالحل المعين بقيد الرهن أو بمحلهم الحقيقي^(٧)

ويجب أن يكون العرض عن مبلغ يدفع في الحال^(٨) وعلى ذلك يلزم المشتري بالتنازل عن الأجل الذي ربما يكون مضروباً له بعقد شرائه . وذلك يرجع الى أن بالتطهير يصبح المشتري وقد التزم مباشرة إزاء الدائنين المرتهنين . على أنه يلاحظ أن العرض لا يحصل عيناً كما تقول بذلك المادة ٥٨١ المتقدمة

هذا ومن المقرر أنه بمجرد حصول العرض من الحائز يصبح ملتزماً أمام الدائنين التزاماً صحيحاً لا يتوقف على رضائهم . ويترب على ذلك أنه لا يجوز له العدول عما عرضه فيما اذا سحب ما عرضه من جهته هو . ويعتبر الحائز بعد عرضه أنه ملتزم ضمناً بعدم المساس بما عرضه أثناء المدة المعينة للدائنين حتى يختاروا فيها ما يرونه صالحاً لهم . وهذا مظهر من مظاهر الالتزام من الجانب الواحد^(٩)

وإذا لم يحصل اعلان لاحد الدائنين أو حصل له الاعلان وكان باطلا لعيب في الاجراءات القانونية اعتبر البطلان باطلاً نسبياً لا يستفيد منه الا من تعلق به فقط

(١) دى هاس ن ١٧٤ notification (٢) acte d'huissier (٣)

(٤) دى هاس ص ٣٧١ ن ١٧٢ . — كابتان ص ٩٩١ deniers (٥)

découverts (٦) payable au comptant (٧) (٧) ١١٥ ، ١ ، ٨٥ ، د

(٨) كابتان ص ٩٩١ (٩) كابتان ص ٩٩٢

ولا يجوز للآخرين أن يطعنوا بهذا البطلان (١)

١٨٧ — في ضرورة اعلانه الدائنين ببعض البيانات: يجب على الخائز اعلان الدائنين ببعض البيانات التي يستطيعون منها الحكم اما بقبول ما عرض عليهم أو بتقرير الزيادة. وهذه البيانات هي: (١) ماخص سند تملك الخائز، من أسماء العاقدين والتمن والشروط الاخرى كما اذا كان المشتري قد التزم بدفع شيء غير الثمن للبائع أو لغيره. وبيان مكان العقار بالدقة. (٢) تاريخ ونمرة تسجيل العقد وذلك لان للدائنين مصلحة في أن يعرفوا ما اذا كانت هناك قيود جديدة قد توقعت على العقار بأسماء المالكين السابقين. (٣) قائمة بتسجيلات الرهون الموجودة مع بيانات على ثلاثة أنواع تتعلق بالقيود وقيمة الديون المقيدة وأسماء للدائنين (٢)

ولما لم يذكر القوانين نوع الجزاء المترتب على عدم صحة الاعلان بسبب نقص أو سهو في البيانات، فانه يجب الرجوع هنا الى حكم القواعد العامة فيما يتعلق بنظرية أنواع البطلان الاحتمالي (٣) أى أنه لا يقضى ببطلان الاعلان الا اذا كان النقص فيه راجعاً لامر جوهري (٤) أى أمر كان لا بد من ذكره حتى يتمكن الدائنون من تقدير ووزن حق الاختيار المقرر لهم. فيبطل الاعلان مثلاً اذا وردت به قيمة الثمن بمقدار أقل من الثمن المبين بالعقد. ويصبح الاعلان على العكس صحيحاً اذا تبين به الثمن بقيمة أزيد من الثمن المبين بالعقد. وفي هذه الحالة الاخيرة يلزم الخائز طبقاً لمقدار المبالغ المبين بالاعلان المرسل الى الدائن اذ يجب أن يراعى في ذلك مبلغ ما اعتمده فيه الدائن المعلن على ماورد بالاعلان (٥). هذا والبطلان في الاعلان بطلان نسبي كما ذكر لا يتمسك به الا من أصابه ضرر منه

وقد رأى الشارع ضرورة اخبار الدائنين بثمن كل عقار على حدة فيما اذا اشترى

(١) جرانولان ص ١٥٢ ن ٤٥٨. — د، ٩٦، ٢، ٢٤٨ (٢) دى هلسن

١٧٦. — كابتان ص ٩٩٣ (٣) nullités virtuelles

(٤) énonciation substantielle (٥) جرانولان ص ١٥٣ ن ٥٥١

المشترى جملة عقارات صفقة واحدة وبشمن واحد . وقالت في ذلك المادة ٥٨٠ / ٧٠٣ مدني ما يأتي : « اذا كانت أجزاء العقار رهونة كل جزء على انفراده وجب تقدير قيمة كل منها على حدته » (قارن المادة ٢١٩٢ فرنسي)

٤ -- في حالة قبول الدائنين

لما يعرضه الخائز

١٨٨ — يغلب في الدائنين اذا عرض عليهم الخائز قيمة العقار ان يقبلوا العرض تفادياً من طول اجراءات البيع وتقييداتهما واحتمال بنحس الثمن بالمزاد العلني . وعلى الاخص فانهم يخشون في الغالب أن يرسو عليهم المزداد^(١) فيما اذا زادوا في الثمن المعروض عليهم^(٢) ويجوز أن يكون قبولهم صريحاً . ويغلب أن يكون ضمناً بفوات مدة ٦٠ يوماً المقررة بالمادة ٥٨٣ / ٧٠٦ مدني و ٢١٨٦ فرنسي والمضروبة لهم لأجل اظهار رغبتهم بالزيادة في الثمن المعروض عليهم

ويترتب على قبول الدائنين بما عرض الخائز أن يتحدد الثمن المعروض تحديداً نهائياً الا اذا كان هناك تدليس أو غش أو عمل صوري (المادة ٢١٨٦ فرنسي)^(٣) وبناء على هذا التعاقد الجديد الحاصل بين الخائز والدائنين سواء كان صريحاً أو ضمناً كما رأينا يصبح الخائز مانزماً شخصياً بما عرضه^(٤) . وعلى خلاف ما يستفاد من ظاهر المادة ٥٧٩ فان العقار لا يتحرر من الرهون والامتيازات بمجرد قبول العرض انما يتحرر بالفعل فيما اذا دفع المبلغ للدائنين أو أودع على ذمتهم بمخزينة المحكمة . وتقول المادة ٥٧٩ المذكورة ما يأتي : « لا يتخلص الخائز للعقار بعرض المبلغ الذي قدره قيمة له مما هو ملزم به بصفقة كونه حائزاً للعقار الا اذا صار ما عرضه مقبولاً . . . » (انظر المادة ٢١٨٦ فرنسي)

(١) adjudicataires (٢) surenchérisseurs

(٣) ٢٩١ ، ١ ، ٧٨ ، ٥ (٤) وفيما يتعلق بفوائد المبلغ المعروض انظر ابري ورو

فقرة ٢٩٤ ن ٤١ . — دي لوان ج ٣ ن ٢٤٣٥ . — كابتان ص ٩٩٤

ويتحمل البائع بمصاريف التطهير الا اذا وجد شرط يخالف ذلك . وتخصم هذه المصاريف من الثمن ، لأن البائع ملزم بتسليم العقار حراً من كل رهن (أنظر المادة ٧٧٤ مرافعات فرنسي) ويغلب أن ينص عقد الشراء على جعل هذه المصاريف على عاتق المشتري

هـ — فيما يترتب على رفض الدائنين

لما يعرضه الحائز

١٨٩ — يجوز للدائنين أن يرفضوا قبول المبالغ المعروض عليهم من الحائز . وفي حالة الرفض يقررون رغبتهم في بيع العقار بالمزاد . وهذا الحق في الرفض وطلب المبيع بالمزاد هو الحق المقابل لحق التطهير والذي من شأنه أن يلطف ما للتطهير من الشأن الظاهر لدى الحائز . ذلك لأنه مادام قد تقرر التطهير للحائز فمن اللازم في مقابل ذلك أن يتقرر أيضاً حق للدائنين المتيمين في أن يرفضوا العرض ويطلبوا البيع بالمزاد حتى لا يكرهوا على قبول مبلغ يحتمل أن يكون أقل بكثير من القيمة الحقيقية للعقار (أنظر المادة ٥٨٣ / ٧٠٦ مدني و٢١٨٥ فرنسي . وتقرر هذه المادة ما يأتي : « يعتبر العرض المذكور مقبولاً اذا مضت ستون يوماً من تاريخ آخر اعلان رسمي ولم يقرر أحد من الدائنين في قلم كتاب المحكمة رغبته في الزيادة على الثمن المعروض بالأوجه المبينة في قانون المرافعات . — ويضاف الى الستين يوماً المذكورة مواعيد المسافة التي بين المحل الاصلى للدائن وبين محله الذي عينه في تسجيل الرهن . ولكن لا يجوز أن تزيد مواعيد المسافة عن ستين يوماً أخرى »)

والكل دائن مقيد بما له من حق التتبع الحق في طلب البيع بالمزاد . وما دام من المحتمل أن الدائن الذي يطلب البيع بالمزاد يصبح مشترياً للعقار اذا لم يحضر مزايده بجلاسة البيع ، فمن اللازم على ذلك أن يشترط في هذا الدائن أن يكون أهلاً للالتزام (١)

ويجب أن يحصل اظهار الرغبة بطلب البيع بالميزاد في ظرف ستين يوماً من تاريخ آخر اعلان رسمي . ويجوز أن تزداد المدة بمقدار المسافة بين محل الأقامة الحقيقي للدائن ومحله دون أن تتعدى هذه الزيادة مدة ستين يوماً أخرى (المادة ٥٨٣ المذكورة) . ويحدد القانون الفرنسى المدة بمقدار أربعين يوماً (المادة ٢١٨٥ مدنى فرنسى)

ويجب على الدائن المقيد طالب البيع بالميزاد أن يقرر بقلم الكاتب زيادة العشر عن الثمن المعروض عليه . والا كان طلب البيع باطلا . وتراعى هذه الاجراءات المقررة بقانون المرافعات . ويجب عليه فوق ذلك أن يودع بخزينة المحكمة خمس الثمن الجديد خلاف المصاريف . وله عوضاً عن الايداع أن يقدم كفيلاً ملبثاً اذا شاء (أنظر المواد ٥٧٨ / ٦٦٠ مرافعات و ٦٢٧ / ٧١٧ مرافعات)

ولقد أراد الشارع بالزام طالب البيع بالميزاد بضرورة التقرير بقلم الكاتب بزيادة العشر وايداع خمس الثمن الجديد أن يوصد أبواب الاندفاع فى وجوه الدائنين الذين يترددون فى الغالب فى طلب البيع بالميزاد فيما اذا لم يقيدوا من جانب الشارع بهذين القيدين ، زيادة العشر وايداع خمس الثمن الجديد . ويترتب على ذلك أن يقل عدد طالبي البيع بالمزاد ويتفادى الدائنون طول اجراءات البيع وتعقيداتها العديدة ومصاريفها الكثيرة . ويلاحظ فوق ذلك أن لا يتعدى طلب الدائن طالب البيع بالمزاد العقار المرهون له فقط . وفى ذلك تقول المادة ٥٨٤ مدنى ما يأتى : « الزيادة على الثمن المعروض ^(١) لا تكون بالنسبة لكل واحد من أرباب الديون الاعلى الجزء المرهون له من العقار فى دينه أو المقرر له عليه حق الاختصاص به »

ويجب على الدائن طالب البيع بالميزاد أن يعلن ذلك الى الحائز ورفضه البيع المقدم منه وأن يعلن ذلك أيضاً الى المدين المالك والى الراهن والا كان طلبه باطلا . والسبب فى الاعلان يرجع الى أن هؤلاء الاشخاص مصلحة ظاهرة فى معرفة هذا

الطلب لعلهم يقومون بالعمل على حماية المشتري الحائز للعقار حتى لا ينزع منه العقار وذلك بأن يسعوا في ارضاء طالب البيع وجعله يعدل عن طلبه
 وإذا ما أظهر الدائن المقيد رغبته في طلب البيع بالمزاد بالطرق القانونية فليس له بعد ذلك العدول عن طلبه (١) الا بعد رضا جميع الدائنين الآخرين . وتقول في ذلك المادة ٥٨٤ بقهرتها الأخيرة « ولا يجوز الرجوع عن تلك الزيادة الا برضاء جميع أرباب الديون المسجلة » لأنه ربما يكون من المحتمل أن هؤلاء الدائنين الآخرين لم يظهروا رغبتهم في طلب البيع بالطرق القانونية عند ما رأوا أن أحد الدائنين قد طلب البيع فاكتمفوا بطلبه (٢)

و — فيما يترتب على طلب البيع بالمزاد

١٩٠ — ما دام أن طلب البيع بالمزاد صحيح فلا بد حينئذ من حصول البيع ثانياً بواسطة القضاء (٣) (المادة ٢١٨٧ مدنى فرنسى) (٤) ويجب أن يحصل هذا البيع القضائى بالطرق المقررة في حالة البيع القضائى . ولكل دائن حق القيام بعمل الاجراءات اللازمة لهذا البيع القضائى . وللحائز أيضاً هذا الحق لان له مصلحة ظاهرة في أن ينتهى هذا البيع لتسوية مركزه مع البائع
 وإذا ما حصل البيع قضائياً فانه اما أن يرسو المزاد على المشتري الحائز واما على الغير . ولكل حالة حكم خاص

١٩١ — في حاله رسو المزاد على المشتري الحائز : اذا رسا المزاد على المشتري الحائز فان هذا البيع لا يعتبر ناقلاً للملكية بالنسبة له . ولا يملكه البيع الملكية مادام أنه مالك للعقار من قبل بمقتضى عقد الشراء المتقدم ، وما دام أنه ظل مالكا برغم حصول تقرير الزيادة من الدائن المقيد . وكل ما يترتب على رسو المزاد

(١) désistement (٢) جرائم ولان ص ١٥٥ ن ٥٦٢

(٣) revente en justice (٤) دى هلس ن ١٨٢

هذا إنما هو تأييد الملكية لدى المشتري الحائز وتوكيدها^(١). ولذا يقول القانون الفرنسي بالمادة ٢١٨٩ بأن المشتري ليس ملزماً بتسجيل حكم مرسى المزاد. ولكن يلاحظ أن المادة ٦١٢/٧٣٨ مدني و ٦٣٩/٧٧١ مدني تقضى بضرورة تسجيل حكم مرسى المزاد. وجاء قانون ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ رقم ١٨ و ١٩ والتي هذه المواد وقرر بالمادة الاولى منه ضرورة تسجيل الاحكام النهائية المنشئة لحق الملكية أو حق عيني آخر. ولا شك في أن حكم مرسى المزاد يدخل ضمن هذه الاحكام فيما اذا رسا المزاد على غير المشتري. وكذا قرر بالمادة الثانية بتسجيل الاحكام النهائية المقررة لحق الملكية أو حق عيني آخر. ويدخل في هذه المادة حكم رسو المزاد الذي رسا على المشتري. والتسجيل بالقانون الجديد لازم لنقل الملكية أو الحق العيني وبدونه لا ينتقل الحق. فاذا كان عقد المشتري مسجلاً (ولا بد أن يكون مسجلاً والا فلا يعتبر في نظر الدائنين المقيدين مالكا) ثم رسا المزاد عليه، وكان من شأن رسو المزاد أن يؤيد الملكية لديه، وهي الملكية الموجودة عنده من قبل، والمسجل عقدها والمعلن على الغير، فانا لا نرى محالاً لتسجيل حكم رسو المزاد. والذي نراه كما بينا ذلك عند شرحنا لقانون التسجيل الجديد بكتابتنا في الاموال أن هذه المادة الثانية من ذلك القانون إنما تنصرف على الغالب الى الاحكام التي تصدر مؤيدة لاتفاق سابق لم يعمل عنه عقد، أو عمل عقد ولم يتسجل، ولذلك لم يسبق حصول تسجيل. ولهذا الغرض يحتم القانون الجديد ضرورة تسجيل الحكم حتى بدأ تنتقل الملكية لان الاتفاق وحده لا ينتقل الملكية طبقاً للقانون الجديد. ولكننا برغم ذلك ننصح للمشتري الحائز الذي يرسو عليه المزاد بعد تقرير الزيادة من جانب الدائن المقيم طالب البيع أن يسارع الى تسجيل الحكم

وما دام أن من شأن حكم مرسى المزاد على المشتري أن تتأيد لديه الملكية المنقولة اليه بعقد الشراء المسجل حتماً، فانه يترتب على ذلك أنه اذا زاد الثمن الذي

رسا به المزاد عن قيمة المبالغ المطلوبة للدائنين المرتهنين فانه يكون من حق الحائز للعقار الاحتفاظ بهذه الزيادة (قارن المادة ٥٩١ مدنى المتقدمة)

وإذا رسا المزاد على المشتري فقد دفع بذلك حتما زيادة عن الثمن الذى سبق أن اشترى به العقار، ودفع أيضاً مصاريف من عنده. ولذا يصح له حق الرجوع بواحد من اثنين: (١) اما أن يرجع على المدين بدعوى الفضولى^(١) ولا فائدة من هذه الدعوى لان المدين فى الغالب معسر (المادة ٥٩٣/ ٧١٩ مدنى و ٢١٩١ فرنسى) — (٢) واما الرجوع على المملك له بدعوى الضمان^(٢) فيما اذا تعاقد بعوض^(٣)

١٩٢ — فى حاله ما اذا رسا المزاد على الغير: ينزع العقار من يد المشتري الحائز اذا رسا المزاد على الدائن طالب البيع ومقرر الزيادة^(٤) أو رسا على غيره. وينزع العقار منه كما كان ينزع فيما اذا لم يلجأ الى عملية التطهير وتوجت عليه اجراءات البيع فى مواجهته أو فى مواجهة الحارس الذى ينصبه القضاء فى حالة التخلى من قبل هذا الحائز. وبرسو المزاد يصبح هذا المشتري السابق غير مالك من وقت المزاد ويفسخ عقده دون أن يكون لهذا الفسخ أثر على الماضى^(٥). وبوجه عام يمكن القول بان ليس هناك فرق بين المزاد بناء على تقرير الزيادة وبين المزاد بعد الحجز العقارى أو نزع الملكية

ويترب على رسو المزاد على غير المشتري ما يأتى: (١) تظل الرهون المقررة على العقار باسم المشتري صحيحة وحافضة لدرجتها وراتبها، بخلاف الرهون التى تقررت باسم البائع فانه لا قيمة لها (قارن المادة ٥٩١ مدنى السابقة) — (٣) لهذا المشتري الاول الحق فى أن يأخذ قيمة ما يتبقى من الثمن الذى رسا به المزاد على الغير بعد

(١) action de gestion d'affaires (٢) action en garantie

(٣) جرائم ولان ص ١٥٦ ن ٥٦٥ (٤) créancier surenchérisseur

(٥) راجع دى هلس ص ١٨٧. — بلايول ج ٢ ن ٣٢٦٢ — ٣٢٦٧ بشأن الخلاف

القائم بين القضاء والفقهاء الفرنسيين

دفع الديون المطلوبة للدائنين المقيدين . لان هذا الباقي لا يعتبر حقاً للبائع ولا للدائنين العاديين لهذا البائع . — ٣) لهذا المشتري حق الرجوع على المدين الاصلى وعلى البائع له لان هذا البائع يظل ملتزماً ازاءه بالتزام الضمان ما دام أن البيع لا يعتبر مفسوخاً . (قارن المادة ٥٩٢) ^(١) . — ٤) يظهر أنه كما في حالة التخلية أو تحمل اجراءات نزع الملكية والبيع يجب الأخذ بالمادة ٥٨٧ فيما يتعلق برد الثمرات . وبالمادة ٥٨٨ فيما يتعلق بالمصاريف الرسمية والقانونية . وبالمادة ٥٩٠ فيما يتعلق بزوال آثار اتحاد الحقوق واندماجها ^(٢) وقد سبق لنا أن بينا ذلك كله في مكانه

قلنا ان عقد المشتري لا يفسخ الا من وقت رسو المزاد وأنه ليس لهذا الفسخ أثر على الماضي . وهذا هو رأى الفقه الفرنسى أيضاً . أما القضاء الفرنسى فانه يقول بفسخ عقد المشتري من وقت حصوله ^(٣) وحجته أنه يستند الى القاعدة العامة المقررة في أن من شأن التقرير بالزيادة أن يفسخ العقد ويزول أثره . ويستند الى المادة ٢١٨٨ مدنى فرنسى (قارن المادة ٥٨٨ مدنى مصرى) التى تلزم الغير الذى رسا المزاد عليه بأن يدفع الى المشتري السابق المنزوع منه العقار ^(٤) المصاريف الرسمية والقانونية الناشئة عن عقده . وأنه يستفاد من هذه المادة أنها تقضى بفسخ عقد هذا المشتري . ويستند القضاء الفرنسى فى قوله بفسخ عقد الشراء الأول الى أنه لا يترتب للرهن المقررة على العقار باسم المشتري أثر ما بعد نزع العقار من يده بالبيع الجبرى وأنه يجب أن يرد ما يتبقى من الثمن بعد دفع الديون المطلوبة ، الى البائع أو الى دائنيه العاديين . على أن القضاء الفرنسى مع ذلك لم يشأ أن يسترسل فى تقرير النتائج الاخرى المقررة فى نظرية فسخ العقد ^(٥) ويظهر أن هذه النظرية التى قال بها القضاء الفرنسى نظرية

(١) جرائدولان ص ١٥٧ ن ٥٦٧ confusion (٢)

(٣) النقص الفرنسى فى ٢٦ يوليو ١٨٩٤ ، ١٠٩٦ ، ١٠٩٦ ، ٢٦١ . قارن مقال دى لوان

على حكم النقص الفرنسى الصادر فى ٦ مارس ١٩٠٠ ، ١٠٩٠٠ ، ١٠٩٠٠ ، ٣٠٥

(٤) acquéreur evincé (٥) ٢٦١ ، ١٠٩٦ ، ١٠٩٦

غير صحيحة . لانه كيف يمكن القول بفسخ عقد المشتري في الوقت الذي لم يكن فيه هذا العقد معلقاً على شرط فاسخ^(١) وكيف يمكن تبرير هذا الفسخ الناشئ عن رسو المزاد في حالة التجاء المشتري الى عملية التطهير وقيامه بعرض الثمن وعدم رضاء الدائنين بالعرض ، كيف يمكن تبرير هذا الفسخ في هذه الحالة بينما لم يقل هذا القضاء الفرنسى بالفسخ في حالة ما اذا اختار المشتري غير التطهير فرضى بأن يمضى الدائنون في طريق نزع الملكية وبيع العقار بالمزاد ؟ ولماذا يستفيد البائع وحده من البقية الباقية من الثمن بعد دفع الديون المقيدة ولا يستفيد منها المشتري دون غيره ، وقد شرع التطهير لمصلحة هذا المشتري ؟ وما قررته المادة ٢١٨٨ مدنى فرنسى من الزام الراسى عليه المزاد بأن يدفع للمشتري ما أجراه هذا الاخير من المصاريف على العقار ، فان ذلك لم يخرج عن كونه ميزة خاصة وحماية معينة أراد الشارع تقريرها من طريق خاص للمشتري حتى يضمن له بها حصوله على ما صرفه ، لان المدين في الغالب معسر في مثل هذه الظروف . أى أن السبب في هذه الحماية لا يرجع الى القول بأن المادة ٢١٨٨ مدنى فرنسى أثر من آثار فسخ عقد المشتري^(٢)

هذا ويلاحظ على القانون المصرى عند ما تكلم على نظرية التطهير أنه لم يقرر لها فصلاً خاصاً بها متميزاً عن النظرية الخاصة بحالة نزع ملكية العقار وبيعه بالمزاد جبراً على المشتري في حالتى التخليص والرضاء بالبيع الجبرى ، ولم يفعل في ذلك كما فعل القانون الفرنسى من فصل النظريتين بفصلين خاصين . وربما دل ذلك من جانب الشارع المصرى على أن هذا الشارع قد أراد من وضع النظريتين في فصل واحد أن يقول بتشابههما معا^(٣)

٢٠ - في الانتضاء الجزئى للرهن

١٩٣ - الأصل أنه بانتضاء الرهن ينقضى معه أيضاً حقا التبعية والاولوية

(١) condition résolutoire (٢) جرانولان ص ١٠٧ - ١٠٨ ن ٥٦٨

كابتان ص ١٠٠٢ (٣) جرانولان النبذة السابقة . - انظر أيضا دى هلس ن ١٥٩

باعتبار أنهما من نتائج عينية الرهن^(١) . فإذا زال الرهن زال معه هذان الحقان . ولا يجوز أن يبقى حق التتبع بعد زوال حق الأولوية . ذلك لأن الأول إنما شرع لحماية الثاني في حالة تصرف المدين في العقار ليستعين به المرتهن ضد المشتري . ولكن توجد مع ذلك حالات استثنائية يظل فيها حق الأولوية على ثمن العقار قائماً بعد زوال حق التتبع المقرر على العقار . بمعنى أن الرهن يزول بالنسبة للحائز للعقار فيظمن هذا الأخير على حقه دون أن يكون مهتداً بحق التتبع قبله ، وهو الحق الذي ينصرف إلى أن الدائن يطلب توقيع الحجز العقارى ، وطالب البيع بعد تقرير زيادة العشر في حالة رفض العوض الصادر من الحائز . وإذا كان الرهن قد يزول ويؤول معه حق التتبع فإنه باق مع ذلك بالنسبة للدائنين المرتهنين الذين يحتفظون حتماً بحق الأولوية على الدائنين العاديين فيتقاضون ديونهم من ثمن العقار الذي اشتغلت به ذمة المشتري قبل الدائنين العاديين . ويبقى حق الأولوية قائماً بعد زوال حق التتبع في الأحوال الاستثنائية الآتية :

(١) رأينا في القانون الفرنسى أنه إذا أهمل حافظ السجلات اثبات الرهن المتوقع على العقار بالشهادة المطلوبة منه من الرهونات والاختصاصات المتوقعة على مالك العقار ، فإن هذا الإهمال يستفيد منه طالب الشهادة ويضر الدائن المرتهن فيقتدها هذا الأخير حق التتبع قبل مشتري العقار طالب الشهادة . ولكن إذا فقد حق التتبع فإن حق الأولوية باق لديه إذ يصبح في حل في أن يتقاضى دينه بالأولوية من ثمن العقار قبل كل دائن آخر مع مراعاة مرتبة قيد رهنه (المادة ٢١٩٨ م د نى فرنسى) . أما في القانون المصرى فقد سبق لنا رأينا عكس هذه القاعدة إذ قررنا بأن سهو حافظ السجل في اثبات قيد الرهن بالشهادة المطلوبة منه لا يضر الدائن المرتهن المقيد (٢) رأينا أن فى انضمام الدائن مع زملائه الآخرين واشتراكه معهم فى بيع

العقار المرهون يترتب عليه بوجه عام تنازله عن حق التبعية . ومع زوال حق التبعية فإن حق الأولوية باق

(٣) ويبقى أيضاً حق الأولوية بعد زوال حق التبعية في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة . وذلك أن حق الأولوية ينصب على المبلغ المقرر تعويضاً للمالك (المواد ٢٨ و ٢٩ من قانون نزع الملكية) اذ يعتبر هذا التعويض ^(١) بمثابة ثمن الشراء ^(٢) . كما أن حق الأولوية ينصب أيضاً على ثمن العقار المشفوع فيه فيما اذا خرج العقار بالشفعة الى الشفيع بعد أن سبق للمشتري أن رهنه وبعد تسجيل طلب الشفعة (المادة ١٢ من قانون الشفعة الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١)

(٤) ان حقوق الامتياز العامة التي لا يشترط فيها القيد من حيث حق الأولوية (المادة ٢١٠٧ فرنسى) يجب فيها القيد من حيث حق التبعية اذا كانت متعلقة بالعقارات . فاذا لم يحصل قيد في الوقت المناسب فلا يبقى للدائنين الممتازين سوى حق الأولوية على ثمن العقار الذي يبقى بئمة المشتري ^(٣)

واذا تلف العقار المرهون زال مع التلف حق التبعية . ولكن حق الأولوية يظل قائماً على التعويض المقرر في حالة التلف . وقد سبق أن بينا ذلك في مكانه

في حق الاختصاص

(١) كلمة عامة

في أصل وقيمة حق الاختصاص وفي وجهة النظر التشرعية له

في الوقت الحاضر

١٩٤ — حق الاختصاص ^(٤) هو رهن حقيقي قضائي بأمر رئيس المحكمة بناء

(١) indemnité (٢) prix d'achat (٣) جرائمولان ص ١٥٩ ن ٥٧٠
(٤) droit d'affectation

على عريضة تقدم اليه ممن حكم له بقيده عن العقارات المملوكة للمدين بعد تعيين هذه العقارات بأمره . والاختصاص هذا مأخوذ عن الرهن القضائي الفرنسي^(١) وتقرر بالمواد المصرية ٥٩٥ / ٧٢١ وما بعدها مدني و ٦٨١ / ٧٦٩ وما بعدها مرافعات و ٢١٢٣ مدني فرنسي .

ولما وضع القانون المختلط بمصر سنة ١٨٧٥ قرر الشارع المصري الأخذ بالرهن القضائي الفرنسي . وكان الرهن القضائي هذا مقمرا بمقتضى المادة ٦٨٢ القديمة بحكم القانون لكل حكم حضوري أو غيابي صادر من المحاكم المصرية أو القنصلية . وعلى هذا الاعتبار يعتبر هذا الرهن القضائي رهنا قانونياً يقضى به القانون نفسه^(٢) ويجعله نتيجة حتمية لكل حكم يصدر

وكان هذا الرهن رهناً عاماً^(٣) يتناول جميع العقارات الحاضرة التي يملكها المدين والعقارات المستقبلية التي سيمتلكها فيما بعد مهما كانت قيمة الدين المحكوم به ومهما كانت قيمة العقارات المحملة بالرهن . ولا يخفى أن هذا الرهن القانوني العام لا يتفق والاصول العامة القانونية المقررة بالقانون المصري . وفوق ذلك فإن فيه من الارهاق بالمدين ما فيه من حيث كونه عاماً ينصب على ما يملكه وما سيملكه المدين دون مراعاة مبلغ الدين وقيمة العقارات . ولقد عنى الشارع المصري في ذلك الحين حتى رسم له اجراءات خاصة تحكي اجراءات نزع الملكية والبيع العلني وامتازت عن الاجراءات العادية بما يجعلها أكثر اسراعاً في سبيل الحصول على ثمن العقار بالبيع بالمراد (٦٦٧ مرافعات مختلط القديمة)

ولكن لما جاء الشارع الاهلي ووضع قوانينه سنة ١٨٨٣ أحل الاختصاص محله واستبدله به . نعم ولو أن الشارع في الحقيقة أبقى الرهن القضائي الا أنه أبقاه بعد أن أدخل تعديلات هامة بشأنه . فبعد أن كان الرهن القضائي نتيجة حتمية لكل حكم

hypothèque légale (٢)

hypothèque judiciaire (١)

hypothèque générale (٣)

أصبح الاختصاص لا يقع على عقارات المحكوم عليه الا بعد أمر يصدر من رئيس المحكمة على عريضة تقدم اليه ممن حكم له . وبعد أن كان عاما أصبح الاختصاص لا ينصب الا على العقارات التي تتعين بالامر الصادر على العريضة

١٩٥ — ولقد دفع الشارع الاهلى في الدول عن الاخذ بالرهن القضائى ما رأته اللجنة التي كانت مكلفة بتحرير القوانين الاهلية من الاضرار البليغة المحدقة بالمدين . اذ بحصول الدائن على حكم يدينه يتقررله في الحال بلا اجراءات رهن قانونى عام يتناول عقارات المدين بأجمعها . ويسارع الدائن الى بيعها بالمزاد ، وربما يرسى المزاد عليه بأبخس الاثمان لعدم حضور مزايدين ، وبذا يضر المدين ضرراً لا يبررله . لذا عالج الشارع الاهلى هذا الامر فجعل تقرير الرهن بأمر من القاضى وجعل الرهن خاصا لا عاما . وفي ذلك ضمانات ظاهرة بالمدين^(١)

على أن هذا القول بالضمانات الظاهرة لم يتحقق كل التحقق بمجال العمل لانه وان كان الاختصاص لا يتقرر الا بناء على أمر صادر على عريضة من المحكوم له ولا ينصب الا على العقارات التي تتبين بهذا الامر ، فإن القاضى الامر لا يجد لديه من الوسائل ما يستعين به في سبيل الوقوف على حقيقة العقارات التي يطلب المحكوم له توقيع الاختصاص عليها ، حتى يجعل الاختصاص لا ينصب على العقارات الا بالقدر المناسب واللازم للدين . على أن الضمان الظاهر في الاختصاص والذي لا شك فيه ، أن الاختصاص مقصور على العقارات الحاضرة ولا يتناول العقارات المستقبلية كما كان يقضى بذلك الرهن القضائى

١٩٦ — وقد الشارع المختلط زميله الشارع الاهلى وعدل هو الآخر قانونه وألغى الرهن القضائى بالرسوم الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ وفعل كما فعل الشارع الاهلى تماماً . وترتب على ذلك أن ألغى الشارع المختلط المواد الخاصة بالاجراءات

(١) راجع تقرير لجنة تعديل القوانين سنة ١٨٨٤ . — جرائم ولان ص ١٦٠ — ١٦١

السريعة التي سبق أن قررها للرهن القضائي أخذاً عن نزع الملكية والبيع العلني
 ١٩٧ — والغرض من تقرير الاختصاص حماية حملة الاحكام القضائية حتى
 لا يتصرف المدينون في عقاراتهم اضراراً بدائيتهم . لانه بالاختصاص يتقرر للدائنين
 حقوق تشبه الرهن على العقارات المحملة بالاختصاص . وبالاختصاص تتأكد حماية
 الدائنين أكثر مما لو استعانوا بدعوى ابطال تصرفات المدين . لان للاختصاص كما
 للرهن حق التمتع وحق الاولوية . وربما كان الاختصاص في مصلحة المدين لان الدائن
 وقد ضمن حقه بالاختصاص فهو لا يتعجل الى اتباع اجراءات نزع الملكية والتنفيذ
 مادام قد اطمأن الى ما يضمن حقه

١٩٨ — على أن للاختصاص من العيوب ما للرهن القضائي أيضاً اذ بالاختصاص
 يصبح بعض دائني المدين مفضلاً على البعض الآخر فيفضل صاحب الحكم من
 لاحكم بيده . وربما كان لا مبرر لهذا التفاضل لان الاختصاص لم يكن نتيجة لاتفاق
 بين الطرفين المدين والدائن كالرهن التعاقدى . ولم يكن أيضاً نتيجة من نتائج الدين
 كالامتياز . ألم يكن الدائنون بلا حكم في حاجة الى الحماية هم الآخرون كالدائنين
 بحكم ؟ أليس بالاختصاص يصبح الوفاء بالدين ثمناً لسعي الدائن في رفع الدعوى والحصول
 على حكم ؟ على أنه من المحتمل من طريق آخر أن ليس بلازم أن يكون من سارع
 من الدائنين في رفع الدعوى بدينه هو أول من يحكم له فيأخذ اختصاصاً . اذ يقع أن
 الدائن المتأخر في رفع الدعوى يحصل على حكم بدينه قبل من سبقه في رفع دعواه و يأخذ
 اختصاصاً قبله . وكيف يتوقع الرهن بالاختصاص على عقار المدين برغم ارادته مع أنه
 من المحتمل أن يكون قد رفض وقت التعاقد منح دائنه حق توقيع الرهن ؟ ألا يرى
 أن الاختصاص أوسع مجالا من الرهن التعاقدى لان الاختصاص ربما يتناول جميع
 العقارات التي يملكها المدين في الحال ؟ ان في الاختصاص ضرراً بالمدين اذ لا يتأخر
 الدائنون في المسارعة برفع دعاويهم والحصول بأحكامهم على اختصاصات مختلفة تتوقع
 على عقارات مدينهم ، وهم يتفاضلون فيما بينهم بأسبقية تواريخ الاختصاص . ويحملون

المدين بذلك مصاريف حمة ويدخلون على أعماله الاضطراب فترتفع ثقة الناس به وينفض الناس من حوله في غير حق وعدل

ولما كان للاختصاص كما رأينا من هذه العيوب والمضار الظاهرة أبت بعض الشرائع الاخذ به . فعل ذلك قانون مقاطعة جنيف والقانون البرتغالي حيث الغيا الرهن القضائي هذا . وحاول البعض الآخر احلاله بنظام آخر يؤدي الغرض نفسه تقريباً من طريق آخر . اذقرر القانون البجيكى الصادر فى ١٥ أغسطس سنة ١٨٥٤ بالمادة ٢٥ وما بعدها بأنه من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يجوز للمدين الحق فى تقرير أى حق عينى على أمواله اضراراً بالدائن نازع الملكية . وأقر القانون الفرنسى من قبل أيضاً مثل ذلك بقانون ٢٨ فبراير سنة ١٨٥٢ بشأن الشركات العقارية^(١) وهذا هو نفس ما قرره الشارع المصرى من طريق آخر بقانون المرافعات المختلط بالمادة ٦٠٨ التى لم يكن لها مثيل بالقانون الاهلى ولكن يجب الاخذ بها كما تأيد فى بعض أحكامه . ويقول المفكرون من رجال القانون ان أحسن وسيلة يستعان بها فى مثل هذه الاحوال انما هو تقرير نظام فى حالة الاعسار المدنى يحكى نظام الافلاس المقرر عند اعسار التاجر^(٢)

١٩٩ — ولما اجتمعت اللجنة الخاصة بدرس مشروع السجلات العقارية تناقشت فى مسألة الاختصاص وبينت بعض عيوبه واقترحت ابطال الاختصاص من مجموعة الأنظمة القضائية المصرية واستبداله بمشروع قانون . وفعلا وضعت هذا المشروع^(٣) وقررت به أنه يجوز لكل دائن حائز للحكم بالدين حق تسجيل الحكم ، سواء كان غيبياً أو حضورياً أو غير نهائى ، بقلم الرهون الكائن بدائرته العقار أو العقارات التى يريد أن يحتفظ بها للحصول على حقه ، ويلزم بتبليغ ذلك لمدينه فى ظرف ثمانية أيام والا كان التسجيل باطلا . وللمدين حق التظلم أمام قاضى الامور

(١) sociétés du crédit foncier (٢) جرائمولان ص ١٦٢ ن ٥٧٦

(٣) انظر هذا المشروع بمجلة الجازيت المجلد ١٤ ص ٦

الوقفية^(١) لأجل ابطال التسجيل أو قصر مفعوله على عقار واحد أو بعض العقار . وللقاضى الحق فى حالة بقاء التسجيل الزام الدائن بتقديم كفالة . ولكل من يدعى ملكيته للعقار المذكور خلاف المدين حق التظلم أيضا أمام القاضى نفسه ويطلب اليه الزام الدائن بتقديم كفالة اذا تعذر على هذا الدائن الادلاء بالادلة الدالة على تملك المدين للعقار (المادة ٢ من المشروع) اما من حيث الأثر المترتب على تسجيل الحكم فانه لا يتقرر للدائن حق الاولوية القديم المعروف فى الاختصاص ، بل كل ما يتقرر له انه فى حالة نزاع ملكية العقار بالطرق المعروفة فلا يجوز للغير أن يتمسك ضده بالرهون على اختلاف نوعيه أو التصرفات المسجل كل ذلك بعد تاريخ تسجيله هو (المادة ٣ من المشروع) . هذا ولما يصدر بعد قانون بهذا المشروع . بل ولا زالت اللجنة الخاصة بدرس السجلات العقارية تعمل على معالجة هذا الموضوع ولم يستقر رأيا لها للآن حتى ظهور كتابنا هذا^(٢)

٢) الاحكام التي يمكن بها طلب الاختصاص

٢٠٠ — تقول المادة ٥٩٥ / ٧٢١ م د نى ما يأتى : « يجوز لكل دائن بيده حكم صادر بمواجهة الخصام أو فى غيبة أحدهم سواء كان ابتدائياً أو انتهائياً أن يتحصل على اختصاصه^(٣) بعقارات مدينه تأمينه على أصل دينه وفوائده والمصاريف بشرط مراعاة واستيفاء الاجراءات المبينة فى قانون المرافعات » ومن هذا النص يتبين بأنه لأجل اخذ اختصاص لا بد من الحصول على حكم يقضى بالدين اما بطريقة نهائية أو غير نهائية . ولا بد فى الحكم أن يكون حكماً بالمعنى الصحيح صادراً من

(١) juge de service (٢) انظر المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المذكور بمجلة المجازيت المجلد نفسه ص ٥ . — وانظر مقالا لصاحب المجلة الاستاذ Pupikofor فقد المشروع وبيان أوجه النقص فيه : المجازيت المجلد نفسه ص ٣ — ٤ droit d'affectation (٣)

محكمة . ويقضى ذلك الحكم بالدين حالا (١) أو يمنه للحكم له فيما بعد (٢) وسواء كان الحكم صادرا لمصلحة مصري أو أجنبي (٣) أو كان ما قضى به مبلغاً من المال أو الزام المدين بالقيام بعمل معين (٤)

٢٠١ — ويصح أخذ الاختصاص بناء على حكم صادر بالزام المدعى عليه بصفته وكيلاً أو فضولياً بتقديم حساب (٥) ويضمن الاختصاص حينئذ ما يحتمل أن يظهر بعد الحساب من بقية من المال تشتغل بها ذمة الوكيل والفضولى ، لان الحكم بتقديم حساب يتضمن الزام المدعى عليه بدفع ما يحتمل أن يتبقى طرفه للأصيل (٦) وهناك من القانونيين من يقول بعدم صحة هذا الرأى فيما يتعلق بباقي الحساب . ويقولون فى ذلك ان الحكم بالزام المدعى عليه بالباقي من الحساب هو حكم يختلف عن الحكم القاضى بالزام هذا المدعى عليه بتقديم حساب . وأنه يجب تمييز الحكمين عن بعضهما البعض وأن يبقى كل حكم مستقلاً عن الآخر (٧)

٢٠٢ — ومن الاحكام التي لا يترتب عليها حق طلب اختصاص ما يأتى :
 (١) الاحكام الصادرة برفض الدعوى أو رفض دفع فرعى ، الا اذا نص الحكم على الزام أحد الطرفين بالمصاريف . — (٢) الاحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى كلاحكام التحضيرية والتمهيدية ، كالحكم القاضى بالاحالة على التحقيق أو الحكم القاضى بتعيين حارس

٢٠٣ — "وما القول بشأن الاحكام الصادرة بصحة التوقيع بالامضاء أو الختم؟
 فهل يصح توقيع الاختصاص بها أم لا يصح؟ كانت المادة ٦٨٢ مرافعات مختلط

(١) condamnation actuelle : ١٢ ابريل ١٧٠٥ ، ١٧ ، ٢٠٤

(٢) condamnation évantuelle : ١٨ مايو ١٧٠٥ ، ١٧ ، ٢٨٨

(٣) ١٦ ديسمبر ١٧٩١ ، ٤ ، ٥٣ (٤) جرائمولان من ١٦٣ ن ٥٧٨

(٥) rendre compte (٦) س ، ١ ، ٧٩ ، ٢٩ . — جرائمولان من ١٦٣

(٧) دى لوان ج ٢ ن ١٢٣٢ ٥٧٩ ن

تقضى بجواز توقيع الرهن القضائى بناء على حكم صادر بصحة التوقيع فى دعوى تحقيق التوقيع بالامضاء أو الختم . وهو ما تقضى به أيضاً المادة ٢١٢٣ مدنى فرنسى . وإذا كان ذلك جائزاً بشأن الرهن القضائى الذى زال أثره الآن فهل يصح القول بأن الحكم فى دعوى تحقيق التوقيع من الاحكام التى يمكن أن يطلب بتمتضاها توقيع الاختصاص على عقارات المدين الموقع على سند الدين العرفى ؟ نقول بعدم جواز ذلك لان الحكم القاضى بصحة التوقيع لم يقض بالزام المدين بالدين . ولان المدعى فيه لم يعمل على الحصول عليه الا من طريق أن يحمى حقه فى المستقبل من احتمال أن يطعن فى السند الموجود تحت يده بالانكار أو التزوير ، سواء أ كان الطعن يوجه اليه من نفس المدين فى حياته أم من ورثته بعد وفاته . وفى عدم استبقاء الشارع المصرى الخليلط للمادة ٦٨٢ المذكورة والخاصة بالرهن القضائى ، وعدم ضمها الى المواد الخاصة بالاختصاص ، عندما حذف الرهن القضائى بمرسوم ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ كما بينا ذلك ، قلنا ان فى عدم نقلها وضمها ، معنى مقصوداً لدى الشارع فى أنه لا يرضى بأن يكون للحكم الصادر بصحة التوقيع من الأثر فى طلب الاختصاص ما للاحكام الأخرى القاضية بالزام المدين بدين ، مبلغاً كان أو عملاً . وذلك لأن للرهن القضائى ، كما للاختصاص أيضاً سواء بسواء ، من المضار الظاهرة ، فى أن الدائن صاحب السند يسارع الى رفع دعوى بصحة التوقيع ذريعة للحصول على حكم يطلب به توقيع رهن قد أباه عليه مدينه وقت التعاقد . و بدأ يصبح الدائن ويده سند عرفى فى حالة أحسن بكثير من ذلك الدائن الآخر وقد تأيد حقه قبل مدينه بسند رسمى وهو لا يستطيع اثبات توقيع مدينه عليه بنفس الطريقة المقررة لزميله الاول ، أى لا يستطيع طلب توقيع اختصاص^(١)

(١) استئناف أهلى ٢٧ ديسمبر ١٨٩٨ مجلة القضاء سنة ١٨٩٩ ص ٩٣ . — ٢ مايو

سنة ١٨٩٩ م ر ا سنة ١٩٠١ ص ١٦ . — منشور لجنة المراقبة القضائية فى ١٧ ديسمبر ١٨٩٩

م ر ا سنة ١٩٠٠ ص ٩٩

٢٠٤ — والمادة ٥٧٥ مدني قاطعة في جواز طلب الاختصاص عن حكم ابتدائي أو انتهائي أو حكم غيابي أو حضوري^(١) ذلك لان الحكم قائم برغم الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف ، وانما تعطل فيه تنفيذه فقط . هذا ولم يخرج الاختصاص عن كونه مجرد وسيلة احتياطية مؤقتة ولم يكن طريقاً من طرق التنفيذ . على أن الاختصاص يتبع الحكم فيزول بزوال الحكم ويبقى بتأييده^(٢)

٢٠٥ — وكذلك الحكم الذي أقر الصالح بين طرفي الدعوى^(٣) فانه يجوز الاستعانة به في طلب توقيع الاختصاص^(٤)

٢٠٦ — ويجب في الاحكام أن تكون صادرة من محاكم مصرية سواء كانت المحاكم العادية الاهلية والمختلطة أو المحاكم الشرعية أو المجالس المليية . ويجوز تقرير الاختصاص عن حكم صادر من محكمة قنصلية (راجع النص القديم للمادة ٦٨٢ مرافعات مختلط) دون الحاجة الى الامر بالتنفيذ اللازم للاحكام الاجنبية^(٥) وذلك أخذاً بما هو مقرر بالامتيازات الاجنبية . ويجوز طلب توقيع الاختصاص بناء على حكم أجنبي على شرط أن يكون قد حاز الامر بالتنفيذ^(٦) المقرر للاحكام الاجنبية (المادة ٤٠٧ / ٤٦٨ مرافعات) وكذلك الحال أيضاً بشأن أحكام المحكمين^(٧) اذا

(١) ١٨ مايو ١٩٠٤ ، ٦ ، ٢٥٧ (٢) ٢٥ مارس ١٨٩٧ ، ٩ ، ٢١٨ . —
 ١٨ مايو ١٩٠٥ ، ١٧ ، ٢٨٣ . — ويجوز توقيع الاختصاص بناء على ما يقرره القاضى الشرعى
 بالاعلام الشرعى من المصاريق : حكم ١٨ مايو ١٩٠٤ ، ٦ ، ٢٥٧ المتقدم ذكره
 (٣) jugement d'expédient ou convenu (٤) واذا ثبت بالاعلام الشرعى
 التزام المدين بدفع مبلغ لدائنه اعتبر ذلك عبداً قضائياً بمثابة حكم قضائى قابل لتنفيذ بنفسه ولو
 أنه لم يكن مشمولاً بالصيغة التنفيذية التى لا تعرفها المحاكم الشرعية . وعلى ذلك يجوز طلب توقيع
 اختصاص بهذا الاعلام الشرعى : ٢ يناير ١٩٠١ ، ١٣ ، ٩١ . — ١٨ مايو ١٩٠٤ ، ١٦ ، ٢٥٧
 (٥) exequatur ٢٦ مارس ١٩٠٠ ، ٢ ، ٦٣ . والتعليق على الحكم . — والتعليق الوارد
 بالمجلة نفسها م ت ق ، ١ ، ٢٥٧ . وكان القضاء المختلط يجرى قبل ذلك على ضرورة الحصول
 على الامر بالتنفيذ (٦) exequatur (٧) sentences arbitrales أول
 ديسمبر ١٩٠٨ م ر م ، ٧ ، ٢٤

أصبحت قابلة للتنفيذ (راجع المادة ٦٨٢ الملغية المتقدمة . وانظر أيضاً المادة ٢٧٢ / ٨١٤ مرافعات) مع ملاحظة أنه لا يصح اعتبارها أحكاماً بالمعنى الدقيق ما دام أنها صادرة من فرد لم يتصف بالصفات الحكومية

٢٠٧ - العقارات التي يجوز توقيع الاختصاص عليها - يجب أن

يكون العقار مملوكاً للمدين وقت قيد الاختصاص (انظر المادة ٥٩٥ / ٧٢١)^(١) وعلى الدائن اثبات ذلك^(٢) ويجوز للدائن المختلط الاستعانة بالمادة ١٠٧ مدني مختلط في حالة الاختصاص ، وهي المادة القائلة بصحة الرهن حتماً ولو كان العقار غير مملوك للمدين اذا ثبت بأن الدائن المرتهن حسن النية وكان قد سبق ان مضت مدة خمس سنوات على وضع يد المدين الراهن قبل حصول الرهن . وقد سبق أن بينا ذلك في مكانه . نعم ولو أن المادة ١٠٧ مدني مختلط والتي لا شبيه لها بالقانون الأهلي مادة استثنائية فلا يصح التوسع في تفسيرها ، الا أن القضاء المختلط رأى ضرورة اعتبار الاختصاص كالرهن لصلة الشبه بينهما ، تلك الصلة التي قالت بها المادة ٥٩٩ / ٧٢٥ مدني

٣) في اجراءات طلب الاختصاص

٢٠٨ - لا يتوقع الاختصاص بقوة الحكم من غير طلب له كما كان الأمر حاصلًا بالنسبة للرهن القضائي بل لا بد فيه من طلب يقدم الى رئيس المحكمة الكائن بدائرتها العقار . والاختصاص على ذلك يعتبر بمثابة وسيلة تحفظية مؤقتة كما صرحت بذلك الأسباب التشريعية التي اعتمد عليها مرسوم ٥ ديسمبر سنة ١٨٦ الذي قرر الاختصاص بعد الغاء الرهن القضائي المختلط

ويجب أن يكون طلب توقيع الاختصاص شاملاً للبيانات المقررة للقائمة المعروفة

(١) ١٦ ديسمبر ١٦٠٣ ، ٦٩ . - قرن ١٣ مايو ١٥٠٩٠٣ ، ٢٨٠ ، ٢٩٢

(٢) ٢٩ مارس ١٩٠٥ ، ١٧ ، ١٨٤

فى الرهن التأمينى . أى يجب أن يكون حاوياً للمسائل الآتية: (١) اسم ولقب وحرقة الدائن مع تعيين محل مختار له بدائرة المحكمة . — (٢) اسم ولقب وحرقة المدين . — (٣) تاريخ الحكم وتعيين المحكمة التى أصدرته . — (٤) تعيين العقارات تعييناً صحيحاً يرجع لطبيعة كل عقار وجبة وجوده (المادة ٦٨١ / ٧٦٩ . مرافعات — قارن ٥٦٦ / ٦٩٠ مدينى) ويجب الرجوع الى أحكام الرهن فيما يتعلق بالاركان الجوهرية والعرضية للقيود وما شرحناه بشأن قائمة الرهن . ويتلاحظ أن قرار توقيع الاختصاص يصدر دون الحاجة الى اعلان المدين بالحضور أمام رئيس المحكمة ودون أن يكون القرار فى مواجهة المدين

والقاضى المختص بتوقيع الاختصاص هو رئيس محكمة محل وجود العقار وهو ما يسمى بالاختصاص المحلى (١) . والمحكمة المختصة بالنسبة للمدعى عليه هى المحكمة الأهلية ان كان الدين بين مصريين ، والمحكمة المختلطة ان اختلفت رعوية الاثنين أو كانا أجنيين ، وهو ما يسمى بالاختصاص المادى (٢)

وللقاضى سلطة واسعة فى توقيع الاختصاص أو رفضه أو جعله منصباً على عقار دون عقار آخر من العقارات المبينة بطلب الاختصاص . ويرجع فى تقديره الى قيمة الدين من جهة وقيمة العقار من جهة أخرى (المادة ٦٨٢ / ٧٧٠ مرافعات) . وعلى ذلك لا يعتبر الاختصاص حقاً عاماً منصباً على جميع عقارات المدين الحال والمستقبل منها كما كان يقضى بذلك الرهن القضائى ، بل هو خاص ولا ينصب الا على العقار الحاضر . ولكن لما كان المدين لم يعلن بطلب الاختصاص ولم يكن القرار فى مواجهته فى طلب توقيع الاختصاص فيقع غالباً أن القاضى يجب الطلب على العقارات كلها المبينة بالطلب . واذا كان الحكم الذى يستند اليه الدائن فى طلب الاختصاص لم يصف المبلغ المحكوم به تصفية معينة جاز لقاضى الاختصاص تصفيته وتقسماً

وتقدير المبالغ تقديراً تقريبياً وأمر بتوقيع الاختصاص ضماناً لهذا المبالغ (المادة ٦٨٣ /
٧٧١ مرافعات)

وإذا رفض طلب توقيع الاختصاص جاز لصاحب الطلب حق الطعن في أمر
الرفض أمام المحكمة الابتدائية . ويجب عليه في هذه الحالة اعلان المدين للحضور
بعد ٢٤ ساعة من اعلانه ، ويحصل الدفاع هذه المرة في واجهته (المادة ٦٨٤ / ٧٢٢
مرافعات)

وأما إذا قبل طلب توقيع الاختصاص وصدر الأمر على العريضة به فليس أمام
المدين طريق للطعن على هذا الأمر . وهذا وضع غرابة . إلا أنه إذا فرض وتبين
أن المحكوم عليه دفع الدين جاز له رفع دعوى يطلب فيها رفع الاختصاص

٤) في اشهار الاختصاص واعلانه

٢٠٩ — يجب أن يعلن الاختصاص والاشهار عنه كما يحصل بالنسبة للرهن
(راجع المادة ٥٩٩ / ٧٢٥ دنى) وعلى ذلك يجب اعادة القيد قبل نهاية عشر سنوات
والاسقط الاختصاص^(١)

هذا وللاختصاص أحكام خاصة به . ذلك أنه يجب على كاتب المحكمة أن
يقيد الاختصاص يوم صدوره بالدقتر المعد له (المادة ٥٩٦ / ٧٢٤ دنى) وإذا تأخر
القيد أصبح الكاتب ملزماً بتعويض الضرر الناشئ عن ذلك (المادة ٥٩٨ /
٧٢٤ دنى)

ويحصل القيد بنقل الطلب وأمر القاضى أو حكم المحكمة بتوقيع الاختصاص بالدقتر
المعد لذلك (المادة ٥٩٦ دنى) ويجب الاخذ هنا بالأحكام التي أشرنا إليها بالرهن
الرسمى فيما يتعلق بالاركان الجوهرية والعرضية للقيد (المادة ٥٩٩ / ٧٢٥ دنى . —
أنظر المادة ٥٦٦ دنى) على أنه يلاحظ أن القضاء المحتلظ لما رأى أن المادة ٦٨١ /

٧٧٩ مرافعات قد قررت ضرورة تعيين العقار بالعريضة الخاصة بطلب الاختصاص تعييناً دقيقاً يرجع لطبيعة العقار فيما اذا كان عقاراً ببناء أو عقاراً زراعياً ويرجع لمحل وجوده ، لما رأى القضاء ذلك استنتج منه أن الشارع المصرى قد تشدد في حالة الاختصاص تشدداً خاصاً لم يتشدده بشأن الرهن بالمادة ٥٦٦ مدنى التى اكتفت بالقول بقهرتها الخامسة « بيان العقار المرهون بياناً كافياً^(١) » وما يتعلق بتعيين العقار تعييناً دقيقاً يعتبر من الاجراءات الجوهرية للقيد . والامر في تقدير ذلك يرجع الى ظروف الدعوى وتقدير القضاء لها ومعرفة ما اذا كانت البيانات الواردة بالقيد كافية لتحقيق غرض الشارع أم غير كافية . وفي هذه الحالة الأخيرة يقضى ببطالان الاختصاص^(٢)

والاختصاص المقيد بقلم كتاب المحكمة الابتدائية الاهلية حجة على طرفيه المصريين . ولجل أن يكون الاختصاص حجة على الغير يجب تسجيله بقلم التسجيل التابع له العقار^(٣)

ومن ذلك يتبين أنه يوجد باقلام الكتاب بالحكام الاهلية دفاتر خاصة بقيد الاختصاص ولا يوجد بها دفاتر للرهن ولا لنقل الحقوق العينية العقارية . وطبقاً للقانون الجديد الخاص بالتسجيل والصادر في ٢٦ يونيو سنة ٩٢٣ وطبقاً لقرار وزارة الحفانية الصادر في ١٢ يوليو سنة ٩٢٣ أصبحت طريقة التسجيل والقيد بالحكام المختلطة مقتصرة على حفظ أصل العقد بملف على حدة وهو الملف الخاص بكل بلدة معينة ، بينما قيد الاختصاص بالحكام الاهلية أو المختلطة أيضاً لا زال حاصلًا من طريق نقل العريضة وأمر القاضى بدفتر خاص

(١) désignation précise فيما يتعلق بتعيين العقار انظر ٦ يونيو ٩٤ ، ٦ ، ٣١٤ . — ٢٢ مايو ٩٠١ ، ١٣ ، ٣٢١ . — ١٣ نوفمبر ٩٠١ ، ١٤ ، ١١٠ . وفيما يتعلق بتعيين المحل المختار للمدين انظر ٢ يونيو ٩٨ ، ١٠ ، ٢٩٦ . — وفيما يتعلق بدم تعيين المحل المختار للدائن انظر ٢ يونيو ٩٦٦ المذكور (٢) جرائم ولان ص ١٦٨ ن ٥٩٧

(٣) ٨ ابريل ٩٦ ، ٨ ، ٢٠٠

(٥) في آثار الاختصاص

٢١٠ — يتقرر للدائن صاحب الاختصاص نفس ما يتقرر له فيما اذا كان صاحب رهن رسمي وعلى الاخص فيما يتعلق بحق التدبّع وحق الاولوية (المادة ٥٩٩/٧٢٥ مدني) ^(١) والاختصاص ضامن لاصل الدين وملحقاته من فوائد ومصاريف (المادة ٥٩٥ مدني) وبوجه الاجمال يتمشى على الاختصاص جميع الاحكام المقررة للرهن (المادة ٥٩٩ مدني) الا أنه اذا حصلت قيود مختلفة لاختصاصات مختلفة في يوم واحد اعتبرت أنها مقيدة جميعها في وقت واحد فلا تتفاضل فيما بينها باسبقية القيد بالساعة. (المادة ٦٠٠/٧٢٦ مدني) أي أنها تختلف عن الرهن في هذه الحالة. واذا حصل قيد برهن وقيد باختصاص في يوم فضل الرهن على الاختصاص (المادة ٦٠٠ المذكورة)

في الامتياز

(١) كلمات عامة

٢١١ — الامتياز من الوجهة التاريخية: كان الامتياز ^(٢) عند الرومان عبارة عن حق اولوية، أي ميزة خاصة تمنح لبعض الدائنين العاديين تمييزاً عن زملائهم الدائنين العاديين أيضاً عند توزيع ثمن أملاك المدين المبيعة جبراً عليه للدائنين ^(٣)

وكان يفضل الدائن العادي هذا صاحب الامتياز الدائنون المرتهنون رهناً

(١) ٢ يونيو سنة ١٠٠٩٨، ٢٩٦٠٠٠ — فلان أول مارس سنة ٩٣، ١٥٢، ٥٠

(٢) privilège (٣) privilegium inter personales acciones — كابتان

حيازياً^(١) ورهنها غير حيازى^(٢) ولم يكن الامتياز حقاً عينياً . وكان يرجع فى تعيين مرتبته الى صفة الدين نفسه . وأما الرهون فكانت ترجع فى مراتبها الى تاريخ تقريرها أخذاً بقاعدة الحق الافضل هو الاسبق فى تاريخه^(٣) ولما جاء جوستينيان قرر ما يخالف القاعدة القائلة بأن الامتياز لا يضر الدائنين المرتهنين : ذلك أنه قرر بأن للمرأة المتزوجة رهنًا ممتازاً^(٤) تفضل به جميع الدائنين لزوجها حتى من كان منهم دائناً مرتهنًا رهنًا غير حيازى^(٥)

٢١٢ - القانون الفرنسى القديم : وأخذ القانون الفرنسى القديم أولاً بالمبادئ الرومانية السابقة وقرر الاخذ بالنظرية القائلة بوجود امتيازات شخصية^(٦) تفضلها الديون المضمونة برهون غير حيازىة^(٧) وما عثم أن أقلع هذا القانون الفرنسى القديم عن الاخذ بالقاعدة المتقدمة وقررميزة التفضيل لبعض الديون المرموقة بعين العناية من القانون عن الديون الاخرى حتى ما كان من هذه الاخيرة مضموناً برهون غير حيازىة . وفى القرن الثامن عشر أعتبرت الامتيازات حقوقاً عينية مفضلة على الرهون غير الحيازىة . كما حقق ذلك « ميرلين »^(٨)

القانون الفرنسى سنة ٨٠٤ : اقر قانون نابليون النظرية التى قال بها القانون الفرنسى القديم . اذ قرر بأن « الامتياز حق يستفيدة الدائن من صفة هذا الحق ويصبح الدائن به مفضلاً على بقية الدائنين الآخرين حتى الدائنين منهم المرتهنين رهنًا غير حيازى » . « وتتقرر قاعدة التفاضل بين الدائنين الممتازين بالرجوع الى الصفات المختلفة للديون نفسها » (المادة ٢٠٩٥ و ٢٠٩٦ دنى فرنسى)

٢١٢ - القانون المصرى وقانونه نابليون : ولما كان قانون نابليون

(١) créanciers gagistes (٢) créanciers hypothécaires
 (٣) prior tempore, potior jure (٤) hypothèque privilégiée
 (٥) جرائمولان ص ١٧٠ ن ٦٠٢ (٦) privilèges personnels
 (٧) créances hypothécaires (٨) Meriin . — كتابان ص ٧٨٧

مضطرباً بشأن الامتياز فقد ظهرت أمارات هذا الاضطراب أيضاً بالقانون المصرى
المأخوذ عنه . ذلك لأن القانون الفرنسى والمصرى أوردانى فى باب الامتياز حقوقاً مختلفة
المصادر والمآخذ

أما الامتيازات العامة ^(١) فإنها تحكى الامتياز الرومانى ، ولم تخرج المادة ٥٥٤ /
٦٧٨ مدنى و ٢٠٩٥ فرنسى عن تأييد هذا التشابه . اذ وردت طبقات الدائنين بها
طبقاً لصفة الدين نفسه . أما الامتيازات الخاصة ^(٢) المقررة على العقارات فهى رهون
بالمعنى الصحيح ولا تتفاضل فيما بينها الا بالرجوع الى تاريخ قيدها أو تسجيلها . ولا
تعتبر الامتيازات الخاصة رهوناً ممتازة عند ترتيبها ، على عكس ما يقرره القانون
الفرنسى . وأما الامتيازات الخاصة المتوقعة على المنقولات فإنها لم تكن معروفة عند
الرومان . وقررها القانون الفرنسى القديم ^(٣) وأغلبها ناشئ عن مبدأ الرهن الحيازى أو
مبدأ حق الحبس (كامتياز الدائن المرتهن رهناً حيازياً وامتياز المؤجر وصاحب
الفندق) . وسيأتى القول فيما بعد عن امتياز البائع

٢١٤ - الامتياز والشريعة الإسلامية : لم يفت فقهاء الاسلام تقرير

الامتياز فى بعض الأحوال فقرروا بأنه « تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله
بقدر الضرورة على قضاء ديونه » (المادة ١٩٧ من كتاب الأحوال الشخصية لتدرى
باشا) وقرروا بأنه يتعلق بمال الميت حقوق أربعة مقدم بعضها على بعض . فجعلوا فى
مراتبها أولاً مصاريف الدفن ثم ديونه التى عليه ثم وصاياه من ثلث الباقى . والباقى
الأخير للورثة (المادة ٥٨٣ من كتاب الأحوال الشخصية) هذا وقرروا أن المرتهن
حق الامتياز على الشئ المرهون تحت يده (المادة ٨٧١ من كتاب الأحوال الانسان
لتدرى باشا)

أما القوانين المصرية الحاضرة فإنها رجعت فى تقريرها لنظرية الامتيازات الى
القانون الفرنسى

(١) privilèges généraux (٢) priv. spéciaux (٣) قانون بلانيول ن ٢٠٨٤

٢١٥ - في خصائص الامتياز: والامتياز طبقاً لما جاء بالقانون الفرنسي والقانون المصري هو الحق المقرر بالقانون لبعض الدائنين في أن يستوفوا ديونهم بالاولوية عن بقية الدائنين حتى ولو كان هؤلاء الدائنون مرتهنين^(١) وبالاولوية عن الغير الحائزين^(٢) وذلك بسبب الصفة الخاصة بديونهم أى بسبب الميزة التي يتمتعون بها في نظر القانون^(٣). أو الامتياز صفة من صفات الدين تخول الدائن حق التقدم على من دونه من الدائنين في استيفاء دينه من ثمن الشيء المترتب عليه^(٤). ومن المادة ٥٥٤ مدني يرى أن الشارع يميز الدائنين العاديين والمرتهنين من جهة وبين «الدائنين الممتازين» الذين لهم بسبب حالة ديونهم الحق في كونهم يستوفونها بالاولوية والتقدم على جميع الدائنين الأخر من ثمن منقولات أو عقارات معينة مما يملكه المدين « من جهة أخرى

وهناك بعض الديون رأى الشارع ضرورة أن يقر لها ميزة استثنائية وقرر لها درجة الأولوية بالنسبة لبقية الديون الأخرى عند توزيع ثمن مال المدين المبيع. أما أسباب هذه الميزة فهي مختلفة. فبعضها يرجع الى ما أداه الدائن من الخدمات لبقية الدائنين الآخرين، كما اذا صرف هذا الدائن مصاريف قضائية على الشيء^(٥) واما يرجع لاعتبارات تتعلق بالرأفة كالمبالغ المستحقة للمستخدمين^(٦) واما لمبدأ الحق العيني^(٧) الذي يحتفظ به البائع اذا لم يتقاضى ثمن الصمقة بعضه أو كله. واما أخيراً المبدأ التأمين الحيازي^(٨) في حالة الدين المطلوب للمؤجر

وبناء على التعريف المتقدم للامتياز يمكن القول بأن للامتياز خصيصتان أصليتان. ذلك أولاً. ان الامتياز يقرره القانون نفسه^(٩) اذ لا امتياز الا بالقانون.

(١) كاباتان ص ٧٨٥ (٢) دي هلس ج ٤ ص ٥٠٠ ن ١٧

(٣) جرانولان ص ١٧١ ن ٦٠٦ (٤) فتحي باشا زغلول ص ٣٦١

(٥) frais de justice (٦) salaires des gens de service

(٧) droit réel (٨) nantissement

(٩) كاباتان ص ٧٨٥ - دي هلس ج ٣ ص ٥٠٠ ن ١٨

وكلمة الامتياز تفيد في الواقع أن الفرد المختص به ممتاز عن بقية الافراد الآخرين .
على أن الامتياز مستفاد أيضاً من الاتفاق بين الطرفين في حالة الرهن الحيازي .
وثانياً يتقرر للامتياز حق أولوية يفضل بها الدائن الممتاز الدائنين الآخرين بسبب
صفة الدين نفسه . على أنه يجب ملاحظة أن الامتيازات العامة هي التي تتقرر لها
مراتبها في الأولوية بالرجوع الى ما يقوم بالديون من الصفات الخاصة بها (أنظر المواد
٢٠٩٦ و ٢٠٩٧ مدني فرنسي) . واما بالنسبة للامتيازات الخاصة فالاولوية فيها ترجع
اما الى تاريخ تقريرها أو الى وضع اليد .

والامتياز حق عيني (المادة ١٩ / ٥ مدني)^(١) وهناك فريق من المؤلفين ينكر
صفة العينية للامتيازات العامة ولا يقول بها الا للامتيازات العقارية وللامتيازات
الخاصة بالدائن المرتهن رهنا حيازياً

والامتيازات كالرهون لا تعتبر حقوقاً متصلة بذات الاشخاص^(٢) وعلى ذلك
فهي تنتقل مع الديون الممتازة عند تحويلها . كما أنه يجوز لدائني المدين المطالبة بها
إذا أهمل مدينهم التمسك بها أخذاً بالمادة ١٤١ مدني^(٣)

ولما كان الاصل أن الدائنين جميعهم لا يتفاضلون في تقاضي ديونهم من مال
مدينهم وكان الامتياز أمراً استثنائياً لهذه القاعدة العامة وجب أن لا يؤخذ في الامتيازات
الا بالتدرج اللازم فيما نص القانون عليه . وعلى ذلك لا يجوز العمل فيها من طريق
القياس فيما لم ينص عليه القانون^(٤) فإذا لم يرد للامتياز نص بالقانون فلا يصح القول
مطلقاً بالامتياز . وعلى ذلك ليس للنفقة امتياز^(٥) وان كانت المادة ١٩٧ من كتاب
الاحوال الشخصية قد نصت على جعل النفقة من الحقوق الممتازة فان هذا الامتياز

(١) دى هلس ج ٣ ص ٥٠٠ ن ١٧ (٢) ١٧ يونيو ١٩١٠ ، ٣ ، ٣٩٣

(٣) حكم ١٧ يونيو سنة ٩١ المذكور (٤) ٢٠ يونيو ١٩٠٦ ، ١٨ ، ٣٣٥

(٥) ١٥ مايو ١٩٠٧ ، ١٩ ، ٢٦١ . هذا وقد رأى النقادة المعروف « لاييه Labbé »

ضرورة تقرير امتياز خاص من طريق العدالة حماية لبعض الدائنين : أنظر مجلة Revue critique

لم يتقرر بالقانون المسنون الحاضر التي اختص بتقرير الحقوق المتعلقة بالمعاملات (١) ويختلف الامتياز عن الرهن في جملة مسائل : فالامتياز مقرر بالقانون نفسه . ومحله عقار أو منقول ، أو الاثنان معاً . ولا يلزم في الامتياز أن يكون معلناً عنه اذا انصب على منقول أو كان الامتياز عاماً . والامتياز المرتبة الاولى عن الرهن . ويرجع في مراتب الامتياز الى صفة الدين نفسه ، فيما اذا كان الامتياز على الاقل امتيازاً عاماً . أما الرهن فيؤدى على العكس مما تقدم اذ لا يكون الا من طريق الاتفاق عليه بين طرفي العقد . ولا ينصب الا على العقارات . ويجب أن يكون معلناً عنه . ويرجع في ترتيب مراتبه الى تاريخ قيده

وينقسم الامتياز بالنسبة لطبيعة الاموال المنصبة عليها الى ثلاثة أقسام : (١) امتياز عام على عقارات ومنقولات المدين . — (٢) امتياز خاص على بعض المنقولات . — (٣) امتياز خاص على بعض العقارات . ويجوز اعتبار هذا الامتياز الأخير كرهن حقيقي ، ويرجع في تعيين مراتبه في هذه الحالة الى تاريخ قيده . ومن هنا يتبين أن الامتياز الخاص هو ما تقرر على عين أو أعيان معينة . وهو تارة امتياز منقول أو عقارى تبعاً للعين التي انصب عليها

(٢) في الامتياز العام

٢١٦ — يسمى الامتياز بالامتياز العام اذا انصب في آن واحد على عقارات ومنقولات المدين (المادة ٦٠١ فقرة ٣ / ٧٢٧ مدني و ٢١٠١ فرنسي) وهذا الامتياز العام الحاضر يحكى الامتياز عند الرومان وفي عهد القانون الفرنسي القديم . ويتقرر للدائن صاحب هذا الامتياز حق الأولوية على مجموع أموال المدين . والامتياز العام ينقسم الى الاقسام الآتية :

١ - في الامتياز العام المتعلق

بالمصاريف القضائية

٢١٧ - يقرر القانون بالمادة ٦٠١ / ٧٢٧ فقرة أولى مدني و٢١٠١ فرنسي بأنه من الديون الممتازة «المصاريف القضائية»^(١) المنصرفة لحفظ أملاك المدين^(٢) وبيعها^(٣) من ثمن هذه الاملاك قبل ديون الدائنين الذين صرفت هذه المصاريف لمنفعتهم « (أنظر المادة ٢٧٥ تحقيق جنابات) ومن العدل والحق أن تدفع هذه المصاريف بالاولوية قبل ديون الدائنين الذين انتفعوا منها لانها صرفت لمصلحتهم ولاجلهم. ويمكن القول هنا بأنه لا محل للامتياز بالمعنى الدقيق للامتياز. لانه في الحقيقة ما دام قد صرفت هذه المصاريف القضائية لمصلحة الدائنين وجب عليهم حتماً أن يدفعوها لمن صرفها

اما المصاريف القضائية هذه الممتازة فهي المصاريف التي صرفت في مصلحة جميع الدائنين^(٤) لحفظ الشيء المملوك للمدين والعمل على بيعه بالقضاء. مثلاً: اذا جاء دائن ورفع دعوى بدينه وحكم له به (وفي ذلك قد صرف حتماً مصاريف قضائية للحصول على الحكم الخاص به) ثم أوقع بالحكم حجراً تنفيذياً على منقولات مدينه وقام باجراءات البيع، وأجرى من جيبه الصرف على هذه الاجراءات حتى تمام البيع. ففي هذه الحالة تعتبر المصاريف التي صرفت على اجراءات البيع حجراً ونشراً مصاريف ممتازة مادام قد استفاد منها الدائنون كافة. وأما المصاريف التي صرفها على دعواه هو والتي استعان بها في الحصول على حكم بدينه هو فهي مصاريف خاصة به ولا تعتبر ممتازة لأن الدائنين لم يستفيدوا منها^(٥) وتتناول المصاريف القضائية

(١) frais de justice (٢) conservation (٣) réalisation

(٤) ١١ يونيو سنة ٨٥ تملقات بوربلي بك على القانون المختلط المادة ٧٢٧ ن ١

(٥) كتابان ص ٧٩٢ . - دي هلس ن ٤٤

المتأزاة أيضاً . وتتناول أيضاً المصاريف التي صرفت في سبيل التوزيع ، أى توزيع الثمن المتحصل على الدائنين . ويجوز أن تنصرف أيضاً هذه المصاريف القضائية الى عمليات غير قضائية (١) كالمصاريف اللازمة لوضع الاختام (٢) أو لتحرير محضر جرد لحصر الاملاك (٣) ومصاريف تحرير القوائم والتوزيع ومصاريف تنبيه نزع الملكية. (٤) وتشمل المصاريف القضائية على الأخص ما يأتي : ١) المصاريف التي صرفت لبيع مال المدين في سبيل الحجز أو البيع الجبرى (٥) — ٢) المصاريف اللازمة لتحرير قوائم التوزيع أو مصاريف التوزيع نفسه — ٣) المصاريف اللازمة لحفظ الشيء ولوضع الاختام ولتحرير محضر الجرد . والمصاريف التي صرفت من جانب وكيل جماعة الدائنين في التفليسة (٦) أو من الحارس (٧) — ٤) والمصاريف التي صرفت على دعوى الاستحقاق لأجل رد الشيء الى مال المدين (٨)

ومما تقدم يمكن أن يلاحظ ما يأتي : ١) ان المصاريف القضائية ، كالمصاريف المنصرفة في سبيل بيع عقار المدين ، لا ينصب الامتياز فيها على جميع أموال المدين بل ينصب فقط على بعض هذه الأموال وهو المال المباع فقط. — ٢) ان المصاريف القضائية التي لم يستفد منها بعض الدائنين لا تعتبر بالنسبة لهم مصاريف قضائية ممتازة (أنظر المادة ٦٠١ المذكورة — قارن المواد ٥١٧ — ٥١٩ مرافعات) ويترتب على ذلك أن لا يسرى الامتياز المقرر للمصاريف والاتعاب المطلوبة لوكلاء الدائنين

mise des scellés (٢) opérations extra-judiciaires (١)

inventaire (٣) دى هلس ن ٤٥ (٤) كابتان ص ٧٩٢ (٥)

syndic : س ، ٩٦ ، ١ ، ١٤٥ ، ومقال Wahl . — ١٨ ديسمبر ١٩٠٢ ، ٢٦ ، ٣٠

(٧) ١٥ نوفمبر ١٩٠٦ ، ٩ ، ١٣ . — ٩ نوفمبر ١٩٠٨ ، ١١ ، ٧ . — انظر أيضاً ٢٣

ديسمبر ١٩٠٦ ، ٩ ، ٦٣ . — وبالنسبة لاتعاب المحامى والخير انظر ٢٥ مايو ١٩٠٤ ، ١٦ ،

٢٦٤ ، — وبالنسبة للمصاريف المدفوعة من طرف خزينة المحكمة caisse des fonds

judiciaires في دعوى مغفية من الرسوم القضائية à titre d'assistance judiciaire

. — انظر ٣ ديسمبر ١٩٠٢ ، ٣٨ ، ٣٠ . — ١٧ يونيو ١٩٠٩ ، ٣ ، ٣٩٢ (٨) دى هلس

ج ٤ ص ٥٠٩ — ٥١٠ ن ٣٩ ون ٤٦

في التفليسات ، على طائفة الدائنين الذين يستطيعون ، بما لديهم من الاوراق الخاصة التي تقرر لهم حق الأولوية ، الحصول على ديونهم بلا حاجة الى اتباع طريق اشهار الافلاس وتصفية أموال المدين المفلس (١) وعلى ذلك اذا تعين حارس في دعوى تخاصم فيها مستأجران الى القضاء وكان تعيينه في مصلحتهما فلا يجوز لهذا الحارس أن يفضل بامتيازه الامتياز المقرر للمؤجر (٢) . ولا يجوز بحال أن يلحق بالمصاريف القضائية ما يصرفه الدائن في سبيل تأييد حقه هو الخاص به . أى ليس له امتياز فيما صرفه لحفظ حقه خاصة (٣)

ولا تعتبر المصاريف التي صرفت في مصلحة الدائنين العاديين خاصة بمصاريف ممتازة لها حق الأولوية على ديون الدائنين المرتهنيين (٤)

٢ - في الامتياز العام المتعلق بأجر الخدمة

والكتابة والعملة

٢١٨ - يقرر القانون بالمادة ٦٠١ بانه من الديون الممتازة « المبالغ المستحقة للمستخدمين (٥) في مقابلة أجر السنة (٦) السابقة على البيع أو الحجز والافلاس والمبالغ المستحقة للكتابة (٧) والعملة (٨) في مقابلة أجرتهم (٩) مدة ستة أشهر وتدفع هذه المبالغ بنوعها عند الاقتضاء (١٠) بعد المصاريف القضائية . . . » (أنظر أيضاً المادة ٣٥٣ / ٣٦٣ تجارى . وقارن المادة ٢١٠١ مدنى فرنسى) ولقد عنى الشارع بأمر الكتابة والعملة وقرر لهم حق الامتياز على بقية الدائنين لانهم لا يتعيشون الا من هذه المبالغ . وفوق ذلك فإن مبالغهم ليست بالقدر الكبير بجانب الدائنين الآخرين

(١) ١٨ ديسمبر ١٩٠٣ ، ٧٦ ، ٣٠٩٠ - ٢٤ مايو ١٩٣٠ ، ٢٦٤ ، ٥٠٩٣ (٢) ٢٢ ديسمبر ١٩٦١

٦٣ ، ٩١ - انظر أيضاً ، ١٠٩١٢ ، ١٠٥١٣ ، مقال De Loynes . - كتابان ص ٧٩٢

(٣) جراتون ص ١٧٥ ن ٦١٦ (٤) كتابان ص ٧٩٢

(٥) gens de service (٦) salaires (٧) commis

(٨) ouvrier (٩) alaires (١٠) s'il y a lieu

ويراد بالمستخدمين الاشخاص الذين يعملون في خدمة شخص لمدة معينة أوفى خدمة أسرة^(١) أو للاشتغال في أعمال زراعية^(٢) مثال ذلك الخدمة^(٣) بالمعنى الصحيح والبوابون^(٤) والطباخون وخدمة الغرف^(٥) وسائقو العربات المملوكة وسواقو السيارات المملوكة أيضاً والتأمنون برعاية البساتين الخاصة^(٦) وغيرهم . ولا تنصرف كلمة المستخدمين الى كتبة السر^(٧) ومربى أولاد الاسرات^(٨) وحنفظة الكتبة^(٩) والوكلاء المأجورين^(١٠) كوكلاء الدوائر^(١١) والى الفعلة^(١٢) أو العمال الذين يشتغلون باليوم^(١٣) والى الممثلين في المسارح والى كتبة المسارح^(١٤)

وأما الكتبة والعملة فقد منحهم الشارع المصرى حق الامتياز بطريقة أوسع عن القانون الفرنسى اذ جعلهم من الدائنين الممتازين سواء كانوا يشتغلون في عمل مدنى^(١٥) أو صناعى^(١٦) (مع ملاحظة أن العمال في الاعمال الزراعية^(١٧) يتمتعون من طريق آخر بحق الامتياز المقرر للمصاريف المتعلقة لحصاد الحصول^(١٨) كما سأتى ذلك بعد) أو تجارى^(١٩) . وفوق ذلك فان القانون التجارى قد نص على هذا الامتياز التجارى أيضاً (المادة ٣٥٣ / ٣٦٣ تجارى)

هذا وقد لا تخلو عبارة الكتبة والعملة من النقد من حيث تحديد معانيها وبيان مراميها . على أنه لا يجوز بوجه عام أن يلحق بالكتبة^(٢٠) الممثلون^(٢١) وجماعة العازفين

domestique (٣)	exploitation rurale (٢)	menage (١)
—	valets de chambre (٥)	portiers (٤)
précepteurs (٨)	secrétaires (٧)	دى هلس ن ٢١
mandalaires salariés (١٠)	bibliothécaire (٩)	
		(١١) ١١ ابريل ٨٩ بوربلى بك تعليقا على المادة ٧٢٧ مدنى محتاط ٢
	gens à journée (١٢)	ouvriers (١٢)
	exp. industrielle (١٦)	exploitation civile (١٥)
frais de récolte (١٨)	travailleurs agricoles (١٧)	
commis (٢٠)	exp. commerciale (١٩)	
	artistes dramatique (٢١)	

على آلات الموسيقى بالمرح وكتابة المحامين^(١) الا اذا كانوا يشتغلون كنساخين^(٢)
أو كانوا يشتغلون بالاعمال الحسائية^(٣)

ولا ينصب هذا الامتياز الا على الاجر المستحق للمستخدمين والكتابة والعملة
فقط . وعلى ذلك لا يسرى على المبالغ المقترضة

ولما كان نص المادة ٦٠١ عاماً فانه يجب ان يتمشى الامتياز على المستخدمين
والكتابة سواء كانوا قائمين بمعرفة مخدومهم أو خرجوا منها^(٤)

ويضمن الامتياز الاجر عن السنة السابقة على البيع أو الحجز أو الافلاس فيما
اذا كان الاجر خاصاً بالمستخدمين . وأما اذا كان خاصاً بالكتابة والعملة فلا يضمنه
الامتياز الا عن مدة ستة الاشهر السابقة على البيع أو الحجز أو الافلاس^(٥)

ويظهر أنه يتبين من نص المادة ٦٠١ فقرة ٣ على أن الشارع يريد أن يحتسب
مدة السنة أو الستة الشهور من تاريخ البيع أو الحجز أو الافلاس الى ما قبل ذلك . وربما
يؤيد ذلك ما جاء بالفقرة ٤ من المادة المذكورة وهي الفقرة الخاصة بالامتياز المقرر للمبالغ
المنصرفة في حصاد محصول السنة . ولكن القضاء المختلط رأى أن للمستخدمين حق
الامتياز فيما يتعلق بأجرهم عن سنة طالما أن هذا الاجر لم يسقط بمضى ٣٦٠ يوماً
المقررة بالمادة ٢٠٩ / ٢٧٣ حتى ولو كانت السنة لم تسبق مباشرة البيع أو الحجز أو
الافلاس^(٦) والا اذا قيل بالعكس لترتب على ذلك أن حق الامتياز يصبح باطل الاثر

(١) clerks d'avocats (٢) copistes

(٣) comptables : جرائم ولان ص ٢٧٦ ن ٦٢٠ ، — كاتبان ص ٧٩٦ ، ويلاحظ
أنه صدر بفرنسا قانون في ١٧ يونيو سنة ٩١٩ عمل على سد هذا النقص التشريعي : كاتبان ص ٧٩٦
(٤) ولكن قد يتبادر للذهن بأنه لا يستفيد من هذا الامتياز الا من كان بخدمة مخدومه .
لان في قيامه بخدمته ما يحول بينه وبين مطالبته من الوجهة الادبية . ولكن الشك يزول أمام
النص العام : دى هلس ص ٥٠٣ ن ٢٤ (٥) ويلاحظ أن أجر الخدمة تتقدم بمضى مدة
٣٦٠ يوماً على شرط حاف المدين (المادة ٢٠٩ / ٢٧٣ مدني . — دى هلس ن ٢١

(٦) ٣ يونيو سنة ٩١ ، ٣ ، ٣٧٩ ، والتعليق على الحكم . — قارن ١١ فبراير سنة

٨٩ ، تعليقات بوريللي بك على المادة ٧٢٧ مدني مختلط ن ٢

في حالة ما اذا جاء المستخدمون المذكورون واضطروا الى رفع دعاوى لاختد أحكام بأجرهم^(١) ونرى أن هذا القضاء وجيه مادام أنه يضمن أجر سنة واحدة ، وهو الاجر الذي لم يتقادم سواء وقعت نهاية السنة قبل البيع أو الحجز أو الافلاس مباشرة أو كانت نهاية السنة سابقة على ذلك ، ما دام أن الامتياز لا يتعدى في ضمانه أجر سنة واحدة

ولا يراد بالبيع المنوه عنه بالمادة ٦٠١ المذكورة البيع الارادى الحاصل من المدين للغير ، بل البيع الحاصل بناء على طلب دائني المدين المخدم^(٢)

٣ - الامتياز المقرر للحكومة

٢١٩ - للحكومة أو الخزينة العامة للدولة^(٣) أو الميرى كما تقول المادة ٦٠١ فقرة ٢ امتياز عام أو خاص . وهذا الامتياز يدخل في مادة القانون الادارى . ولكن لا نرى بدا من الاشارة اليه هنا من وجهته المدنية

وتقول المادة ٦٠١ فقرة ٢ (ولامثيل لها بالقانون المختلط) بان من الديون الممتازة « المبالغ المستحقة للميرى عن أموال^(٤) أو رسوم^(٥) أيا كان نوعها . وتكون هذه المبالغ ممتازة بحسب الشرائط المقررة في الاوامر^(٦) واللوائح^(٧) المختصة بها . ويجرى مقتضى امتيازها على كافة أموال المدين »^(٨)

ومن هذه الاوامر واللوائح التي أشارت اليها المادة ٦٠١ فقرة ٢ المذكورة ذكر يتو ١٠ رجب سنة ١٢٨٨ (١٥ سبتمبر سنة ١٨٧٢) حيث قرر « بان للحكومة امتيازاً

(١) الحكمان السابقان (٢) دى هلس ن ٢٢ . — ولم تشر المادة ٦٠١ المذكورة الى الحالة الخاصة بوفاة المدين المخدم . وربما كان الافضل ان تذكر هذه الحالة بجانب الافلاس والحجز لان بالوفاة تحصل تصفية أهلاك المتوفى . وربما يموت المدين وهو معسر فيكون من مصلحة الخدمة والكتابة أن يقرر لهم هذا الامتياز : دى هلس ن ٢٣ (٣) Trésor public (٤) impôts (٥) taxes et droits (٦) lois (٧) décrets (٨) ce privilèges est général

فما يتعلق بالمبالغ المطلوبة لها بحيث تفضل الحكومة بهذا الامتياز أى دائن آخر لمدينها حتى ولو كان ذلك الدائن ممتازاً هو الآخر . ويضمن امتيازها : (١) الاموال المقررة على الأراضى ^(١) . (٢) الاموال المقررة على العقارات الأخرى . وكذلك للحكومة امتياز تفضل به أى دائن آخر فيما يتعلق بديونها الأخرى من أى نوع كانت « (أى اموال الاراضى أو عوائد المباني) وللحكومة أيضاً طبقاً لدكريتو ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ امتياز فيما يتعلق بالعوائد ^(٢) المقررة على المباني ^(٣) »

هذا ونلاحظ أن عبارة دكريتو ١٥ سبتمبر سنة ١٨٧٢ عبارة عامة . ويجب أن لا تنصرف فى معناها الى غير الضرائب المطلوبة للحكومة . لأن الامتياز الضامن لحقوقها لم يتقرر الا لكونها صاحبة السلطة العليا التى تجرئها على الافراد المحملين بالضرائب ^(٤) كماوال الاراضى الزراعية ^(٥) وعشور النخيل ^(٦) وبوجه عام الاموال التى يجب على كل فرد ملتزم بها أن يدفعها للحكومة مهما كان نوعها باعتبارها أموالاً مقررة ^(٧) أى ديون الحكومة بصفتها صاحبة السلطة العامة ^(٨) . وعلى ذلك تستعين الحكومة بهذا الامتياز فى تحصيل أموال الاراضى الزراعية وعوائد الاراضى المبنية أو المعدة للبناء . أما الديون الأخرى التى لا ترجع لسلطة الحكومة العامة ، أى الديون العادية التى تتعلق عادة بالافراد فيما بينهم واتى تنتج من العقود العادية فان الامتياز لا يتمشى عليها . كدين الحكومة المطلوب لها على المستأجر منها

وينصب هذا الامتياز المقرر للخزينة العامة أى الميرى طبقاً لدكريتو ١٥ سبتمبر سنة ١٨٧٢ ضمناً للاموال المطلوبة على الاراضى ^(٩) على ما يأتى : (١) المحصولات ^(١٠)

(١) contributions des terres (٢) mpôts (٣) propriétés bâties
 المادة ١٥ من هذا المرسوم المنشور بمجموعة واتليه ج ٢ ص ٣٢٥ (٤) contribuables
 (٥) impôts (٦) dimes (٧) قارن ٣٠ مارس ١٨٨٠ ، ٢ ، ٩٠ . — دى
 هلسن ٥١ و ٥٢ (٨) rede vances fiscales
 (٩) contributions des terres (١٠) recottes

والنتاج (١) والثمرات (٢) من كل نوع طبيعية كانت (٣) أو مدنية (٤) . وينصب أيضاً على الاراضى نفسها اذا لم تكف المحصولات فى سداد الديون (٥) . وتباع الارض كلها أو بعضها بقدر ما يفي بالمطلوب للحكومة — ٢) وينصب هذا الامتياز أيضاً فيما يتعلق بالاموال المطلوبة على العقارات الاخرى ، على الامتعة المنقولة المملوكة للمدين ، وعلى ايجارات (٦) وايرادات (٧) العقارات ، وعلى العقار نفسه عند عدم كفاية المنقولات والايجارات والايادات (٨)

ويقرر دكريتو ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ بالمادة ١٥ بأن للحكومة امتيازاً للعوائد المطلوبة لها والمقررة على الاراضى المبنية أو المعدة للبناء . وينصب على ايجارات العقار وجميع ايراداته مهما كان الحائز للعقار ، وعلى العقار نفسه فى حالة عدم كفاية الايجار والايراد . ولم يشأ دكريتو ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ أن يجعل امتياز الحكومة بالنسبة للعوائد عاماً يتناول جميع أموال المدين كما فعل دكريتو ١٥ سبتمبر سنة ١٨٧٢ كما تقدم بيانه

ومما مر يتبين أن الامتياز المقرر بدكريتو سنة ١٨٨٢ ودكريتو سنة ١٨٨٤ يجب أن ينصب أولاً على ثمرات ومحصولات وايرادات العقار . فإذا لم يكف ذلك للوفاء انصب الامتياز وقتئذ على العقار نفسه (٩)

(١) produits (٢) fruits (٣) naturels (٤) civils والايجار أيضاً fermages . وذلك كله باعتبار أن العقار نفسه هو الضامن لسداد المطلوب الحكومة بصرف النظر من اليد المستغلة له ان كانت يد المالك أو يد المستأجر . ولذا يعتبر المالك والمستأجر مسئولين بالتضامن كما نص قانون ١٥ سبتمبر سنة ١٨٧٢ . — دى هلس ن ٥٦ و ٥٧

(٥) دى هلس ص ٥١٦ ن ٦٠ (٦) loyers (٧) revenus

(٨) وفيما يتعلق باموال التخيل وتقادمه أنظر مرسوم ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ و دى هلس ن ٦١ و ٦٢ (٩) قارن ١٤ يونيو سنة ٩٣ ، ٥ ، ٣١٢ بالنسبة للمحصولات . وأما بالنسبة للملحقات accessoires كالواشى وأدوات الزراعة instruments aratoires المعتبرة عقاراً بالتخصيص أنظر المادة ١٨ مدنى مختلط و ٤ مدنى أهلى . — أنظر ١٤ فبراير ٩٥ ، ٧ ، ١٢٥ . — ١١ فبراير ٩٧ ، ٩ ، ١٥٤

وهذا الامتياز خاص (١) لانه مقصور على ثمرات وايرادات العقار

نفسه (٢)

وهذا الامتياز تارة يكون منقولاً فيما اذا انصب على الثمرات والايرادات . وطور

يكون عقارياً اذا انصب على العقار عند عدم كفاية الثمرات (٣)

ويختلف هذا الامتياز كما رأينا عن الامتياز المقرر بالمادة ٦٠١ فقرة ٢ في أن

امتياز هذه المادة امتياز عام يتمشى على العقارات والمنقولات معا والملوكة للمدين (٤)

ويؤخذ بهذا الامتياز المقرر للحكومة دون أن يكون خاضعاً للعلاينة والاشهار من

طريق القيد (٥) ولو أنه امتياز منصب بطريقة عرضية (٦) على العقار المحمل بالمبالغ

المطلوبة للحكومة . وفي ذلك تقول المادة ٦١٤ / ٧٤١ مديني (ولم تلغ بقانون ٢٦ يونيو

سنة ١٩٢٣) ما أتى : « الديون الممتازة على العقار (٧) غير الأموال والرسوم المستحقة

للميرى وغير المصاريف القضائية وغير مرتبات الخدمه والمستخدمين والعملة يلزم

تسجيلها أيضاً بالأوجه المبينة بعد فيما يتعلق بالرهون » وعدم خضوع هذا الامتياز

للاشهار بالقيد استثناء للقاعدة العامة المقررة القائلة بضرورة اشهار الامتيازات الخاصة

المنصبة على العقارات . على أنه اذا لم يكن لهذا الامتياز الحكومي علانية من طريق

القيد فإن له علانية من طريق آخر ، وهو تكليف الارض باسم صاحبها بمكلفات

المديرية ، اذ يجوز لكل فرد حق طلب صورة رسمية من هذه المكلفات (٨)

وللحكومة بسبب حق الامتياز هذا حق التتبع (٩)

(١) دى هلس ص ٥٠١ ن ١٩ (٢) ١١ فبراير ٩٧ ، ٩ ، ١٥٤ . —

وانظر أيضاً ٢٠ مارس ١٨٩٠ ، ٢ ، ١٤٨ (٣) وفيما يتعلق باجراءات التنفيذ والحجز

والبيع الادارى أنظر دكريتو ٢٥ مارس ١٨٨٠ (٤) جرانولان ص ١٧٨ ن ٦٢٨

(٥) inscription . دى هلس ن ٢٠ (٦) subsidiairement

(٧) Les privilège sur les immeubles (٨) ١٥ يونيو ٩٠٥ ، ١٧ ، ٣٤٣

(٩) قارن المادة ١٥ من دكريتو ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ المتقدم ذكره

ويسرى دكريتو سنة ١٨٧٢ على الاجانب بمصر أخذاً بأحكام القانون العثماني الصادر في ١٢ صفر سنة ١٢٨٤ (١٠ يونيو سنة ١٨٦٧) الذي أجاز للاجانب بالدولة العلية تملك العقارات مع الالتزام بدفع الضرائب المقررة عليها كمثل عثماني^(١) وللحكومة طبقاً لدكريتو ٢١ ابريل سنة ٢٨٩٨٥ نوفمبر سنة ٨٦ الحق في الامتياز العام على جميع الاموال منقولة كانت أو عقارات والمملوكة للمحصلين وأمناء الخزائن الحكومية، كصيارف البلاد وصرافي المديرية وبعض مصالح الحكومة وضامنهم، وذلك عن المبالغ المطلوبة للحكومة بسبب أعمالهم المكلفين بها من جانب الحكومة^(٢) ولا ينشأ عن هذه الامتيازات جعل أملاك المحصلين وأمناء الخزائن وضامنهم غير قابلة للتصرف. انما للحكومة حق ابطال التصرفات التي أراد بها العاقدون تعطيل حق الامتياز وزوال مفعوله^(٣)

٢٢٥ — وهناك امتيازات عامة قررها القانون الفرنسي ولم يرد لها مثيل بالقانون المصري. وهذه الامتيازات تتعلق بالديون الآتية: (١) مصاريف الجنازة — (٢) مصاريف آخر مرض مهما كانت نتيجة هذا المرض — (٣) الضرورات اللازمة لأكل المدين وأسرته كدين الخبز والجزار — (٤) مصاريف المرض — (٥) التعويض نظير الاضرار الحاصلة داخل المصانع^(٤)

هذا وليست الامتيازات العامة خاضعة للاشهار والعلانية ولو أنها منسوبة على عقارات المدين (المادة ٦١٤ السابقة) والسبب في عدم خضوعها للعلانية والاشهار من طريق القيد أنها تتعلق بمبالغ صغيرة

(١) راجع أسباب حكم ٢٦ مارس ٩٠٠ م ر م، ٢٦، ٨٧. — ويظهر من مراجعة حكم استئناف م ٨ مايو ١٨٩٠ م ت ق، ١١٠، ١١٨ ان الاجانب كانوا غير خاضعين للعوائد المطلوبة على المباني الى أن صدر مرسوم ١٣ مارس ١٨٨٤ فأصبحوا به ملزمين بدفع هذه العوائد: دى هلس ج ٤ ص ٥١٢ ن ٤٧ (٢) دى هلس ن ١٩ (٣) دى هلس ن ٢٠ (٤) أنظر في ذلك كتابتان ص ٧٩٣ — ٨٩٨. جراتولان

وللامتياز العام حق التبعية وحق الاولوية ولو أنه لم يحصل اشتهار عنه لان عبارة المادة ٦١٤ عبارة عامة اذ أعفت هذا الامتياز من القيد بطريقة عامة . وأما في القانون الفرنسي فانهم يقررون هناك صحة الاعفاء من العلانية فيما يتعلق بحق الاولوية فقط (المادة ٢١٠٧) ولم يقرروه بالنسبة لحق التبعية (المادة ٢١٦٦)

٤ - في آثار الامتياز العام

٢٢١ - يترتب على الامتياز العام حق الأولوية . وهو حق يجب أن يتمشى في الاصل على المنقولات والعقارات معاً (أنظر المواد ٦٠١ فقرة ٢ العبارة الاخيرة والمادة ٥٥٤ فقرة ٤ مدني . — مع ملاحظة أن الامتياز المقرر للمصاريف القضائية منصب فقط على الشيء الذي بيع جبراً على المدين)

٢٢٢ - في ترتيب درجات الامتيازات العامة : اذا تزامنت معاً الامتيازات العامة المبينة في القانون المدني أو التجاري وجب أن تكون راتبها طبقاً للترتيب الذي وردت به بالقانون . أي يجب أن توضع في المرتبة الاولى المصاريف القضائية وفي المرتبة الثانية أجر المستخدمين والسكرتية والعملة . وأما المبالغ المستحقة للحكومة المنوه عنها بالمادة ٦٠١ فقرة ٢ أهلي و بدكريتو ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ بالمادة ١٥ منه فاتها تفضل كل دين آخر ما عدا المصاريف القضائية ، أي تفضل المستخدمين

وأما الدائون للممتازون من طبقة واحدة كالمستخدمين والسكرتية والعملة الذين تقرر لهم حق الامتياز معاً بنص قانون واحد ، فانهم يتزاحون فيما بينهم بنسبة ديونهم (١) وما القول بشأن حق التبعية ؟ فهل يترتب على حق الامتياز حق التبعية أيضاً فينصب على العقارات التي تقرر عليها حق الامتياز ؟ يظهر أن لهذا الامتياز حق التبعية هو الآخر . ذلك لان المادة ٩ / ٥ مدني ذكرت حق الامتياز ضمن الحقوق

(١) أنظر المادة ٢٠٩٧ مدني فرنسي . — قارن ابري ورو الفقرة ٢٨٩ ن ٨ . —

العينية دون تمييز بينه وبين الحقوق العينية الاخرى^(١) هذا ولما لم يكن في عهد القانون الفرنسى القديم للامتياز العام حق التبعية ولم ينص القانون الفرنسى الحاضر على حق التبعية هذا فقد استنتج بعض الشارحين الفرنسيين من ذلك أن ليس للامتياز العام الآن حق التبعية . ولما يفصل القضاء في هذه المسئلة الآن^(٢)

(٣) في الامتيازات الخاصة على بعض المنقولات

٢٢٣ — للدائن صاحب الامتياز الخاص حق الاولوية على بعض المنقولات والديون التي تقرر لها هذا الامتياز تعينت بالمادة ٦٠١ وهى ما يأتى : (١ — المبالغ المنصرفة في حصاد محصول السنة^(٣) وثمان البذور^(٤) التي نتج منها المحصول (المادة ٦٠١ فقرة ٤) — (٢ — ثمن آلات الزراعة^(٥) (المادة ٦٠١ فقرة ٥) — (٣ — أجرة العقار^(٦) وأجرة الاطيان^(٧) وما يستحق للمؤجر من قبيلها — (٤ — المبالغ المستحقة للبائع المنقول — (٥ — المبالغ المستحقة لاصحاب الفنادق والحانات قبل النازلين فيها — (٦ — المبالغ المستحقة فى مقابل ما صرف لصيانة الشئ^(٨)) (المادة ٦٠٣ / ٨٢٩ مدنى و ١٢٠٢ فقرة ٣ فرنسى)

٢٢٤ — **في بعض الامتيازات الاخرى** : وهناك امتياز خاص آخر وهو الامتياز المقرر للدائن المرتهن رهناً حيازياً . والامتياز هذا تارة منقول أو عقارى تبعاً للشئ المرهون ان كان منقولاً أو عقاراً وكذلك يوجد امتياز خاص آخر مقرر بالمادة ٤١٥ / ٥٠٧ وهو خاص بالمقاول من المقاول الاول^(٩)

ولمصلحة الجمارك امتياز على البضائع الواردة بالجرم وهو يضمن الرسوم والمصاريف

(١) قال بذلك أيضا دى لوان ن ٢٠٨٥ . — وبكس ذلك بلانيول ن ٣١٦٦ و ٣١٨٤
 (٢) جرانولان ص ١٨١ ن ٦٣٨ (٣) frais de récolte (٤) semences (٥) ustensiles d'agriculture (٦) loyers (٧) fermages (٨) conservation (٩) sous-traitant

والغرامات المطلوبة من المرسل اليه لهذه المصلحة (المادة ٨ من لائحة الجمارك)
وقد قرر القانون التجارى جملة أنواع من الامتيازات المنقولة . مثال ذلك الامتياز
المقرر للوكلاء بالعمولة (المادة ٨٥ / ٨٩ تجارى و ٩٤ تجارى مختلط) والامتياز المقرر
على السفينة وأجرة شحن المركب^(١) (أنظر المواد ٥ و ٦ من القانون البحرى وقد
عددت أحد عشر ديناً ممتازاً على السفينة . وانظر المادة ٨٩ . — قارن المواد ١٩٠
و ١٩١ تجارى فرنسى)

وسند كرفيا بعد بيان درجات الامتياز بالرجوع اما الى فكرة التأمين الحيازى
الصريح أو الضمنى ، واما الى فكرة وجود الشيء المحمل بحق الامتياز بمال المدين ،
واما الى حفظ الشيء

والامتيازات الخاصة على بعض المنقولات هي ما يأتى :

١ - الامتياز لأجل حصاد محصول السنة

أو ثمن البذرة

٢٢٥ — قررت المادة ٦٠١ فقرة ٤ أنه من ضمن الديون الممتازة « المبالغ
المنصرفة فى حصاد^(٢) السنة والمبالغ المستحقة فى مقابلة المبدورات^(٣) التى نتيج منها
المحصول . وتدفع هذه وهذه على حسب الترتيب المبين فى هذا الوجه من الثمن
المتحصل من بيع المحصول بعد أداء الديون المتقدمة » (قارن المادة ٢١٠٢ فقرة ٣
مدنى فرنسى) . ويرجع السبب فى تقرير هذا الامتياز لهذه المبالغ أن هذه الاخيرة
هى السبب فى ظهور المحصول فى مال المدين . ويجوز اعتبار هذا الامتياز خاضعاً أيضاً
لاحكام المادة ٦٠٣ باعتبار أن المبالغ الممتازة قد استعين بها فى المحافظة على
المحصول^(٤) . كذلك يجوز اعتبار الامتياز المقرر على ثمن البذور راجعاً الى الامتياز
المقرر للبائع المنقول

ويستفاد من عبارة القانون أن هذا الامتياز المقرر لمصاريف الحصاد وثمان البذرة انما ينصرف فقط الى ثمن البذرة وأجر العمال الذين اشتغلوا في حصاد المحصول بعد استوائه . وربما ينصرف أيضاً الى المصاريف اللازمة لالتقاء البنور بالارض^(١) . على أنه مع القول بأن الامتياز من المسائل الاستثنائية التي لا يصح الاخذ فيها بالتوسع فان القضاء قرأن الامتياز الخاص بمصاريف الحصاد وثمان البذر يتناول أيضاً مصاريف الري^(٢) ومصاريف تطهير الترع^(٣) ومصاريف تصليح آلات الري^(٤) وذلك يرجع الى أنه في مصر بحالة خاصة لازراعة ولا محصول الابالري وتهيئة الارض للزراعة . وربما يستفاد هذا الامتياز من طريق آخر بالأخذ بالمادة ٦٠٥ التي أباح حق الحبس لمن قام بمصاريف ضرورية من عنده أو بمصاريف لحفظ الشيء . ويرى الفقه بمصر أخذاً بما قرره القضاء الفرنسي^(٥) بأنه لا محل للقول بهذا الامتياز فيما يتعلق بمصاريف السباخ^(٦) . وربما تردنا في الأخذ بهذا الرأي . لان السباخ لم يخرج عن كونه هو الآخر عاملاً ظاهر الاثر في نمو الزرع وغزارته وجودته . وعلى الاخص اذا روعيت حالة مصر الخاصة من الوجبة الزراعية ولذا ترجح خضوعه للمادة ٦٠٥ مدنى المتقدمة

وينصب امتياز مصاريف حصاد المحصول وثمان البذور على ثمن المحصولات كما تقول بذلك المادة ٦٠١ فقرة ٤ . وليس لهذا الامتياز حق تتبع^(٧) انما له حق الأولوية فقط . وعلى ذلك فلا يخضع لاجراءات القيد ولو اتصف الزرع بصفة العقارية

وتفضل مصاريف حصاد المحصول على ثمن البذور كما تنص بذلك المادة ٦٠١ فقرة ٤ ، وذلك لان مصاريف حصاد المحصول هي السبب في المحافظة على الضمان وهو المحصول

frais d'arrosage (٢) ensemencement (١)

، ٩٤ يناير : appareils d'irrigation (٤) curage des canaux (٣)

١٩٩ . ٦ (٥) س ٢٨١ ، ١ ، ٩٣ ، ٠ (٦) frais d'engrais : جرائم لوان

ص ١٨٣ ن ٦٤٣ (٧) د ٤٩٦ ، ١ ، ٩٠٢ ، ٠ . — انظر دى لوان ج ١ ن ٤٧١

ويلاحظ أن هذا الامتياز لا يأتي في مرتبته الا بعد الامتيازات العامة (١)

٢ - الامتياز لأجل آلات الزراعة

٢٢٦ - تقول المادة ٦٠١ ققرة ٥ بأنه تعتبر من الديون الممتازة « المبالغ المستحقة في مقابلة آلات الزراعة (٢) التي لم تنزل في ملكية المدين (٣) » ذلك لانه من العدل أن يتقاضى بائع هذه الآلات ثمنها قبل أى شخص آخر . ويعتبر هذا الامتياز أيضاً امتياز البائع على ما باعه . وينصب هذا الامتياز على ثمن الآلات الزراعية . وهل يعتبر ثمن هذه الآلات من ضمن المصاريف اللازمة لحصاد محصول السنة ، فيقرر لهذا الثمن الامتياز المقرر بالفقرة ٤ من المادة ٦٠١ المذكورة ؟ يقول القضاء المصرى بالإيجاب . والغالب أنه على حق فيما قرره (٤) ويقول القضاء الفرنسى بعكس ذلك (٥) ويقول الفقه المصرى بما يقول به القضاء الفرنسى (٦) وهو ما لا نستطيع تأييده فيه نظراً للظروف الخاصة بمصر باعتبارها أراض زراعية قبل كل اعتبار آخر ولو أن لهذا الامتياز حق الاولوية فليس له حق التبع . ولذا قررت الفقرة الخامسة من المادة ٦٠١ المذكورة بأن يؤخذ بالامتياز طالما الآلات الزراعية لم تخرج من يد المشتري لها

وأما فيما إذا كان هذا الامتياز يظل باقياً برغم اعتبار هذه الآلات الزراعية قد أصبحت عقاراً بالتخصيص فإن الامتياز باق كما سنبين ذلك فيما بعد عند ما نتكلم على الامتياز المقرر للبائع

(١) جرائم، ولان ١٨٣ ن ٦٤٦ ustensiles d'agriculture (٢)

(٣) possession (٤) ٣١ يناير ١٨٩٤ ، ٦٠٩٤ ، فيما يتعلق بتصايح آلات الرى

(٥) س ، ٢٩ ، ١ ، ٣١٦ ، وهو حكم قديم جداً (٦) جرائم، ولان ص ١٨٣ ن ٦٤٨

٣ - في الامتياز المقرر للمؤجر للعقار

٢٢٧ - في المسوغ القانوني لهزا الامتياز : تقول المادة ٦٠١ فقرة ٦ بأنه من الديون الممتازة ما يأتي « أجرة العقار ^(١) وأجرة الاطيان ^(٢) وكل ما هو مستحق للمؤجر من هذا القبيل ^(٣) وتذنع بعد ما ذكره من ثمن جميع المنزوشات ونحوها ^(٤) الموجودة بالمحلات المستأجرة ومن ثمن محمولات السنة التي لم تنزل مملوكة للمستأجر ولو كانت موضوعة بخارج الاراضي المستأجرة » والمسوغ لهذا الامتياز تسهيل التعامل بين الناس في التأجير حتى لا يضطر المؤجر الى طلب ايجار مقدما من المستأجر . وعلى هذا الاعتبار يعتبر الامتياز هذا أداة ظاهرة الاثر في ترويج استغلال العقارات بالمجالات الاقتصادية ^(٥)

٢٢٨ - الامتياز من الوجهة التاريخية ^(٦) : كان للمؤجر المنزل عند الرومان حق رهن ضمنى ^(٧) مقرر على منقولات المستأجر الموجودة بالمحل المؤجر . ولم يكن لمؤجر الارض الزراعية من الرهن سوى رهن ضمنى على ثمرات العقار . ولكن هذا الرهن لم يكن مقصوراً كما هو مقرر في الازمان الحاضرة على ثمرات السنة بل كان يتمشى على ثمرات السنين السابقة

وتقررت هذه الاحكام الرومانية بالقانون الفرنسى القديم وأخذت بها الجهات ذات القانون المكتوب ^(٨) وذات العادات المألوفة ^(٩) الا أنه مع الزمن قد استحال هذا الرهن الى امتياز . ثم تقرر بأنه في حالة تأجير

(١) loyers (٢) fermages (٣) dû au bailleur à ce titre (٤) le mobilier (٥) وربما كان الاصل في هذا الامتياز أنه لما كانت طبقة الملاك للاراضي وللبنية هي أقوى طبقات الامة عملت في كل زمن على أن تقررها لها ضمانات خاصة قبل المستأجرين منهم . ولذا شاع هذا الامتياز في جميع الشرائع : كتابتان ص ٨٠٠
(٦) كتابان ص ٨٠٠ (٧) hypothèque tacite (٨) droit écrit (٩) pays contumiers

أرض زراعية لا ينصب الامتياز على المحصولات فقط كما كان مقرراً عند الرومان بل ينصب أيضاً على المنقولات والآلات الزراعية المعدة لاستغلال الارض الزراعية والموجودة بها

٢٢٩ — في محل هذا الامتياز : ينصب هذا الامتياز على ما يأتي: (١—)

المنقولات الموجودة بالمحلات المؤجرة — (٢) محصول السنة اذا كانت العين المؤجرة من الاراضي الزراعية

ويرجع الامتياز على منقولات المستأجر الى أن هذه المنقولات تعتبر بمثابة رهن ضمنى^(١) ويرجع الامتياز على المحصولات الى العدالة^(٢) ذلك لانه من العدل أن المؤجر ، وقد كان هو السبب في وجود الثمرات بمال المدين ، يتقاضى دينه من ثمن هذه الثمرات قبل الدائنين الآخرين للمستأجر^(٣)

٢٣٠ — في المؤجر الممتاز : يتمتع بامتياز المؤجر كل مؤجر لعقار ، سواء كان

المؤجر مالكا للعقار أو مالكا لحق المنفعة أو مستأجراً أصلياً^(٤)

وليس لمؤجر المنقولات امتياز المؤجر . وعلى ذلك لا يتمتع بحق هذا الامتياز مؤجر الآلات التي تدور بقوة البخار أو الكهرباء بالنسبة للايجار المطلوب له^(٥) لان المستفاد من المادة ٦٠١ في جعلها الامتياز منصباً على المنقولات الموجودة بالعقار انما تشير الى العقارات المؤجرة لا الى المنقولات ، وهو ما نصت عليه المادة ٢١٠٢ فرنسي فقرة أولى اذا قررت بأن حق الامتياز يتمتع به مؤجر العقار . هذا وللمؤجر للمنقولات حق طلب تثبيت ملكيته لها فقط

٢٣١ — فيما ينصب عليه امتياز المؤجر : ينصب هذا الامتياز على المنقولات

(١) gage tacite (٢) équité (٣) preneur

(٤) locataire principal . — ٣١ يناير ١٩٤٦ ، ١٩٩٦ ، وليس من اللازم أن يكون

العقار مبنياً . — د ، ١٩٤٦ ، ١٢٩ . — د ، ١٧٠٣ ، ١٩٥٠ . — كتابتان ص ٨٠١

(٥) د ، ١٩٩٦ ، ٣٢٠

الموجودة بالحمل المؤجر . والاصل في ذلك أن المنقولات تعتبر بمثابة رهن ضمنى (١) اذ يفرض أن المؤجر لم يؤجر الا لما رأى أن هناك منقولات ستوجد بالحمل المؤجر . ولكن يلاحظ هنا على هذا الرهن أنه رهن ضمنى (٢) وأنه لم يحصل فيه نقل حيازة من المستأجر الى المؤجر . ومع ذلك فإن المؤجر يعتبر من الوجبة القانونية واضعاً يده على المنقولات ما دام أنه يعتبر واضع اليد (٣) بالنسبة للعقار المؤجر الموجودة بهذه المنقولات وبناء على هذه الفكرة القائلة بالرهن، يزول حق الامتياز عن المؤجر بالنسبة للايجارات المتأخرة (٤) اذا بيع العقار المؤجر وتسلم العقار الى المشتري ، لأنه من وقت البيع وحصول التسليم تعتبر أن يده زالت عن الرهن (٥) . وكذلك الحال أيضاً والسبب نفسه بالنسبة للمستأجر الأصلي اذا تنازل عن أجزائه (٦) للمتنازل اليه (٧)

ويقول الشارع بالمادة ٦٠١ فقرة ٦ بأن هذا الامتياز ينصب على ثمن « المفروشات ونحوها الموجودة بالمحلات المستأجرة (٨) » أما بوتييه فإنه يقول بعبارة الفرنسية (٩) بما هو أوسع في معناها عن العبارة التي يقول بها الشارع المصرى والفرنسى ، لأنها تتناول جميع الاشياء الموجودة بالمسكان المؤجر ما خفي منها وما ظهير كالحلى وما شابه ذلك (١٠) وتنصرف العبارة المصرية والفرنسية الى المنقولات المادية الموضوعية بطريقة دائمة أو وقتية بالمحلات المؤجرة ويكون الغرض منها اما تزيين المحل المؤجر أو لاستغلاله أو كانت هذه المنقولات لازمة لحرقة المستأجر (١١) وعلى ذلك يتمشى هذا الامتياز على

(١) ٣١ يناير ١٩٣٦ ، ٦ ، ١٩٩ possesseur (٣) gage tacite (٢)

(٤) loyers arriérés (٥) د ، ٩٥ ، ٢ ، ١٩١٠ — دى لوان ج ١ ن ٣٥٨

(٦) cession de bail (٧) cessionnaire . جرائم ولان ص ١٨٦ ن ٦٥٧

(٨) mobilier garnissant ولاحظ ان الترجمة العربية للعبارة الفرنسية غير صحيحة .

اذ تقول « المفروشات ونحوها الموجودة بالمحلات المستأجرة » وصحتها « المنقولات المهمة للمحلات

المستأجرة » لان كلمة garnissant تفيد التهيئة لا مجرد الوجود

(٩) mobilier étant dans (١٠) كابتان ص ٨٠٢

(١١) انظر ٢٠ ديسمبر ١٩٣٦ ، ٦ ، ٦٣ — ويظهر ان المادة المصرية والفرنسية تؤدي

معنى ما كان يريد تقريره بوتييه لان الاعمال التحضيرية للمادة الفرنسية لا تدل على ان الشارع

الفرنسى أراد مخالفة القاعدة القديمة السابقة على وضع القانون الفرنسى : كابتان ص ٨٠٢

ما يأتي: (١ — منقولات المستأجر^(١) حتى ما كان منها مجرد الزينة^(٢) كالصور والمجموعات الاثرية والادوات من الفضة — ٢) الاقشة والملابس^(٣) — ٣) الآلات القابلة وغير القابلة للحجز^(٤) (راجع المادة ٤٥٥/٥١٨ مرافعات اذ أباحت الحجز في حالتى الأيجار والفققة على ما لا يجوز الحجز عليه في غيرهما) سواء كانت آلات للزراعة أو للصناعة — ٤) الكتب والعربات والسيارات والأشياء المصنوعة من الفضة والحلى (وفي الحلى خلاف)^(٥) . — ٥) البضائع الموجودة بالحل التجارى وينصب امتياز المؤجر على بضائع المستأجر المعدة للتجارة (راجع المادة ٣٨١ مدنى والمادة ٢٣٣ تجارى) وهذا ما يقضى به القضاء المصرى الآن^(٦) بعد أن حكم بعكسه^(٧)

ولا يتمشى هذا الامتياز على النقود^(٨) الموجودة بالحل المؤجر^(٩) ولا على سندات الديون^(١٠) والاوراق المالية^(١١) الموجودة بالحل المؤجر . والسبب فى ذلك هو لان النقود^(١٢) انما هى فى الحقيقة اداة يستعان بها فى ترويج تداول الاشياء والمبادلة عليها ، وهى معدة دائماً لان تخرج من يد صاحبها^(١٣) . ولم يكن ليدور بخلد المتعاقدين المؤجر والمستأجر أن تدخل هذه النقود ضمن الرهن الضمنى المقرر للمؤجر . وهذا ومن جهة أخرى فان سند الديون والاوراق المالية لم تخرج هى الاخرى عن كونها مجرد اثبات لحقوق مقررة من قبل . ولا يمكن أن يقال بان لهذه الديون أو الحقوق ، وهى كما نعلم حقوق معنوية ، فراغا تشغله فى العقار المؤجر . أى أنها لا تعتبر من المنقولات

- (١) meubles meublants du preneur (٢) meubles de luxe
 (٣) linge et vêtements (٤) outils et instruments saisissables et non saisissables (٥) بلايول ج ٢ ن ٢٦٤٩ . — ابرى وروج ٣ ن ٢٦١ .
 — دى هلس ج ٤ ص ٥٣٥ ن ١١٨ (٦) ٢٠ مارس ١٩٠٢ ، ٢ ، ٦٢ (٧) ٤ ابريل ١٨٩١ ، ٩٤ ، والتعليق على الحكم . — ٧ ابريل ١٨١٠ م ر م ، ٦ ، ١٤٥ (٨) argent comptant
 (٩) ٢١ ديسمبر ١٨٧٠ م ر م ، ١٣ ، ٣٥ . — بوربلى بك تعليقا على المادة ٧٢٧ مدنى مختلط ن ٦ ، الا اذا ثبت ان النقود هى ما قبضه المستأجر ثمنا الاشياء الضامنة للايجار: حكم ٢١ ديسمبر ١٨٧٠ المذكور (١٠) titres de créance (١١) les valeurs
 (١٢) numéraire (١٣) كابتان ص ٨٠٢

المهينة للعقار والضامنة للإيجار^(١) اذ لم تخرج عن كونها مجرد ديون^(٢) وما كانت الديون يوماً محملة بامتياز المؤجر كما حققه أيضاً بوتيه^(٣) وبناء على ذلك وعلى ما قرره كثير من الشارحين لا يتمشى هذا الامتياز على الخلى والاحجار النفيسة التي يستخدمها المستأجر لنفسه خاصة . وذلك لانه لا توجد صلة مباشرة بين هذه الاشياء والعقار المؤجر . اذ لا تعتبر من المنقولات المهينة للعقار^(٤) والضامنة للإيجار . على أن المسئلة لا زالت خلافية^(٥)

وينصب الامتياز ليس فقط على المنقولات الموجودة بالعقار والمملوكة للمستأجر بل على المنقولات الموجودة بالعقار سواء كان الغير قد أجرها للمستأجر للعقار أو أقرضها له أو أعارها له^(٦) وذلك لانه ما دام أن للمؤجر حق رهن على المنقولات فله أن يستفيد من القاعدة المعروفة في أن الحيازة للمنقول سند تملكه المقررة بالمادة ٦٠٨ / ٧٣٤ مدتي و ٢٢٧٩ فرنسى . ولا يزول امتياز المؤجر في هذه الحالة الا اذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً وكان المسترد له هو المالك في مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات (المادة ٨٦ / ١١٥ مدنى)^(٧) . أما الغير وهو صاحب هذه المنقولات فلا يلومن الا نفسه لانه في تركه للمنقولات بمحل المؤجر قد يكون رضى لان تكون تأميناً للمؤجر على إيجاره . أو أنه في سكوته عن الافصاح عن رغبته هذه قد جعل المؤجر يعتقد بحق في صحة ذلك . وهذا هو ما علله به « بوتيه »

على أنه اذا أخذنا بقاعدة «حيازة المنقول سند تملكه» فانه لا بد لنا من مراعاة ما يأتى : (١) يجب أن يكون المؤجر حسن النية عند وجود الاشياء بالعقار . أى

- (١) جرائمولان ص ١٨٦ — ١٨٧ ن ٦٦٠ créances (٢)
 (٣) كابتان ص ٨٠٢ — ٨٠٣ meubles garissant (٤)
 (٥) جرائمولان النبتة السابقة (٦) ٦ ديسمبر ١٩٠٠ ، ١٣ ، ٣١ . — أنظر
 عكس ذلك ٧ ابريل ٨١ ، م ، م ، ٦ ، ١٤٥ . — بوربلي بك على المادة ٧٢٧ ن ٣ . —
 مصر في ١٣ نوفمبر ٩٤ مجلة القضا سنة ٩٥ ص ٢٣ (٧) كابتان ص ٨٠٤

يجب أن يكون قد جعل أن الاشياء المذكورة هي ملك الغير^(١) وعلى ذلك يجوز للغير أن يخبر المؤجر بملكته لهذه الاشياء . ويجب أن يكون ذلك قبل وضع هذه الاشياء بالمكان المؤجر . لان حسن النية لا يؤخذ به الا عند البدء في وضع اليد . مع ملاحظة أن المؤجر يعتبر من المفروض فيه أنه حسن النية ، الا اذا قام الدليل العكسي^(٢) على أنه يجب في بعض الظروف اعتبار المؤجر علماً بأن الاشياء الموجودة داخل المحل المؤجر لا يمكن أن تكون ضمن الاشياء المعدة لتحمل حق الرهن^(٣) كما اذا أجر المالك محله ليكون معداً لا يداع السيارات وكما اذا أجر المؤجر عقاره ليكون فندقاً ينزل به المتنقلون ومعهم ما يخف حمله من الاشياء الضرورية للإقامة الطويلة أو القصيرة . اذ لا يستطيع المؤجر الادعاء في هذه الحالة بأن له رهناً على هذه الاشياء المملوكة للنازلين بالفندق . وكذلك فيما اذا أجر المالك العقار لبائع ساعات . فان حقه في الرهن لا يتمشى على الساعات التي تكون موجودة تحت يد البائع بقصد تصليحها وردها الى أصحابها

وما القول بشأن منقولات الزوجة اذا كان الزوج هو المستأجر؟ فهل يسرى عليها حق الامتياز أم لا؟ تقول بغيره لأن في رضا الزوجة باحضار امتعتها بمنزل الزوجية كما هي العادة رضا منها بنقير حق الرهن للمؤجر على الامتعة

٢٣٢ - امتياز المؤجر ومنقولات المستأجر من الباطن : رأى القضاء

المختلط بعد تردد في أحكامه بشأن هذا الامتياز على منقولات المستأجر من الباطن^(٤) أن يقول بضرورة التفرقة الآتية ، وهي تفرقة تتفق مع ما ذكرناه الآن

ذلك أنه اما أن يكون عقد الايجار الاصلى يجوز للمستأجر الاصلى التأجير من

(١) ٦ ديسمبر ١٩٠٠ ، ١٣ ، ٣١ . — انظر المادة ١٧٥٨ من القانون المدني الايطالي .
 أي جعل انها امانة لدى المستأجر أو اقتراضها من مالكها . وكذلك الحال فيما اذا كان المنقول قد بيع من مالكه الى المستأجر ولم يدفع هذا الاخير الثمن وكان المؤجر يعلم بذلك : كاتبان من ٨٠٤
 (٢) الموسكى في ٢٨ يناير ١٩٠٣ م ر ا سنة ٩٠٣ رقم ٩٤ (٣) فارق ٦ ديسمبر ١٩٠٠
 (٤) ٣١ ، ١٣ (٤) انظر ٧ ابريل ٨١ ، م ر م ، ٦ ، ١٤٥ . — بورلي بك تليفا على المادة ٧٢٧ ن ٣ . — انظر كاتبان من ٨٠٢ والمادة ٨١٩ مرافعات فرنسي

الباطن واما لا . فاذا أجاز له التأجير من الباطن ، سواء جاءت الاجارة من جانب القانون أو باتفاق الطرفين ، فلا يكون للمؤجر الأصلي من حق الامتياز على منقولات المستأجر من الباطن الا بقدر ماهو ملتزم به هذا المستأجر لدى المستأجر الاصلى . لانه من اللازم على المؤجر المالك أن يعرف أولاً أنه من المحتمل أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر من الباطن ^(١) وعلى ذلك فلا يعتبر حسن النية . ومما يؤيد ذلك أن المادة ٦٧٠ و ٦٧١ / ٦٦١ مرافعات قررت « يجوز أيضاً للمالك أن يحجز بالالوجه عينها المنقولات والاثمار والمحصولات المملوكة للمستأجر من المستأجر الاصلى للبيوت أو الاطيان . وانما للمستأجر الثانى المذكور أن يستحصل على رفع الحجز باثبات توفية الاجرة المستحقة للمستأجر الاصلى اذا كان مأذوناً بالتأجير لغيره » (قارن المادة ٨٢٠ مرافعات فرنسى) وعلى ذلك ليس للمؤجر الاصلى امتياز ما على منقولات المستأجر من الباطن اذا برئت ذمة هذا الأخير . من قيمة الأيجار المطلوب منه للمؤجر له . والمفروض هنا حتماً أن المستأجر الاصلى لم يدفع قيمة الأيجار المطلوب منه للمؤجر المالك . كل هذا اذا كان عقد الأيجار الاصلى يبيح بالتساون أو بالاتفاق التأجير من الباطن

وأما اذا كان العقد الاصلى لا يبيح التأجير من الباطن بأن تقرره به شرط حظر التأجير من الباطن فلا يحتج بعقد التأجير من الباطن على المالك . وعلى ذلك ينصب حق الامتياز المقرر له بصفته مؤجراً على منقولات المستأجر الاصلى ومنقولات المستأجر من باطن هذا الأخير ^(٢) . ولكن يزول حق الامتياز اذا كان المالك المؤجر يعلم وقت ادخال الاشياء بالحل المؤجر أنها ليست مملوكة للمستأجر منه مباشرة بل هى مملوكة للغير ^(٣)

(١) sous-preneur (٢) ٦ يونيو ١٨٩٠ ، ١ ، ١٦٨ والتعليق الهام على هذا الحكم — ١٣ فبراير ١٩٠٠ ، ٢ ، ٢٣١ . — حكم جزئى ١١ يونيو ١٩٠٤ م ر م سنة ١٩٠٥ رقم ٧٩ (٣) تعليقات بوريل بك على المادة ٧٢٧ ن ٧

٢٣٣ — هل للمؤجر امتياز على منقولات المستأجر المفروضة؟

يقع في المدن الكبرى أن يستأجر المستأجر دوراً في عمارة ثم يعد غرف الدور الى تأجيرها للغير بعد أن يضع بكل غرفة ما يلزم لحاجة المستأجر لها . فإذا جاء هذا المستأجر بمنقولات له من عنده بالغرفة ووضعها بها عرضاً فهل يجوز تقرير امتياز للمؤجر على هذه المنقولات ؟ أجاب القضاء الفرنسي بالسلب . وحجته أن الامتياز مسألة استثنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها . ولان المادة ٢١٠٢ المتقابلة للمادة ٦٠١ مصرى لم تشر الى هذه الحالة . ولان المؤجر للغرفة المفروضة لا يعنى وقت التأجير بما يحضره معه المستأجر من المنقولات (١)

٢٣٤ — امتياز المؤجر وقيمة التأمين المقررة على منقولات المستأجر :

إذا أمن المستأجر على منقولاته وتلفت في حريق تحول حق امتياز المؤجر على قيمة التأمين المقررة للمستأجر . وهذا هو ما قضى به القضاء المصرى . وحجته أنه أخذ هنا بطريق القياس بالمادة ٥٦٧ / ٦٩١ مدنى الخاصة بالتأمين في حالة الرهن الرسمى غير الحيازى (٢) وبالعدالة (٣)

امتياز المؤجر و محصول سنة واحدة : تقرر المادة ٦٠١ فقرة ٦ بأنه في حالة

تأجير العقار الزراعى يتقرر للمؤجر امتياز ينصب على « ثمن محصولات السنة التى لم

(١) د ٣٠، ٥، ٩١٠، ٣٠، س ١٨٩، ٢، ٩١٠، ٢٠ — كابتان ص ٨٠٢

(٢) hypothèque (٣) ٣ مارس ٨٦ م م ١١، ٦٣ — دى هلس

ن ١١٣ — بورلي بك النينة ٤ تعليقا على المادة ٧٢٧ . وهذا هو نفس ما نص به أيضاً

القانون البلجيكى الصادر فى سنة ١٨٥١ والقانون الفرنسى الصادر فى ١٩ فبراير ١٨٨٩ بالمادة

٢ — وانظر فى ذلك تقرير مونورى Maunoury بمجلة دالوز سنة ١٨٩٣ القسم ٢ ص

٤٥ — وهذا المعنى أيضاً : د ٢، ٩٢، ٣٩٣ — وانظر عكس ذلك د ٩٢، ٢،

٩٢ — أنظر أيضاً فى ذلك كله دى لوان ج ١ ن ٣٨٨ — جرانمولان ص ١٨٨ — ١٨٩

ن ٦٦٤ — واذا قررت الحكومة اعدام الحيوانات لامراض اصابها أو اتلاف المزروعات

لهاهات حيوية بها ودفعت تمويضا لاصحابها فلا يتشئ الامتياز على التعويض : كابتان ص ٨٠٥

ترز مملوكة للمستأجر^(١) ولو كانت موضوعة بخارج الاراضى المستأجرة « وفي هذه الحالة يرى أن حق الامتياز لم يرجع فيه هنا الى فكرة الرهن الضمنى بل الى فكرة أن المؤجر هو الذى تسبب فى ايجاد هذه المحصولات فى مال المستأجر مدينه وذلك بتسليمه العقار الذى نتجت به المحصولات^(٢). ومن العدل فى هذه الحالة أن يتقرر للمؤجر حق الاولوية على ثمن هذه المحصولات. وبناء على ذلك وعلى هذا المسوغ ينصب الامتياز على محصول السنة سواء كان المحصول لا زال بالارض لم يحصد بعد أو حصد وفصل عنها، وسواء وجد المحصول بالعقار المؤجر، وفى هذه الحالة يرجع فى الامتياز الى فكرة الرهن الضمنى، أو سواء كان المحصول وجد خارج العقار المؤجر بأن وجد مثلاً بمحلات يملكها المستأجر أو يملكها الغير. ويجب أن يراعى فى هذه الحالة الاخيرة حق الامتياز المقرر لصاحب هذا العقار الموجود به المحصول

واشترط القانون فى بقاء حق الامتياز منصباً على محصول السنة أن يكون المحصول لا زال مملوكاً للمستأجر. وهو يريد بذلك القول أنه فى حالة ما اذا تصرف المستأجر فى المحصول فانه لا يجوز للمؤجر استرداده من يد المشتري الذى اشتراه واستلمه وكان فى ذلك حسن النية^(٣). وسنعود الى هذه المسئلة عند ما نتكلم على حق التبضع

هذا عن محصول السنة. وأما عن محصول السنة أو السنين السابقة على السنة الممتازة فلا يكون للمؤجر حق الامتياز عليه الا اذا وجد المحصول بالارض^(٤)

٢٣٥ — فى الديون المضمونة بحق الامتياز المقرر للمؤجر : تقول المادة ٦٠١ فقرة ٦ المذكورة أن هذا الامتياز مقرر ضمناً « لاجرة العقار وأجرة الاطيان وكل ما هو مستحق للمؤجر من هذا القبيل » أى ضامن لجميع الالتزامات التى تنشأ

(١) fermier (٢) كاتان ص ٨٠٤

(٣) ٣١ يناير ١٩٠٦، ١٩٠٦، ١٩٠٦ (٤) كاتان ص ٨٠٣

عن عقد الايجار وعلى الاخص قيمة الايجار بنوعيه أى ايجار عقار البناء والعقار الزراعى والتعويض نظير التلف الحاصل للعقار وعدم رد العقار وفسخ عقد الايجار والارهاق فى استغلال العقار (١). ولا يضمن الامتياز على عكس ما تقدم الالتزامات التى لم تنشأ عن عقد الايجار كالمبالغ التى يقترضها المؤجر للمستأجر (٢) على أن كثيراً من الشارحين يرى أن يشمل هذا الامتياز المبالغ التى قدمها المؤجر للمستأجر أثناء الايجار ليستعين بها فى استغلال الارض كسواء العقار وشراء الادوات والبهائم اللازمة للزراعة. أو لاستغلال محل تجارى (٣)

٢٣٦ - فى عدد السنين المضمونة بامتياز المؤجر : يضمن الامتياز جميع الاقساط المستحقة والتى لم تسقط بالتقادم (٤) وجميع الاقساط التى لم تستحق بعد سواء كان عقد الايجار ثابتاً أو غير ثابت التاريخ لان الشارع المصرى لم يفرق بين الحالتين

ولكن اذا وقع المستأجر فى حالة اعسار (٥) فهل تصبح الاقساط التى تستحق فيما بعد واجبة الوفاء حالاً بحيث يجب درج المؤجر فى قائمة التوزيع مع حق الامتياز المقرر له واعتباره دائماً ممتازاً بجميع الاقساط الباقية عن مدة لم تمض بعد؟ يظهر أنه ما دام الاعسار سبباً من أسباب سقوط الأجل وحلول الوفاء (المادة ١٠٢/ ١٠٦ مدنى ومن طريق التدليل العكسى للمادة ٢٢٢/ ٢٣٠ تجارى فى حالة الافلاس) فإنه يجب القول بالايجاب، وعلى الاخص اذا راعينا أن الشارع لم ينص عن رأى مخالف لهذا الرأى (٦). ولكن يجوز مع ذلك ومن طريق آخر الاستناد الى المادة ٢٢٢ تجارى

(١) دى هلس ج ٥٣٤ ن ١١٤ (٢) جرانولان ص ١٩٠ ن ٦٦٩

(٣) دى لوى ج ١ ن ٣٩٤ وما بعدها. — د ٩٢، ٢، ٣٧٧. — د ٨٢٠،

٧٩، ١. — س ٨٠٠، ١، ٢٤٩. — كابتان ص ٨٠٧ (٤) ١٦ مايو ٩٣،

٢٩٨، ٧ déconfiture (٥) على انه قد يلاحظ بحق بان فى تقرير

الامتياز عن ايجارات متأخرة ومتراكمة ارهاقا بالمدين المستأجر والاضرار به من طريق تعطيل انتفاعه بمزية الثقة التجارية فيما اذا كان تاجراً. اذ يترد دائنوه فى التعامل معه اذا ما علموا ان

المتقدمة والخاصة بحالة الأفلاس ، والقول بأن دين الايجار عن مدة مستقبلية لم تحل بعد لا يعتبر ديناً موقوفاً على أجل بل هو دين معلق على شرط وهو شرط الانتفاع بالعقار ، وانه بناء على ذلك لا يؤثر فيه اعسار المدين ولا يجعله حال الوفاء بدون الانتفاع بالعقار . وهذا الرأي الاخير وان كان قد رفض القضاء الفرنسي الاخذ به ^(١) الا أنه رأى لا زال محالاً للخلاف . لانه وان كان الدين على ما يظهر ديناً معلقاً على أجل ، فانه قد لا يجوز الاخذ هنا بالقياس بالمادة ٢٢٢ تجارى وهي مادة موضوعة على سبيل الاستثناء ^(٢)

واذا كان من الجائز حينئذ قيد المؤجر بقائمة التوزيع باعتباره دائناً ممتازاً بالاقساط التي لم يحن الاجل بالوفاء بها بعد ، فانه يصح القول هنا بأنه يجوز وقتئذ للدائنين الآخرين الحق في تأجير العقار للغير عن مدد الاقساط المذكورة التي قبض المؤجر قيمتها مقدماً . نعم وان كان الشارع المصرى لم ينقل نص المادة ٢١٠٢ مدنى فرنسى التي أجازت ذلك للدائنين الا أنه يجب الاخذ بها على كل حال ، والا اعتبر المؤجر وقد قبض الايجار مقدماً أنه أثرى بلا سبب فيما اذا احتفظ أيضاً بالعقار . اذ لا يجوز له الجمع بين قبض الايجار مقدماً واستبقاء العقار تحت يده دون تمكين من له مصلحة في استغلاله من الانتفاع به ^(٣) . وما دام أن للدائنين الحق في تأجير العقار للغير عن المدة التي لم تحل بعد فانهم ملزمون حينئذ بدفع قيمة الاقساط التي لم تستحق بعد الى المالك ، أى ايجار العقار عن المدة التي لم تحل بعد ، والتي يؤجر فيها الدائنون العقار للغير (المادة ٢١٠٢ مدنى فرنسى) ^(٤)

البضائع الموجودة بحله ربما تصبغ في المستقبل وفقاً على تحقيق امتياز المؤجر : كابتان ص ٨٠٨ — قارن دى هلس ص ١١٦

(١) د ، ١٠٧٠ ، ٢٦١ (٢) جراتمولان ص ١٩٠ ن ٦٧١

(٣) جراتمولان ص ١٩٠ — ١٩١ ن ٦٧٢

(٤) دى لوان ج ١ ن ٤٣٨ و ٣٥ — ابرى وروف ١٦١ ن ٣٠ . وهناك نسخة تقدم موجهة ضد الامتياز المقرر للمؤجر اذ يرى الناقدون أن في هذا الامتياز ارهاقاً بالمدين واضراراً بجماعة الدائنين الآخرين غير الممتازين . وبمقتراحون جعل المؤجر مديناً عادياً : بودان Beudan في التأمينات

٢٣٧ - في وسائل صيانة امتياز المؤجر : للمؤجر الاستعانة بالحجز على منقولات المستأجر وهو الحجز المسمى بالحجز الرهنى (١) حتى يحول به دون نقل منقولات المستأجر الى محل آخر ، باعتبار أن هذه المنقولات بمثابة رهن ضمانا للايجار المطلوب له . وله أيضاً في حالة خروج المنقولات من عقاره الاستعانة بالحجز

الشخصية والهيئية ج ١ ص ٣٧٥ - راجع في ذلك كابنان ص ٨١٣

وما دام أن للمؤجر حق الامتياز بقدر ما استحق من الايجار وما لم يستحق بعد ، فانه من المحتمل أن يبلغ دينه مبلغاً عظيماً يستغرق قيمة منقولات المدين بما لا يتبقى معه شيء يذكر لبقية الدائنين

هذا هو شأن القانون المصرى . أما القانون الفرنسى فانه عاج هذا الاحتمال في الاحوال الآتية أولاً - حالة ما اذا كان عقد الايجار غير ثابت التاريخ . في هذه الحالة قرر القانون الفرنسى (المادة ٢١٠٢ فقرة أولى) خشية التبدليس على الدائنين الاخرين أن لا يضمن امتياز المؤجر سوى السنة الجارية ، وهى السنة التى حصل فيها الافلاس أو الاعسار ، والسنة التالية لها ابتداء من انتهائها . ويجب أن يكون تاريخ عقد الايجار ثانياً قبل توقيع الحجز على منقولات المستأجر ثانياً - حالة افلاس المستأجر . في هذه الحالة قرر القانون التجارى الفرنسى (المواد ٤٦٠ و ٥٥٠ المعاملة سنة ١٨٧٢) بأن لا يضمن امتياز المؤجر أكثر من أربع سنوات ، حتى ولو كان عقد الايجار ثابت التاريخ . والاربع السنوات هذه هى : سنتان حلتا والسنة الجارية والسنة التالية لهذه الاخيرة . وهذا وليس للمؤجر طلب الايجار عن المدة التى لم تحل طالما أن المقدم لم يفسخ résilié وطالما يوجد بالمقار المؤجر منقولات ضامنة للايجار

ثالثاً - حالة تأجير أراضى زراعية . رأى الشارع الفرنسى أيضاً كما رأى في الحالة السابقة ضرورة العمل على ترويج الاستغلال الزراعى الاراضى الزراعية فقرر سنة ١٨٨٩ بقانون ٢ فبراير أن يضمن امتياز المؤجر ايجار أربع سنوات حتى ولو كان لعقد الايجار تاريخ ثابت (جرانولان ص ١٩١ - ١٩٢ ن ٦٧٤ - ٦٧٦)

أما القانون المصرى فانه لم ينقل هذه النصوص الفرنسية اتماماً عاج الامر في بعض مناحيه بالقانون التجارى بالمادة ٢٢٢ / ٢٣٠ . ذلك انه قرر بأن ليس من شأن الافلاس أن يترتب عليه الاستحقاق في الحال للايجار عن المدة الباقية من الايجار والتي لم تجل بعد ، وذلك على شرط أن يكون هناك حق مقرر لجماعة الدائنين بالتأجير من الباطن أو بالتنازل عن الايجار للغير ، سواء كان هذا الحق ثابتاً لعقد الايجار أو رضى به المؤجر فيما بعد ، وفي هذه الحالة يستمر عقد الايجار كما كان من قبيل ويستفيد منه دائنو المفايس وهو على تلك الحال . وأما اذا لم يكن للمفلس حق التأجير من الباطن والتنازل عن الايجار للغير فان المحكمة تفسخ العقد في الحال وتمين الوقت الذى تعتبر المقدم فيه مفسوخاً وتقدر في آن واحد مبلغ التعويض الذى يستحقه المؤجر . وتضمن المنقولات الموجودة بالمحل قيمة الايجار المطلوب والتعويض الذى قررته المحكمة (وارجع المادة ٢٢٢ تجارى)

الاستردادى^(١) لرد المنقولات الى المحل المؤجر كما كانت . والحجز الرهنى لا يصح الا من أجل ايجار استحق . وقد يفشل المؤجر فى توقيعه كما يفشل أيضاً فى توقيع الحجز الاستردادى اذا عمل المستأجر على اخفاء منقولاته وتبديدها . لذا اعتاد جماعة المؤجرين ضمناً لحقوقهم أن يشترطوا دفع أقساط الايجار مقدماً قبل حلول آجالها

ونرى الآن ايجاز القول فى كل حجز على حدة :

٢٣٨ — الحجز الرهنى :^(٢) للمؤجرين سواء كانوا مالكيين أو مستأجرين أصليين وعند حلول آجال الوفاء بالايجار^(٣) « أن يحجزوا المفروشات ونحوها^(٤) الموجودة بالحال المستأجرة والاثمار^(٥) والمحصولات^(٦) حجزاً تحفظياً^(٧) للتأمين على أداء الأجر المستحقة لهم ولو لم يكن بأيديهم سندات واجبة التنفيذ^(٨) . (المادة ٦٦٨ / ٧٦٠ مرافعات و ٨١٩ فرنسى) . والغرض من هذا الحجز أن يحول المؤجر الحاجز دون محاولة المستأجر المحجوز عليه نحو سعيه فى تهريب المنقولات اضراراً بدائنه ، وهى تلك المنقولات التى تعتبر رهناً حيازياً^(٩) ضمناً لدينه (وكانت تطلق على هذا التهريب العبارة الفرنسية المعروفة^(١٠)) ويستفيد المؤجر على الأخص من هذا الحجز اذا كان الايجار شفويًا أو كان عقداً عرفياً لانه فى هاتين الحالتين لا يستطيع اجراء حجز تنفيذى^(١١) اذ يجب عليه أولاً رفع دعوى للحصول على حكم بقيمة الايجار . وبالحجز الرهنى هذا يتمكن المؤجر حينئذ من منع مدينه من محاولة تبديد الأشياء أثناء نظر الدعوى وهى الاشياء المحملة بحق الامتياز المقرر للمؤجر ويجب فى توقيع هذا الحجز أن يكون قد حل الايجار . ويجب أخذ أمر به من

(١) saisie-revendication (٢) saisie-gagerie (٣) كاتبان ص ٨٠٥
 (٤) meubles (٥) fruits (٦) moissons
 (٧) saisir conservatoirement (٨) titre exécutoire
 (٩) gage (١٠) les démanagements à la cloche de bois
 (١١) saisie-exécution

قاض الأمور الوقتية بناء على عريضة يقدمها له المؤجر (٦٦٨/٧٦٠ مرافعات . —
أنظر أيضاً مرسوم ٧ سبتمبر سنة ١٨٨٤ الخاص بالحجز الإداري للاراضي الزراعية
اذ يؤخذ الأمر بتوقيع الحجز من مدير الجهة) . ويجوز اصدار الأمر بتوقيع الحجز
حالاً أو بعد التنبيه على المدين بالدفع وانذاره بالحجز بمدة أربعة وعشرين ساعة
(المادة ٦٦٩ مرافعات)

٢٣٩ — في الحجز الاستردادي : (١) . تقرر المادة ٦٧٢ / ٧٦٢ مرافعات
و ٢١٠٢ فقرة ٥ مدني فرنسي ما يأتي : « يجوز لكل من المالك والمستأجر الاصلى
أن يضع الحجز التحفظي (٢) على المنقولات والايمان التي صار تملكها من المحلات
المؤجرة بدون رضاه بشرط أن يضع الحجز في ظرف ثلاثين يوماً من تملكها » ومن
هذه المادة نرى أن هذا الامتياز المقرر للمؤجر يستفيد بخلاف الامتيازات الأخرى
فوق استفادته بحق الاولوية ، بحق التتبع الذي لم يخرج عن كونه نتيجة للرهن
الحيازي (٣) . ويسرى حق التتبع هذا على الحائزين للمنقولات بحسن نية أيضاً (٤)
والسبب في حق التتبع هو أنه يقع أن يكون المؤجر بعيداً عن محله المؤجر فيستحيل
عليه منع خروج المنقولات من العقار . فإذا لم يتقرر حق التتبع هذا لسهول على المستأجر
الحاق الضرر بالمؤجر ونزع أداة الضمان منه وهي المنقولات الضامنة للايجار . وعلى ذلك
يجوز للمؤجر استرداد المنقولات التي خرجت من العقار بدون رضاه منه . وهو في ذلك
لا يطلب تثبيت ملكيته للمنقولات كما توهم بذلك السكامة الفرنسية (٥) لانه ليس
مالكها ، انما يطلب رد المنقولات الى مكانها ، أو بعبارة أخرى يطلب تثبيت
ملكيته لحق الرهن (٦) ، حتى يتمكن عند حلول الوقت المناسب من الاستفادة من حق
الامتياز المقرر له

(١) saisie-revendication (٢) saisie conservatoire

(٣) كابتان س ٨٠٦ (٤) جرانولان ص ١٩٣ ن ٦٨٢ (٥) revendication

(٦) revendication de son droit de gage أى pignoris vindicatio

ويشترط في الحجز الاستردادي ما يأتي : (١) يجب أن تكون المنقولات قد خرجت بغير رضا المؤجر سواء كان الرضاء صريحاً أو ضمناً (المادة ٦٧٢ مرافعات المذكورة) . ومن الرضاء الضمني ما اذا كانت المنقولات الموجودة بالحل معدة للبيع ، اذ لا يجوز للمؤجر في هذه الحالة استردادها من يد الحائز لها بحسن نية . (٢) يجب أن يحصل الاسترداد في ظرف ٣٠ يوماً من وقت خروج المنقولات . ولوحظ في قصر المدة ضرورة حماية المعاملات بين الافراد في المنقولات . ويقل المؤجر هنا في ضماناته عن المالك للمنقول الذي ضاع أو سرق منه منقوله ، اذ له حق الاسترداد في ظرف ثلاث سنين (المادة ١٨٦ / ١١٥ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي) . (٣) يظهر مما أيده القضاء الفرنسي ^(١) أنه لا يجوز الاسترداد الا اذا كانت المنقولات الموجودة بالعقار غير كافية للوفاء بالايجار . والا اعتبر عمل المؤجر في الاصرار على الاسترداد عملاً تعسفياً لا يجاب اليه . وما دام أن هذا الشرط لم يرد به نص بالقانون فهو محل للخلاف

الحجز الاستردادي وقاعدة ميازة المنقول سند تملكه : يصح الحجز الاستردادي حتى ضد الحائز للمنقول بحسن نية . ولا يستطيع هذا الاخير التمسك ضد المؤجر المسترد بقاعدة «حيازة المنقول سند تملكه» . وفي هذه الحالة يمكن اعتبار المؤجر في حالة أحسن من المالك الذي خرج المنقول من حيازته . ويرجع هذا المبدأ الى العادات القديمة التي ألفها الناس من قبل ^(٢) . ويعلمها البعض بقولهم بأن خروج المنقولات الموجودة بالحل والضامنة للايجار يعتبر بمثابة سرقة للرهن ^(٣) . ولشكل من سرقة منه منقوله أو ضاع منه ، حق استرداده ، من الحائز له . انما تحددت مدة الاسترداد

(١) د ، ٩٣ ، ٢ ، ٢١٠ . — د ، ٩٥ ، ٢ ، ٤٩٧ . — حكم ٩ ديسمبر سنة ٩٢ —
وبهذا المعنى أبري ورف ١٦١ ن ٤ . — دي لوان ج ١ ن ٤٥١ . — وبمكس ذلك جلاسون
في المرافعات ن ١٥٥٠ (٢) tradition (٣) vol de gage

هنا بثلاثين يوماً بدلاً من ثلاث سنوات^(١) وإذا كان للمؤجر حق استرداد المنقولات من يد الحائز لها حتى ولو كان حسن النية ، فهل يجوز في هذه الحالة للمشتري للمنقول بحسن نية في سوق عام أو من تأجر اعتماد بيع الصنف نفسه أن يطالب المؤجر بدفع الثمن الذي دفعه للمستأجر أخذاً بطريق القياس بالمادة ١١٦/٨٧ مدني في حالة مطالبة المشتري للمالك الاصلى ؟ انه وان كان من المنطق ضرورة المساواة بين المشتري ازاء المالك الاصلى وبين المشتري ازاء المؤجر ما دام المشتري حسن النية في الحالتين ، أى ضرورة حماية المشتري ازاء المؤجر كما قرر القانون حمايته ازاء المالك ، الا أن القضاء الفرنسي كان يأبى دائماً الحكم بهذه المساواة، وأبى على المشتري حسن النية الحق في مطالبة المؤجر بالثمن^(٢) لذا عالج الشارع الفرنسي هذا النقص ووضع قانونه المؤرخ ١١ يوليو سنة ١٨٩٢ وقرر حماية المشتري حسن النية ازاء المؤجر والزمام هذا الاخير بدفع الثمن الذي دفعه المشتري اذا أراد المؤجر استرداد المنقول لتنفيذ حق الامتياز عليه ، وذلك حتى يطمئن الناس على معاملاتهم مع بعضهم البعض^(٣)

ويزول حق الاسترداد في حالتين : أولاً . فيما اذا كان المستأجر تاجراً يبيع بضائعه الموجودة بمحله . وذلك لان المؤجر يعلم من قبل بان البضائع معدة للبيع والخروج من المحل لأيدي المشتريين كما سبق أن قررنا ذلك . ثانياً . اذا وجد بالمحل المؤجر ما يفي بقيمة الايجار المتأخر . لان الحكمة المقصودة من الاسترداد ضمان الوفاء بالايجار . وما دام الوفاء مضموناً بما وجد بالمحل من المنقول فلا محل وقتئذ للاسترداد^(٤)

(١) جرانولان ص ١٩٥ ن ٦٨٨

(٢) د ، ٩٠ ، ١ ، ٣٩٢ . — س ، ٨٩ ، ١ ، ٤٢٤ . ويرى دي هلس أن حق الامتياز ينصب على الاشياء الضائعة أو المرسوقة التي وجدت تحت يد المستأجر ولكن يؤخذ بالامتياز اذا مضت مدة ثلاث سنوات أو ١٥ سنة ولم يقيم المالك الاصلى بطلب رد المنقول اليه : ج ص ٣٨ ن ١٢٥ .

(٣) كباتان ص ٨٠٦

(٤) وربما يحتج على هذا الرأي بأن المادة ٦٠١ مدني لم تفرق بين ما اذا كان المنقول الذي خرج من يد المستأجر قد أضر بالمؤجر أم لم يضر ولكن يرد على ذلك أن حق المطالبة بالاسترداد حق لا بد فيه من مصلحة جديدة . وحيث لا مصلحة والمنقول الموجود كاف الوفاء فلا محل للاسترداد : د ، ٩٥ ، ٢ ، ٤٩٧ . ومقال De Loynes : — كباتان ص ٨٠٧ .

وما القول فيما اذا بيع المنقول ولم يحصل التسليم . فهل ينفذ الامتياز أم لا ينفذ ؟
اذا باع المستأجر المنقول ولم يسلمه وظل المنقول بالحل المؤجر نفذ الامتياز عليه . وذلك لانه
اذا كان للمؤجر حق الاسترداد عند خروج المنقول لاجل تنفيذ حق الامتياز عليه ،
فمن باب أولى أن يكون للمؤجر حق تنفيذ الامتياز على المنقول المبيع اذا ظل المنقول
بالحل المؤجر ولم يحصل تسليمه (١)

٢٤٠ — في اقتضاء امتياز المؤجر : ينقض هذا الامتياز بالاسباب الآتية:

(١) اقتضاء مدة ٣٠ يوماً في حالة الاسترداد الاستردادي (٢) بيع العقار المؤجر وتسليمه
للمشتري (٣) ولكن لا ينقض امتيازها على المنقولات الموجودة بالعقار اذا بيعت هذه
المنقولات من المستأجر ولم يشفع البيع بالتسليم أو خروج المنقولات من العقار . وهذا
هو المعنى المستفاد من عبارة المادة ٦٠١ فقرة ٦ بشأن بقاء المنقولات مملوكة للمستأجر (٤)
واذا جاء الدائنون الآخرون للمستأجر وحجزوا على المنقولات الموجودة بالعقار
وأجروا بيعها بالمزاد لما لهم من الحق في ذلك فإن المؤجر يبقى حافظاً لحق الامتياز
المقرر له بالنسبة للمنقولات الموجودة داخل العقار وللمنقولات التي خرجت منه .
وعلى ذلك يجب درجه بقائمة التوزيع باعتباره دائناً ممتازاً ، له حق الاولوية على
من دونه (٥)

(١) اذا علم ذلك فما القول فيما اذا باع تاجر محله التجاري fonds commerces والمنقولات
التابعة له ، وتنازل أيضاً في عقد البيع عن حق التأجير droit au bail وتقاضى ثمن الصفقة كلها
وكانت ذمته لازالت مشغولة بالإيجار للمؤجر . فهل يجوز في هذه الحالة للمؤجر حق الاستفادة
من الامتياز المقرر له أم لا يجوز ؟ يجوز له ذلك . ولا يجوز للمشتري الاستناد الى المادة ١٧٥٣
مدني فرنسي التي حظرت على المؤجر المالك مطالبة المستأجر من الباطن بأكثر من القيمة المقررة
بعقد الايجار من الباطن . وذلك لان المؤجر في انتفاعه بحق الامتياز على البضائع المبيعة من المستأجر
منه اما يعمل بحقه المقرر له قبل المستأجر منه مباشرة ، وهو الحق المقرر له بعقد الايجار الحاصل
بينه وبين المستأجر : كإبتان ص ٨٠٧

(٢) جرائمولان ص ١٩٥ ن ٦٩٠

(٣) د ، ١ ، ٩٤ ، ٢٦٥

(٤) ٣١ يناير ١٩٤ ، ٦ ، ١٩٩

(٥) د ، ١ ، ٩٥ ، ٩٧ . — دي لوان جزء ١ ن ٤٦١

٤ - في امتياز البائع للمنقولات

٢٤١ - تقرر المادة ٦٠١/٧٢٧ فقرة ٧ مدني بانه من الديون الممتازة «ثمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المدفوع»^(١) من غير المشتري بعقد ذي تاريخ ثابت بوجه رسمي^(٢) المخصص لاداء الثمن المذكور تخصيصاً صريحاً^(٣) ويكون امتياز هذا وهذا على الشيء المبيع ما دام في ملك المشتري^(٤) اذا كان منقولاً مع عدم الاخلال بالاصول المتعلقة بالمواد التجارية

وهذه الفقرة خاصة بالامتياز المقرر للبائع على المنقولات بوجه عام . وقد سبق لنا أن رأينا الامتياز المقرر لبائع البذور وآلات الزراعة ، وهو الامتياز المقرر بالمادة ٦٠١ المذكورة بالفقرة الخامسة

٢٤٢ - في أصل هذا الامتياز والمسوغ القانوني له : أريد بمشروعية هذا الامتياز تقرير ضمان كاف لترويج المعاملات بين الناس في أخص نوع منها وهو نوع البيع الذي ترتكز عليه هذه المعاملات وحتى يطمئن البائع الى الحصول على ثمن ما باعه . وعلى ذلك يرى أن المسوغ التشريعي له هو العدالة لان البائع هو الذي تسبب في وجود المبيع بمال المدين . وما تآذى له العدالة أن يستفيد دائنو المشتري من هذا الشيء ويتقاضوا ديونهم من ثمنه اضراً بمن كان السبب في وجوده بمال المدين . وربما كان من المعقول أن يقال بان البائع لم يقبل في تسليم الشيء الى المشتري الا بعد أن احتفظ لنفسه بحق الامتياز حتى يضمن به الحصول على ثمن الصققة . ولعل في تقرير هذا الامتياز أن يكون في مقابل ما يترتب على عقد بيع المنقول من انتقال الملكية في الحال بمجرد التعاقد

وكان للبائع بالنقد عند الرومان ، فوق ماله من حق الامتياز ، الحق في استرداد

(١) deniers fournis (٢) date certaine (٣) avec affectation spéciale (٤) en la possession

المبيع برغم حصول البيع وتسليم المبيع ، لانه يظل مالكا له حتى يحصل على ثمنه كاملا . وعلى ذلك ما كان البائع في حاجة الى الامتياز ^(١) وقد تزول عن البائع الملكية فيما اذا باع لاجل ووثق بالمشتري وسلمه المبيع . على أنه اذا أراد الاطمئنان في الحصول على دينه فما عليه الا أن يشترط وقت العقد ضمانا له كرهن ^(٢) أو كفيل أو أن يذكر بالعقد شرط الفسخ عند عدم الدفع . واذا لم يفعل ذلك أصبح مجرد دائن عادي ^(٣) وظل القانون الفرنسي القديم يعمل بهذا المبدأ زمناً طويلا . ولكن لما تقررت قاعدة نقل الملكية لمجرد حصول البيع بالقانون الفرنسي القديم كان البائع لأجل يعمل على حماية حقه من طريق أنه لا يسلم المبيع الا بصفة تأجيره للمشتري ، أى لا يسلمه بصفة تمليك بل بصفة نيابية عنه ^(٤) بمعنى أن البائع لا يسلم المبيع للمشتري ، باعتبار أن التسليم نتيجة لنقل الملكية كما يحصل اذا كان البيع بالنقد . ولقد شاعت هذه العادة حتى أنه تقرر في القرن السادس عشر بأنه اذا باع البائع لاجل تقرره في الحال الامتياز على المبيع . ثم انتقل هذا الامتياز الى قانون نابليون سنة ١٨٠٤ وأخذ الشارع المصري عن القانون الفرنسي . ولقد قررت هذه القوانين ضرورة الاخذ بحق الامتياز حتى ولو كان البيع بالنقد . ذلك لانه لما كانت الملكية تنتقل في الازمان الحاضرة لمجرد الاتفاق عليها بصرف النظر عن دفع الثمن (الا في العقارات طبقاً للقانون المصري الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣) فانه من اللازم على ذلك ضرورة حماية البائع بالنقد أيضاً بضمان الامتياز ^(٥)

(١) كتابان ص ٨١٤ (٢) hypothèque (٣) كتابان ص ٨١٤
 (٤) à titre précaire (٥) وفوق ذلك فانه من المقرر قانونا أن يكون للبائع من الحقوق فوق حق الامتياز ما يأتي : (١) حق الحبس ، أى حق الاحتفاظ بالمبيع حتى الوفاء بالثمن ، فلا يسلم البائع المشتري المبيع حتى يتقاضى الثمن اذا كان البيع بالنقد (المادة ٢٧٩/٣٥٠ مدني) .
 — (٢) حتى فسخ عقد البيع (المادة ٣٣٢/٤١٣ مدني) . (٣) وقرر القانون الفرنسي بالعارة الثانية من الفقرة الرابعة من المادة ٢١٠٢ التجوز للبائع في استرداد المبيع اذا كان البيع حاصلًا بلا أجل وكان المبيع يسه المشتري وأن يكون الاسترداد في ظرف مدة ثمانية أيام وأن تكون الاشياء المستردة بنفس الحماة التي تسلمت بها للمشتري

٢٤٣ - في شروط هذا الامتياز : يقرر القانون بأن حق الامتياز مقرر لكل بائع سواء كان البيع بالنقد أو لأجل . ذلك لأنه قد زالت التفرقة القديمة التي كانت معروفة في عهد القانون الفرنسى القديم بشأن الثمن المدفوع نقدا والثمن المؤجل . لان الملكية تنتقل في حال حصول التعاقد بصرف النظر عن دفع الثمن أو عدم دفعه . وسواء كان المبيع شيئاً مادياً أو معنوياً . وعلى ذلك يتقرر الامتياز لبائع المحل التجارى^(١) كما يتقرر أيضاً لمن يسقط حقه^(٢) للغير . وسنرى فيما بعد الامتياز الخاص ببيع العقار . وعلى العكس مما تقدم لا يوجد امتياز في حالة المعاوضة^(٣) ويظهر أن امتياز البائع المنقول يضمن الثمن وماحقاقته كفوئاده ومصاريف العقد (أنظر بهذا المعنى المادة ٥ فقرة ٨ من القانون البحرى)

٢٤٤ - في نتائج هذا الامتياز . لهذا الامتياز حق أولوية دون حق تتبع . وعلى ذلك فالامتياز قائم طالما كان المنقول في ملك المشتري . أى طالما المشتري كان مالكا وحائزاً للمنقول ، سواء كان المنقول في حيازته المادية تحت يده أو تحت يد الغير بصفة هذا الغير مستأجراً أو أميناً أو مستعيراً له وحتى لو كان مرتهنساً له رهناً حيازياً^(٤)

وعلى ذلك ينقض هذا الامتياز اذا باع المشتري المنقول وسامه^(٥) للمشتري ، أى اذا زالت الملكية والحيازة عن المشتري . ويزول أيضاً هذا الامتياز لو باع المشتري المنقول لمشتري آخر^(٦) حسن النية ولو لم يسامه المنقول . ذلك لان البائع الاصلى لا يستطيع الحجز على المنقول تحت يد المشتري منه طالما أن هذا البائع محروم من حق التتبع

(١) fonde de commerce محكمة استئناف باريس في ٢٥ يوليو سنة ١٨٨٢ ، س ، ٣٣ ، ٢٠ ، ٨٤ . وصدر القانون الفرنسى في ١٩ مايو سنة ١٩٠٩ وقد نظم من شؤون وأحكام المحلات التجارية ولم يكن له شبيه بالقانون المصرى : كتابتان ص ٨١٥ (٢) cédat
(٣) جرائم ولان ص ١٩٧ ن ٦٩٨ (٤) جرائم ولان ص ١٩٨ ن ٧٠٠ .
المادة ٢١٠٢ مدنى فرنسى الفقرة ٤ (٥) aliéner et livrer
(٦) sous-acquéreur

الذي لم يقرره له القانون وذلك أخذاً بالقاعدة المعروفة القائلة بأنه لا تصلح المنقولات لان تكون محلاً للرهن الرسمي^(١). على أن هناك خلافاً قضيئاً قائماً بشأن هذه القاعدة اذ يقول البعض^(٢) بأنه يشترط في الاخذ بقاعدة عدم التجوز للبائع بالاستفادة من حق التتبع ضد الغير، أن يحتسى هذا الغير بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » وعلى ذلك يجوز للبائع حق الحجز على المنقول المبيع في الاحوال التي لا محل فيها للاخذ بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » ويقع ذلك في الاحوال الآتية : — (ا) اذا بيع المنقول من المشتري ولكن الحيازة زالت بين المشتري الاول — (ب) اذا كان المشتري الثاني سيء النية أى يعلم بوجود حق الامتياز المقرر للمالك الاول — (ج) اذا ضاع المنقول أو سرق — (د) اذا كان المنقول معنوياً

ثم قال البعض الآخر بأنه مادام حق الامتياز لم يخرج عن حق الاولوية فلا محل لتقرير حق التتبع في الاحوال المتقدمة وحجز المنقول المبيع فيها لأن المنقول لم يصبح ملكاً للمدين، وبذا يخرج المنقول من الضمان العام المقرر للدائن^(٣). ويقول أصحاب هذا الرأى بذلك أيضاً حتى ولو لم يحصل تسليم المنقول للمشتري من المشتري وظل المنقول بيد المشتري الأول. وذلك لان المشتري الاول يبيعه للمنقول مع عدم قبض ثمنه وعدم حصول التسليم لا يعتبر واضع يد بالمعنى الصحيح^(٤) بل يعتبر من وقت البيع الثاني هذا مجرد حائز بسيط^(٥) حاز المنقول باسم المشتري عنه^(٦). أى أن حيازته ليست الحيازة المملوكة المقصودة من المادة ٦٠١ ققرة ٧، بل هي مجرد الحيازة المادية غير المملوكة لأنها باسم المشتري الثاني^(٧). وانا ننضم لهذا الرأى أخذاً بالحجج التي أدلى بها

(١) meubles n'ont pas de suite par hypothèque

(٢) ابرى وروف ٢٦١ ن ٦٢. — بلايول ن ٢٦١٩

(٣) كابتان ص ٨١٧ أنظر مع ذلك د، ٩٤، ١، ٤١٣، س، ٩٥، ١، ٤٥٧

ومقال فاهل Wahl (٤) possesseur (٥) détenteur

(٦) sous-acquéreur (٧) جرانولان ص ١٩٨ ن ٧٠٢

على أنه يلاحظ بأنه لافائدة عملية من وراء ذلك إذا بقي الثمن بدمه المشتري الثاني حيث لا مصلحة للبائع الاول من الانقاع بحق التتبع ما دام أنه يحتفظ بحق الامتياز على الثمن . وإذا فرض ودفع الثمن للمشتري الاول وتسلم المنقول حتماً للمشتري الثاني فإنه من المتعذر اذ ذاك، ان لم يكن قريب المستحيل، اثبات سوء نية المشتري الثاني. ولذا يعتبر حق التتبع في هذه الأحوال مجرد حق نظري لا ترجى منه فائدة عملية (١)

ومع القول بزوال حق الامتياز عن البائع لتصرف المشتري في المنقول للغير فإنه يبقى للبائع مع ذلك حق الأولوية على الثمن فيتقاضى حقه منه قبل الدائنين الآخرين للمشتري إذا كان المشتري من المشتري لم يدفع الثمن بعد . ذلك لأن الثمن يحل محل الشيء في هذه الحالة من حيث الامتياز، اذ الامتياز ينتهي في الواقع بأن يكون منصباً على ثمن الشيء، سواء بيع الشيء بيعاً ودياً أو قضائياً . ولا ضرر من توقيع هذا الامتياز على ثمن المنقول في حالة عدم دفع الثمن من المشتري الثاني، مادام أن هذا الأخير أصبح غير مهدد بحق التتبع الذي لم يقرره الشارع لبائع المنقول (٢)

في تصرف المشتري برهن المنقول أو ايداعه : رأينا أن للبائع حق الاستفادة من الامتياز طالما المنقول مملوكاً للمشتري . وله حينئذ حق توقيع الحجز عليه حتى ولو

(١) كابتان ص ٨١٧

(٢) دى لوان ج ١ ن ٤٩٦ . — كابتان ص ٨١٨ . — هذا وقد لاحظ بعض الشارحين بأن حق الامتياز لا يؤخذ به الا في حالة الحجز أى فيما اذا توقعت جهة حجوزات على أموال المشتري الاول بما فيها المنقول المباع . وأما في حالة التصرف الحاصل من المشتري الاول للمشتري الثاني بمحض رغبة المشتري الاول فلا محل للامتياز . وهذا المذهب لا يمكن الاخذ به لان الغرض من تقرير امتياز البائع للمنقول انما هو ضمان دفع الثمن للبائع بالأولوية على دائني المشتري لان البائع هو الذى عمل على ادخال المنقول بمال المدين

ولسكن لا يجوز أن يترتب على ما تقدم تقرير الامتياز بطريقة مضطربة طالما لم يدفع الثمن . والحقيقة أنه لا يجوز أن يتعدى الامتياز ثمن البيع الصادر من المشتري الاول . أما اذا باع المشتري الثاني الى ثالث فلا امتياز للمالك الاصلى على الثمن الاخير : كابتان ص ٨١٨

كان في يد حائز له من طريق النياحة عن المشتري المالك كأن كان الحائز أميناً أو مستعيراً أو مرتبها رهنا حيازياً لمنقول

ولكن تنهار هذه القاعدة ويزول امتياز البائع ويفضل عليه حق الغير فيما اذا جاء المشتري للمنقول ورهن المنقول للغير رهنا حيازياً وكان هذا الغير لا يعلم باستغلال ذمة المشتري بالثمن للبائع . اذ يفضل في هذه الحالة امتياز الدائن المرتهن امتياز البائع . ذلك لان الدائن المرتهن له هو الآخر حق الاستفادة من قاعدة « الحيازة في المنقول سند تملكه » لانه لم يقبل أن يكون دائناً للحائز للمنقول الا عند ما رأى المنقول تحت يد المشتري^(١)

٢٤٥ - في انقضاء هذا الامتياز : ينقض هذا الامتياز بما يأتي :

(١) اذا فقد المنقول وضاع^(٢)

(٢) اذا استحال التعرف على الشيء المبيع بأن تغير من طريق التحويل تغيراً مادياً . فبائع القمح يفقد حق الامتياز اذا حول المشتري هذا القمح الى خبز . وذلك لان المبيع أصبح في الحقيقة غير موجود بحيازة المشتري وجوداً قانونياً . أى أن المبيع بالذات أصبح غير موجود . وكذلك الحال بشأن أدوات البناء التي استخدمت في بناء عمارة . اذ تندمج بالعمارة وتصبح عقاراً بالاندماج وتزول ذاتيتها . وتصبح بذلك غير ضامنة لدين البائع

ولا تصدق هذه القاعدة على العقار بالتخصيص وهو المنقول المبيع من مالكة للمشتري الذي أعده في خدمة عقاره كأرضه الزراعية أو مصنعه . اذ لا يزول في هذه الحالة حق امتياز البائع . وذلك لان العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته ولم تأت به صفة

(١) د ، ٩٠٩ ، ١ ، ٥٧ ، ٠٥٧ . — كابتان ص ٨١٩

(٢) ويقرر القانون الفرنسي الصادر في ١٨ فبراير سنة ٨٩ الخاص بالتأمين بأن حق الامتياز ينصب في حالة ضياع الشيء على تبويض التأمين indemnité d'assurance فيما اذا كان مؤمناً عليه

العقارية الا من طريق المجاز . فهو منقول حقيقة، وعقاراً حكماً . واذا كان حق الامتياز باقياً للبائع فانه قد أتى في ترتيبه بعد الامتياز المقرر للدائن الممتاز أو بعد الرهن الرسمي المقرر للدائن المرتهن رهنًا رسمياً^(١) وذلك أخذاً بالقاعدة المقررة بالمادة ٥٦٤ / ٦٨٧ مدني و ٢١٣٢ فرنسي التي قالت بأن الرهن الرسمي يتشمل أيضاً على الاصلاحات الحاصلة بالعقار المرهون^(٢) . باعتبار أن رهن العقار ينصب على ملحقاته^(٣)

(٣) وينقض الامتياز بتصرف المشتري في المنقول كما قررنا لانه ليس لهذا

الامتياز حق تتبع

(٤) وينقض أخيراً بافلاس المشتري التاجر وذلك في مصلحة جماعة الدائنين وتبريراً لمبدأ المساواة بينهم^(٤) وهذا على خلاف الحالة الخاصة باعسار المشتري غير التاجر^(٥) نعم ولو أن القانون التجاري المصري (المادة ٣٥٤ / ٢٦٤) لم يحرم البائع للمنقول بنص صريح من الاستفادة من حق الامتياز في حالة افلاس المشتري ولم يعمل كما عمل الشارع الفرنسي (المادة ٥٥٠ تجارى) في هذا الشأن الا أن المادة ٦٠١ فقرة ٧ مدني لم تقرر حق الامتياز لبائع المنقول الا بعد أن احتفظت بشرط عدم الاخلال بالاصول المتعلقة بالمواد التجارية . وهذه الاصول التجارية هي المنوه عنها بالمواد ٣٥٠ / ٣٦٠ وما بعدها من القانون التجاري وهي المواد التي لم تقرر امتياز لدائن في حالة افلاس المدين الا للدائن المضمون دينه برهن حيازي والعملة^(٦) والكتبة^(٧) والخدمة^(٨) . وفوق ذلك فان القانون التجاري لم يكتف فقط بعدم تقرير امتياز لبائع المنقول بل زاد على ذلك بأن حرمه من حق رفع دعوى الفسخ^(٩) (المادة

(١) د ، ٨٧ ، ١ ، ٣٩٤ . — س ، ٨٧ ، ١ ، ١٥٤ . — كابتان ص ٨٢٠

(٢) دى لوان ج ١ ن ٥٠٣ . ويلاحظ على حكم النقض الفرنسي السابق أنه لا يبيح للبائع لهذا المنقول الذى تسبب عنه اصلاح العقار المرهون حق طاب فسخ العقد حتى يقلت من حق الاولوية المقرر للدائن الممتاز والدائن المرتهن . ويلاحظ كابتان وكولين على هذا الحكم أنه ليس من السهل اقراره (٣) دى لوان . — ١ ن ٥٠٣ (٤) ٢٨ يناير ١٨٩٠ ، ٣٤٩

(٥) جرانمولان ص ١٩٩ ن ٧٠٨ . — كابتان ص ٨٢٠ (٦) ouvriers

(٧) commis (٨) gens de service (٩) action résolutoire

٣٥٤/٣٦٤ تجارى و ٥٥٠ فرنسى) ولم يبيح له حق استرداد المنقول الا بشروط محدودة كل التحديد . هذا ويلاحظ بان القانون البحرى (المادة ٦) أبقي لبائع السفينة حق الامتياز اذا أفلس المشتري

٢٤٦ — الخلول بالمادة ٦٠١ فقرة ٧ : أشارت الفقرة ٧ من المادة ٦٠١ المذكورة الى الخلول^(١) بأن قررت امتياز البائع لمن يقدم للمشتري المبالغ اللازمة للوفاء بالثمن المطلوب ، على شرط أن يكون تقديم الثمن هذا للمشتري وارداً بعقد ثابت التاريخ وأن يكون مذكوراً به بأن هذه المبالغ خصصت فعلاً للوفاء بثمان الصئقة الى بائع المنقول^(٢) ولم تخرج هذه الفقرة عن كونها مؤيدة للاحكام العامة المقررة فى الخلول التعاقدى^(٣) واكتفى الشارع الاهلى هنا بالعقد الثابت التاريخ بخلاف القانون المختلط فانه اشترط أن يكون العقد رسمياً (المادة ٢٢٧ مدنى مختلط) أى أن يكون كل من القرض وصرف المبلغ المقرض للبائع ثابتاً بعقد رسمى

٥ — فى امتياز صاحب الفندق

أو صاحب الخان

٢٤٧ — تقول المادة ٦٠١ فقرة ٨ بأن من الديون الممتازة « المبالغ المستحقة لاصحاب الخانات^(٤) من السائحين النازلين فيها . وتدفع من ثمن الاشياء^(٥) المودعة لهم فيها » ويرجع هذا الامتياز الى أن هناك رهناً ضمناً منصباً على أمتعة المسافرين الموجودة بالفندق . ويتقرر هذا الامتياز لصاحب الفندق^(٦) ولصاحب الخان^(٧) . وعلى ذلك لا يستفيد منه أصحاب القهاوى وغيرهم ممن لا تعود منهم فائدة تذكر على السائحين ، ولا المؤجرون للغرف المفروشة^(٨) . ويظهر من النص أن هذا الامتياز يضمن

(١) subrogation (٢) بوربلى بك تمليقا على المادة ٨٢٧ مدنى مختلط ن ٢١

(٣) subrogation conventionnelle (٤) aubergistes

(٥) effets (٦) hôtellerie (٧) aubergiste

(٨) logeurs en garni . — كابتان ص ٨٢٦

كل ما لصاحب الفندق قبل السائحين من الديون بسبب النزول عنده . ولكن يجب أن لا يخرج النص في معناه عن السبب الذي من أجله وضع وعن المادة ٢١٠٢ مدني فرنسي التي أخذ عنها . وعلى ذلك لا يضمن هذا الامتياز الا المبالغ الخاصة بأجرة الإقامة بالفندق وغير ذلك مما يلزم للمسافرين من المأكولات وخلافه^(١) . فإذا أقرض صاحب الفندق نزليه مبلغاً فلا يكون له امتياز ما بشأن هذا المبالغ على أمتعة المسافر وينصب الامتياز على الامتعة التي أحضرها المسافر معه وأودعها الفندق سواء كانت ملكاً له أو ملكاً للغير وسواء كانت ملابس أو غير ملابس كحلي وعربات وخيول وسيارات . وينصب أيضاً على المبالغ التي يحتمل أن تكون موجودة معه . وكل ذلك أخذاً بمبدأ الرهن الضمني المقرر للدائن وأخذاً بقاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » . وهنا تسرى الاحكام والقيود التي تقررت بشأن الامتياز المقرر للمؤجر على امتعة المستأجر ، لان للسووغ القانوني للامتيازين واحد

وليس لهذا الامتياز حق تتبع . وعلى ذلك لا يجوز لصاحب الفندق أن يطلب استرداد أمتعة المسافر اذا خرج بها هذا الاخير خلسة من الفندق وتصرف فيها للغير حسن النية . ولا يوجد بالقانون نص يقضي لصاحب الفندق بجواز عمل حجز استردادى^(٢) . واذا فرض وقيل بوجود حق التتبع لدى صاحب الفندق فانه لا يجوز مع عدم وجود النص أن لا تزيد المدة التي يصح فيها الاسترداد عن ثلاث سنين طبقاً للمادة ١١٤/٨٦ مدني و ٢٢٧٩ فرنسي وفي هذه الحالة يعتبر صاحب الفندق ممتازاً عن المؤجر

٦ - امتياز مصاريف الصيانة

٢٤٨ - تقول المادة ٦٠٣/٧٢٩ مدني و ٢١٠٣ فقرة ٣ فرنسي بأنه من الديون الممتازة « المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء »^(٣) والسبب في

(١) fouritures : جرائم ولان ص ٢٠١ ن ٧١٢ (٢) saisie-revendication

(٣) conservation

تقرير هذا الامتياز المسمى بامتياز مصاريف الصيانة هو العدالة . لان لمن يعمل على صيانة الشيء وحفظه بمال المدين الحق في أن يكون ممتازاً عن بقية الدائنين لصاحب الشيء فيمتقاضى ما صرفه في حفظ الشيء قبل هؤلاء الدائنين . وما دام أن السبب في هذا الامتياز لم يكن راجعاً الى مبدأ الرهن الضمني فليس من اللازم حينئذ في الاخذ بهذا الامتياز اشتراط بقاء الشيء تحت يد المدين . بل يكفي أن يكون هذا الاخير مالكا أو أن الثمن لم يزل باقيا بذمة المشتري للمنتول من المدين ولا يسرى هذا الامتياز الا على المنتولات فقط لا على العقارات ، وهي تفرقة من الصعب تبريرها (١)

ويراد بمصاريف الصيانة المصاريف التي صرفت في سبيل حفظ الشيء حتى لا يعتبره تلف كلي أو بعضي أو يزول أو يتهدم . وعلى ذلك يعتبر من مصاريف الصيانة المبالغ المطالبة للحكيم البيطري في مقابل ما صرفه على الحصان في غذائه وعلاجه (٢) والمبالغ المطالبة للنجار بسبب اصلاحه لمنتول . وكذلك أيضاً المبالغ التي صرفها الوكيل للحصول على دين . مطالب لموكله ، والمبالغ المطالبة للحارس المعين لادارة أموال معينة (٣)

ولا بد هنا من ابداء الملاحظات الآتية :

- (١) لا يكفي لتقرير امتياز مصاريف الصيانة أن تكون قد أعدت الاشياء لاجل الصيانة بل يجب أن تكون قد استخدمت مثلا في صيانة الشيء
- (٢) ان المصاريف التي صرفت على الشيء لأجل تحسينه وهي مصاريف التحسين (٤) أو المصاريف النافعة (٥) لا تدخل ضمن المصاريف الممتازة . لان مسائل الامتياز من المسائل الاستثنائية الدقيقة فلا يؤخذ فيها بطريق التوسع . وقد

(١) كتابان ص ٨٢٥ . — راجع مع ذلك د ٧٧ ، ٢ ، ٩٩ . — س ٧٧ ، ٢ ، ٢٠٨

(٢) د ، ١٠٩٠٠ ، ١٧٥ . — س ، ٩٠٠ ، ١ ، ١٧٦ (٣) د ، ٢ ، ٩٠٧

٧٢ . — كتابان ص ٨٢٥ frais d'amélioration (٤)

impenses utiles (٥)

اقتصر الشارع فقط على القول بمصاريف الصيانة. ليس غير^(١) على أن لمصاريف التحسين حق الحبس طبقاً للمادة ٦٠٥ / ٧٣١ مدني كما سنبينه

والديون التي تتمتع بهذا الامتياز اما أن تكون قد صرفت لصيانة شيء من الاشياء الجامدة^(٢) أو لحفظ شيء غير جامد^(٣) كالمصاريف اللازمة للحكيم البيطري بسبب معالجة الحيوانات كما ذكرنا. أو تكون قد صرفت لصيانة شيء من الاشياء المعنوية^(٤) كالمصاريف التي صرفت في سبيل المحافظة على دين أو في سبيل المطالبة به^(٥) وستكلم فيما بعد على المصاريف التي تصرف على العقارات

وإذا وجد الشيء الذي صرفت عليه مصاريف الصيانة تحت يد الدائن ازداد الامتياز قوة بحق الحبس. وإذا خرج المنقول من يد المدين جاز للدائن الاستفادة أيضاً من حق الامتياز. وحق الامتياز هذا لا يزول بتصرف المدين في المنقول الى الغير. اذ ينصب على الثمن الباقي بذمة المشتري من المدين

وإذا تعدد أصحاب ديون مصاريف الصيانة وتزاحوا تفاضلوا فيما بينهم بالرجوع الى تاريخ ديونهم من طريق عكسي. أي من كان دينه متأخراً كانت له الأولوية. وفي ذلك تقول المادة ٦٠٣ المذكورة «... ويكون الترتيب بين تلك المصاريف في المنقولات بعكس ترتيب تواريخ الصرف عليها» لان الدائنين المتأخرين هم الذين تسببوا في حفظ الشيء دون تلفه. فمن العدل أن يوفي لهم بما صرفوه قبل الدائنين المتقدمين عليهم

(١) د ٢٠٢، ٢، ٢٧٣، ومقال Dupuich . — كابتان ص ٨٢٥

choses inanimées (٢) chose animée (٣)

ch. corporelles (٤) ch. incorporelles (٥)

(٦) جرائمولان ص ٢٠٢ ن ٧١٧ . — كابتان ص ٨٢٥

٧ - في مراتب الامتيازات المقررة
على المنقولات

٢٤٩ - كان نقص التوازن بشأن تعيين درجات الامتياز على المنقولات نقصاً ظاهراً، اذ قال ببعضها وسكت عن البعض الآخر. ولما يتح الوقت بعد للقضاء لسد هذا النقص. ونرى تقسيم هذه المراتب والدرجات الى قسمين: القسم الاول يتعلق بمراتب الامتيازات الخاصة على المنقولات. والقسم الثاني يتعلق بمراتب الامتيازات العامة والخاصة

١ - في مراتب الامتيازات الخاصة على المنقولات

٢٥٠ - رأينا أن الامتيازات تنقسم الى ثلاث طوائف. وأنه يرجع في هذا التقسيم الثلاثي الى اعتبارات ومسوغات مختلفة:

(١) منها ما يرجع الى فكرة وجود رهن حيازي صريح أو ضمنى، كما يرى ذلك في حالة امتياز المؤجر والدائن المرتهن الحيازي وصاحب الفندق والخان والوكيل بالعمولة

(٢) ومنها ما يرجع الى أن الدائن الممتاز انما كان هو السبب دون غيره في وجود المنقول بمال المدين. ومثاله بائع المنقول وبائع البنود وبائع آلات الزراعة

(٣) ومنها ما يرجع الى مبدأ صيانة الشيء كالمصاريف التي صرفت في حصاد المحصول ومصاريف الصيانة وحفظ الشيء

هذه هي الاعتبارات والمسوغات المختلفة للامتيازات الخاصة والمتوقعة على المنقولات. ولما جاء الشارع وعالج أمر ترتيبها قرر فقط أن مصاريف حصاد المحصول وثمان البنود (المادة ٦٠١ فقرة ٤) وثمان آلات الزراعة (المادة ٦٠١ فقرة ٥) تأتي في ترتيبها بعد الامتيازات العامة المقررة للمصاريف القضائية، وبعده مرتبات المستخدمين والكتابة والعملة

وقرر الشارع في حالة تزامم مصاريف حصاد المحصول وثمان البذور الاولوية
لاولاهما (المادة ٦٠١ فقرة ٤)

ثم قرر بشأن مصاريف الصيانة أن تكون الاولوية لها على يقية الديون الاخرى .
وتقول في ذلك المادة ٦٠٣ ان « المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء
تكون مقدمة^(١) على جميع ما عداها من الديون »

٢٥١ - في تزامم الديون الممتازة التي ترجع الى فكرة الرهن مع

امتياز البائع : في حالة تزامم ديون الطائفة الاولى مع ديون الطائفة الثانية ، أى فى
حالة تزامم الدين الممتاز الذى يرجع لفكرة الرهن والدين الممتاز للبائع ، يجب تفضيل
الدائن الحائز للمنقول ، على شرط أن يكون حسن النية ، أى أنه كان يجبل وقت
حيازته للمنقول ان هذا الاخير غير محمل بحق الاولوية المقرر للبائع . ذلك لانه يستعين
في هذه الحالة بقاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » . وما دام أن من شأن هذه القاعدة
تعطيل مفعول الاخذ بدعوى الاسترداد المرفوعة من المسالك فمن باب أولى تعطيل
مفعول الامتياز . ويمكن الاستعانة هنا فى تأييد هذا الرأى بالمادة ٢١٠٢ فقرة ٤
مدنى فرنسى اذ نصت نصاصريحا باولوية الحائز على البائع^(٢)

على أن الشارع المصرى قد فعل كما فعل الشارع الفرنسى أيضا على جعل دين
البائع للبذور ودين البائع للآلات الزراعية فى المرتبة الاولى قبل دين المؤجر (اذ قررت
الفقرة ٥ من المادة ٦٠١ بان البذور والآلات الزراعية تدفع بعد المصاريف والاجر .
أى أنها تدفع قبل دفع الايجار الذى ذكرته المادة ٦٠١ بالفقرة التالية ٦) . وقد نصت
بذلك المادة ٢١٠٢ فقرة أولى مدنى فرنسى نصاصريحا . وقالت فى ذلك المادة ٦٠١
فقرة ٦ مصرى بأن « أجره العقار وأجره الاطيان وكل ما هو مستحق للمؤجر من
هذا القبيل ، وتدفع بعد ما ذكر^(٣) » وعبارة « بعد ما ذكر » ترجع الى ما ذكر من

(١) primeront (٢) دى لوان ج ١ ن ٧٧٦ - جرانمولان ص ٢٠٣ و ٧٢٢

(٣) qui vienderont ensuite

الديون الخاصة بأجرة المستخدمين وثمان البنود وثمان الادوات الزراعية

٢٥٢ - في تراجم صاحب دين الصيانة مع الدائن الحائز أو مع البائع :

فلنا ان مصاريف الصيانة وحفظ الشيء تفضل غيرها من الديون الاخرى (المادة ٦٠٣) وهذه القاعدة صحيحة وعادلة فيما اذا كانت مصاريف الصيانة حصلت بعد حصول الرهن الحيازي ^(١) أو بعد البيع مادام أنها كانت السبب في حفظ الشيء الضامن لدين الدائن المرتهن ودين البائع . وعلى ذلك تفضل مصاريف حصاد المحصول على مصاريف ثمن البنود كما نصت بذلك المادة ٦٠١ ققرة ٤ ، وعلى دين المؤجر كما قالت بذلك المادة ٦٠١ ققرة ٥

ولكن اذا حصلت مصاريف الصيانة قبل الرهن فلا يكون لها حق الاولوية على دين الحائز . لان هذا الدائن الحائز لو كان قد رأى الشيء تالفا وقت ارتهانه له لما أقرض مدينه الا اذا قدم له هذا الاخير رهنا آخر . ولذا نستطيع القول هنا ، مع عدم النص على ذلك بالمواد ٦٠١ وما بعدها مدني ، بأن الدائن المرتهن حيازياً ^(٢) يفضل الدائن صاحب دين الصيانة ^(٣) ما دام قد صرف مصاريف الصيانة قبل الدائن المرتهن حيازياً ^(٤)

٢٥٣ - في تراجم الدائنين الممتازين من طبقة واحدة : اذا تعدد الدائنون

الممتازون من طبقة واحدة وكانوا خاضعين جميعاً لنص قانون واحد فانهم يتزاحمون في تقسيم الثمن بنسبة ديونهم ، وذلك فيما اذا كان الامتياز عاماً . ولكن تختلف الحال اذا كان الامتياز خاصاً . فاذا تعدد دائنو مصاريف الصيانة وانصب امتيازهم على شيء واحد وجب تفضيل أحدثهم على الآخرين ، أي يكون للمتأخر منهم حق الاولوية على المتقدمين . وهكذا تصبح الاولوية لكل متأخر عن المتقدم عليه (المادد ٦٠٣ المذكورة)

érecancier nanti (٢)

nantissement (١)

créancier conservateur (٣) جرائم ولان ص ٢٠٣ - ٢٠٤ ن ٧٢٢

وإذا كان هناك بائعون متعددون وكان قد باع الواحد منهم بعد الآخر نفس الشيء ولم يدفع له الثمن كلاً أو بعضاً كان للبائع الأول حق الأولوية على من عداه ممن باعوا بعده ، لأن البائع الأول هو الذي تسبب في وجود المنقول بمال المشتري وهو البائع الثاني ، وهكذا (١)

وإذا تعدد الدائنون المرتهنون حيازياً فقد سبق لنا أن رأينا في باب الرهن الحيازي أنه إذا كان الشيء المرهون للجميع واحداً وجب الرجوع في الأولوية إلى تاريخ تقرير الرهن أخذاً بالقاعدة المعروفة بأن من كان أسبق في التاريخ كان الأسبق في الحق (٢)

وقصارى القول يجب ترتيب الدائنين الممتازين امتيازاً خاصاً على المنقول على حسب الترتيب الآتى فيما إذا تعددوا :

أولاً — الدائنون بحسن نية والذي يرجع امتيازهم إلى فكرة الرهن الصريح أو الضمني . وينصرف حسن النية إلى عدم علم هؤلاء الدائنين بما شاب الشيء عند الرهن من تقرير حق الأولوية للبائع أو لمن صان الشيء

ثانياً — الدائنون بمصاريف الصيانة

ثالثاً — بائع المنقول (٣)

على أنه يجب أن لا يفوتنا هنا ما سبق أن قررناه بشأن القيود الخاصة بالدائن المرتهن إذا كان سيء النية ، وبشأن ما إذا كانت مصاريف الصيانة قد حصلت بعد الرهن ، وما قررناه أخيراً بشأن ثمن البذور ومصاريف حصاد المحصول وثمان الآلات الزراعية

ويلاحظ أن هذا الترتيب الذي أوردناه هنا يتفق مع الترتيب الذي أورده القانون نفسه ، وعلى الأخص إذ جعلنا امتياز المؤجر مع امتياز صاحب الفندق

(١) جرانولان ص ٢٠٤ ن ٧٢٥ (٢) prior tempore, potior jure وبهذا

المعنى المادة ١٢٠٩ مدنى ألماني . راجع ترجمة دى لاجبرى ص ٣٥٢ والهامش رقم ١

(٣) جرانولان ص ٢٠٤ ن ٧٢٦

او لخلاف في مستوى واحد حيث يرجع امتيازهما الى مبدأ الرهن الضمني كما قررنا ذلك في مكانه

ب — في تراحم الامتيازات العامة

مع الامتيازات الخاصة المتوقعة على المنقولات

٢٥٤ — للمصاريف القضائية المرتبة الاولى دائماً . وهي تفضل جميع الدائنين الممتازين امتيازاً عاماً أو خاصاً . لان المصاريف القضائية انما صرفت في مصلحتهم جميعاً . ومن الطبيعي أن هذه المصاريف القضائية التي صرفت لمصلحة الجميع يجب أن يوفى بها لاصحابها قبل الدائنين الآخرين ، مع ملاحظة ما سبق أن قررناه بشأن الدائنين الذين لا يستفيدون من هذه المصاريف القضائية

٢٥٥ — في تراحم امتياز أجر المستخدم من وغيرهم مع الامتيازات الخاصة :
يعمل القانونيين بفرنسا في تقرير المرتبة الاولى للامتيازات الخاصة على الامتيازات العامة ، مع مراعاة المرتبة الاولى دائماً للمصاريف القضائية

أما القانون المصري فانه لم يكتف بتقرير الاولوية للمصاريف القضائية بل قرر هذه الاولوية أيضاً لأجر المستخدمين وغيرهم ، أى أن القانون المصري قرر الاولوية للامتيازات العامة الوحيدة الخاصة بالقانون المدني ، على الامتيازات الخاصة المتعلقة بمصاريف حصاد المحصول و ثمن البنود و ثمن الآلات الزراعية (المادة ٦٠١ فقرة ٤ و ٥ — وأما الامتياز العام المقرر للحكومة أى للميرى فانه خاص بالقانون الادارى) وربما يستفاد من الفقرة ٦ من المادة ٦٠١ من عبارتها « وتدفع بعد ما ذكر^(١) » الخاصة بامتياز المؤجر أن القانون أراد بذلك أن يجعل مرتبة المصاريف القضائية وأجر المستخدمين وغيرهم قبل امتياز المؤجر . ولكن يظهر أن هذا التفسير اللفظي لهذه العبارة ليس صحيحاً . وقد قلنا ان عبارة « وتدفع بعد ما ذكر » انما ترجع الى ما ذكر من الديون الخاصة بأجرة المستخدمين وغيرهم و ثمن البنود و ثمن الآلات الزراعية

أى أن هذه الجملة لا تشير الى المصاريف القضائية (١)

ومما مر يمكن القول بأن للامتياز الخاص المرتبة الاولى على الامتياز العام المتعلق بأجرة المستخدمين وغيرهم (٢) وفي ذلك تقول المادة ٦٠٣ بأن مصاريف الصيانة تفضل جميع الديون الاخرى . اذ يجوز للدائن المرتهن أن يحتج دائماً بقاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » . ومن العدل أن البائع وقد كان السبب في وجود المنقول بمال مدينه المشتري ، ان يفضل جماعة المستخدمين وغيرهم (٣)

على أنه يجب القول بأن المسئلة لا زالت خلافية . اذ يصح القول أيضاً بأنه مادام الدافع لشرعية الامتياز المقرر لجماعة المستخدمين هو الاسباب التي ترجع للرأفة بهذه الطائفة ، فانه يجوز القول أيضاً بالاستناد الى أسباب الرأفة هذه في تفضيل امتياز هذه الطائفة على الامتيازات الخاصة حتى ولو كانت هذه الامتيازات الاخيرة تستند في تسويتها الى فكرة الرهن . وفي هذه الحالة يمكن الاستناد الى الترتيب الذي ورد بالمادة ٦٠١ / ٧٢٧ مدنى المذكورة

نظام الامتيازات العامة مع بعضها البعض: سبق لنا أن تكلمنا على ذلك عند ما تكلمنا على الامتيازات العامة

(٤) في الامتيازات المقررة على العقارات

١ - كلمة عامة

٢٥٦ - ان حقيقة هذه الامتيازات هي أن تعتبر رهوناً (٤) حقيقية قانونية . أى قال بها القانون نفسه دون أن يتفق عليها طرفا العقد . وترجع في مراتبها لا الى صفة كل دين من الديون الضامنة لها بل ترجع الى تاريخ قيدها أو تاريخ تسجيل العقد

(١) جرانولان ص ٢٠٥ ن ٧٢٨ والهامش رقم ٢ - وص ٢٠٣ ن ٧٢٢

(٢) دى لوان ج ١ ن ٨٧٣ - ص ، ، ٩٠ ، ٦٨ ، ١ (٣) les salariés

(٤) hypothèques

الناشئة عنه . وفي ذلك تقول المادة ٦١٤ / ٤٧١ مدني و ٢١٠٦ فرنسي ما يأتي :
« الديون الممتازة على العقار غير الاموال والرسوم المستحقة لهيري وغير المصاريف
القضائية وغير مرتبات الخدمة والمستخدمين والعمالة يلزم تسجيلها أيضاً بالأوجه الميئنة
فيما بعد فيما يتعلق بالرهون »

وتعتبر هذه الامتيازات في القانون الفرنسي أيضاً بمثابة رهون ولكنها رهون
ممتازة^(١) ويكون لها أيضاً مراتب ممتازة فيما اذا تقيدت في حدود معينة كما
سنبينه بعد^(٢)

وقال القضاء المصري في هذا الشأن^(٣) « ان الامتيازات المقررة على العقارات
هي في الحقيقة رهون حقيقية . ولقد أحقها القانون الفرنسي ، وهو مصدر القانون
المصري ، بالرهن من حيث النتائج القانونية . ولهذا الغرض جاءت المادة ٢١١٣
مدني فرنسي وقررت بان الديون الممتازة ، والخاضعة لاجراءات التمسيد والتي لم ترع
فيها الاجراءات الخاصة بحفظ الامتياز ، تظل مع ذلك دبوفا مضمونة بالرهن . ولا
يسرى تاريخ الرهن على الغير الا من تاريخ التمسيد »

أما هذه الامتيازات العقارية فهي امتياز البائع للعقار وامتياز الشريك في القسمة
أو المتقاسم^(٤) وامتياز الدائن المرتهن رهنا عقاريا حيازيا . وقد سبق أن تكلمنا على
هذا الاخير . ونقصر القول هنا على الاولين من الثلاثة

٢٥٧ - في الضمانات المقررة لبائع العقار الموفاء بالتمسك : يقرر القانون
ثلاث ضمانات لبائع العقار وفاء للتمسك : (١) حق الحبس اذا كان البيع لغير أجل
(المادة ٢٧٩ / ٣٥٠ مدني و ١٦١٢ فرنسي) أو كان لاجل ولكن أفلس المشتري أو أعسر
من وقت البيع (المادة ١٦١٣ مدني فرنسي) - (٢) الحق في طلب فسخ العقد^(٥)

(١) hypothèques privilégiées (٢) - كابتان م ٨٤٠

(٣) استئناف م ٨ مايو ١٩٠٩ ، ٢٠ ، ١٣٩

(٤) copartageant (٥) resolution

(المادة ٢٨٠/٥٣١ مدني و ١٦٥٤ فرنسي) — (٣) حق الامتياز على العقار المبيع

٢ — في امتياز البائع للعقار

٢٥٨ — لمحرم تاريخية : كان لتطور القانون من الشأن فيما يتعلق بامتياز البائع للعقار ما كان لنفس التطور الذي لوحظ بشأن امتياز البائع للمنقول. انما امتاز عن هذا الاخير بالبطء . ولقد تقرر في غضون القرن التاسع عشر امتياز للبائع للعقار المبيع بيعاً معلقاً على أجل . وأما البيع بلا أجل فكان لا زال مأخوذاً فيه بالتساعده المعروفة الرومانية في أن البائع يظل مالكا ، أى أنه له حق طلب رد العقار اليه^(١) ولكن كان من اللازم على ذلك أن البائع يعمل على حماية حقه . فكان يحتفظ لنفسه بحق رهن خاص^(٢) على العقار بشرط صريح يذكر بالعقد يستبقى له هذا الحق على العقار . ولما اعتاد الناس في عقود البيع على الاحتفاظ بحق الرهن الخاص هذا واشترطه بالعقد اشتراطاً صريحاً ، استقر الرأي نهائياً لدى برلمان باريس^(٣) على اعتبار هذا الشرط مندجاً حتماً بالعقد برغم عدم النص عليه به ، وتقرر على ذلك امتياز لبائع العقار ، وروعت في تقريره العدالة

ومن هنا يرى أن عمل الشارع لم يخرج ، كما مر في حالة تقرير امتياز البائع للمنقول وكما يرى في أحوال أخرى ، عن كونه يقرر من الطريق التشريعي ما اعتاده الناس في معاملاتهم . أى أنه يسن قانوناً عاماً مفسراً لشرط أقره الافراد فيما بينهم

وتقرر امتياز البائع للعقار بقانون برومير سنة ١٨٧٥ وسنة ١٨٨٣ (المادة ٦٠١ / ١٨٠٤ . وعن الاخير نقله الشارع المصري سنة ١٨٧٥)^(٤)

والمسوغ لامتياز البائع للعقار هو نفس المسوغ لامتياز بائع المنقول . ذلك لانه

(١) revendiquer (٢) hypothèque (٣) Parlement de Paris

(٤) انظر جرائد ولان ص ٢٠٦ — ٢٠٧ ن ٧٢٣ . — كابتان ص ١٤١

من المفروض أن البائع قد احتفظ بالامتياز له على العقار المبيع منه ضمناً للوفاء بثمنه كما كان يحتفظ بهذا الحق في الأزمان السابقة بشرط صريح بالعقد . وفوق ذلك فإنه ما دام هو السبب في وجود العقار بمال المشتري ، فما لا يتفق مع العدل أن يفضله الدائنون الآخرون على عقاره قبل أن يوفى له بثمنه ، والا يكونون قد استفادوا بغير حق اضراراً به . والذي يجب عليهم أولاً هو أن يعملوا على الوفاء بما التزم به المشتري ، أى على دفع الثمن

٢٥٩ — الدائنون أصحاب هذا الامتياز : ينتفع بالامتياز هذا البائع . يجب أن يلحق به أيضاً من يأتي : (١ —) المتبادل^(١) فيما إذا تقرره فرق بدل^(٢) بعقد البديل^(٣) (٢ —) المدين فيما إذا سلم عقاراً لدائنه في مقابل الدين المطلوب منه وكان له فرق ثمن^(٤) فيما إذا كان ثمن العقار يزيد عن مقدار دينه^(٥) (٣ —) الواهب بقدر ما اشترطه من المبالغ التي التزم بها الموهوب إليه^(٦) هذا ويلاحظ أن في الحالتين الاوليين يعتبر العقد عقداً مختلطاً ، اذ يجمع من جانب بين البديل والهبة ، ومن الجانب الآخر بين البيع ، مع فرق الثمن المقرر للمبادل ، والاشتراطات التي تحمل بها الموهوب اليه . وأما فيما يتعلق بالوفاء بعين في مقابل الدين في هذا يرجع اما لنظرية الالتزامات في باب الوفاء بالدين ، واما للبيع ، وذلك تبعاً لما يقرره الشارحون بشأن هذا النوع من الوفاء ان كان وفاء بالمعنى المفهوم في الالتزامات ، أو كان بيعاً بالمعنى المعروف في البيع^(٧) ولا يجوز أن يتقرر هذا الامتياز للمشتري على العقار المشفوع^(٨) ضمناً

(١) échangeiste (٢) soulte (٣) دى هلس ن ٦٩ (٤) soulte (٥) دى لوان ج ١ ن ٥٧٦ وما بعدها — كابتنان ص ٨٤٢ (٦) دى لوان ج ١ ن ٨٥١ — المادة ٢٧ من القانون البلجيكي الصادر في ١٦ ديسمبر ١٨٥١ . — دى هلس ن ٦٩ اذ تعتبر الهبة في هذه الحالة تصرفاً بعوض : ابرى وروج ن ٢٦٣ . — انظر بمكس ذلك استثناف باريس ١١ مايو ١٨٨٢ س ، ١١٠ ، ٢ ، ٨٨ (٧) وقد اعتبرنا ذلك وفاء لا بيعاً من المدين : أنظر كتابنا في الالتزامات ص ٣٩٥ — ٣٩٦ ن ٤٠٠ (٨) perempté

للثمن الذي دفعه الى البائع له . ذلك لان الشفعة لا تعتبر بيعاً من المشتري المشفوع منه الى الشفيع^(١) اذ تقرر المادة ١٣ من قانون الشفعة الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ أهلى بأن « يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه في كافة ما كان له وعليه من الحقوق » وأنه « اذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع » ولا يجوز أن يتقرر هذا الامتياز أيضاً للمشتري شراء وفاء ضماناً للوفاء بالثمن الذي سبق أن دفعه للبائع . ذلك لانه لا يعتبر بائعاً بل يعتبر مشترياً . وكل ما يتقرر عند ظهور رغبة البائع في استرداد العقار ورد ثمنه هو أن عقد بيع الوفاء يفسخ ، والفسخ لا يعتبر بيعاً ثانياً^(٢) . هذا مع ملاحظة أن لكل من المشفوع منه في الشفعة والمشتري في بيع الوفاء حق حبس المبيع تحت يده حتى يستوفى دينه^(٣)

٢٦٠ — الربوه المضمونة بامتياز البائع للعقار : هذه الديون هي : —

(١) الثمن الاصلى^(٤) سواء كان مبلغاً معيناً أو مرتباً طول الحياة^(٥) — (٢) ملحقات الثمن كالفوائد ومنها أيضاً المصاريف القانونية^(٦) التي صرفت على العقد اذا سبق ودفعت من البائع^(٧) . والامتياز قائم حتى ولو كتب بالثمن سند وذكر ذلك بعقد البيع^(٨)

(١) pérempteur : جرائمولان ص ٢٠٨ ، ٧٣٦ . — دى هلسن ن ٧٠

(٢) revente (٣) جرائمولان ص ٢٠٨ ، ٧٣٦ . — دى هلسن ج ٤ ص ١٩٥١٩ ن ٧٠

(٤) واذا تقرررت زيادة الثمن بورقة ضد فلا يضمها الامتياز : دى هلسن ن ٧٢

(٥) rente : دى هلسن ن ٧٣ (٦) frais et loyaux coûts

(٧) د ، ١٠٩٨ ، ١٠٩٩ ، ٣٤٠ . — س ، ١٠٩٩ ، ٢٤١ ، ومقال Wahl . — كابتان ص

٨٤٣ . وذلك لانه من المفروض أن المتعاقدين اعتبروا هذه المصاريف داخلة في الثمن . وتشمل

هذه المصاريف أتايب الموثق ورسوم التسجيل . وهناك رأى يعتبر على تقرير الامتياز لهذه المصاريف . ويقول أنها لا تدخل ضمن الثمن . دى هلسن ج ٤ ص ٥٢٠ ن ٧٦ . وهذا اعتراض

غير وجيه لان هذه المصاريف اذا لم تدفع مقدما من البائع فكان على المشتري دفعها حتماً . وفي هذه الحالة يتحمل دائره الماديون نقصاً في مال دينهم بما يوازي هذه المصاريف . ولذا يجب

تقرير الامتياز عليها للبائع الذي دفعها مقدما كما ذكرنا (٨) ٢٧ مايو ١٨٩٥ ، د ،

١٠٦٦ ، ٥٠٨ . — س ، ١٠٩٩ ، ٥١٧ . — كابتان ص ٨٤٣ . — دى هلسن ن ٧٤

ذلك لان العاقدين، البائع والمشتري، لم يريدوا بالسند استبدال الثمن بدين جديد^(١).
ويجب على الغير أن يسلم بذلك و بعدم وجود محل للاستبدال ما دام أن عبارة كتابة
سند بالثمن مذكورة بعقد البيع نفسه . وأما اذا لم يذكر ذلك بالعقد، و ذكر على العكس
دفع الثمن الى البائع ، مع أن في الحقيقة قد كتب به سند على حدة ، فلا امتياز
واذا تقرر بين البائع والمشتري أن الثمن يدفع للغير أى شخص معين فان حق
الامتياز يتقرر في هذه الحالة لهذا الغير^(٢)

ولا يضمن الامتياز التعويضات المتقاضى بها للبائع عند فسخ عقد البيع لأن
التعويض لا يعتبر ثمنا . وفوق ذلك فان الموسوغ القانونى لامتياز البائع فى كونه السبب
فى وجود العقار بمال المشتري لم يكن موجوداً فى هذه الحالة
وكذلك أيضاً فى حالة رفع دعوى الضمان من المتبادل على زميله فيما اذا استحق
العقار الذى أخذه فى البديل ، فانه لا امتياز هنا أيضاً^(٣) وهذا بخلاف الامتياز المقرر
فى المقايضة مع فرق البديل^(٤) كما مر

ولأجل أن يكون الامتياز حجة على الغير يجب تسجيل العقد . وفى ذلك تقول
المادة ٦٠١ فقرة ٧ « . . . فاذا كان المبيع عقاراً كان ثمنه ممتازاً أيضاً اذا كان
تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح^(٥) » فاذا سجل العقد ولم يذكر به بأن
الثمن باق أو أنه كتب به سند على حدة ، فلا امتياز بالنسبة للغير^(٦)

٢٦١ - فى العقار المحمل بالامتياز : العقار المبيع هو المحمل بالامتياز ،

مهما كانت طبيعة هذا العقار ، مبنياً أو غير مبنى ، مادياً أو غير مادى . اذ يجوز أن
يكون المبيع حق انتفاع عقارى

٢٦٢ - وما القول بشأن من رضى بتقرير حق ارتفاق على عقاره فى مقابل

(١) nover (٢) كاتبان ص ٨٤٣ (٣) جرانولان ص ٢٠٩ ن ٧٤٠

(٤) soulte (٥) utilement transcrit (٦) أنظر ١٨ فبراير ٨٦

مبلغ معين ولم يدفع له هذا المبلغ . فهل لصاحب العقار المرتفق به حق الامتياز على العقار المرتفق ؟ وكيف يتحقق هذا الامتياز عملاً ، وحقوق الارتفاق لا تقبل البيع بالمزاد ؟ ان القانون قرر الامتياز على العقار دون مميز بين العقار بطبيعته والحق العقارى وبيع حق الانتفاع وتقرير حق الارتفاق . ولكن لما كان حق الارتفاق لا يقبل البيع بالمزاد العلني أو البيع الارادى من قبل صاحب العقار المرتفق به ، فانه يترتب على ذلك أنه لا يجوز تحميل حق الارتفاق بحق الامتياز . لأن العقارات القابلة لتحمل حق الامتياز المقرر للبائع هي العقارات القابلة للرهن الرسمي (المادة ٥٥٩ / ٦٨٣ مدينى ٢١١٨ فرنسى)^(١) . ولكن يلاحظ كاتبان وكولين^(٢) بأنه وان صح القول بعدم جواز رهن حق الارتفاق ، فانه لا يستفاد من ذلك أنه لا يجوز أن لا يتقرر حق الامتياز لمن باع حق الارتفاق . وأنه ليس صحيحاً القول بأنه لا فائدة للبائع من هذا الامتياز . اذ يكفي البائع فى هذه الحالة أن يبيع كل العقار المرتفق به ويأخذ من الثمن القدر الذى يتناسب مع قيمة حق الارتفاق^(٣)

وهل يسرى أيضاً حق الامتياز على الإصلاحات والابنية التى عملت بالعقار بمعرفة المشتري ؟ اجاب القضاء الفرنسى والمصرى بالإيجاب استناداً الى المادة ٥٦٤ / ٦٨٨ مدينى ٢١٣٣ فرنسى . هذا ومع ذلك فان الامتيازات العقارية هى فى الحقيقة رهون حقيقية^(٤) باعتبار أن الإصلاحات والابنية أصبحت تابعة لمتبوع . وحكمها هو حكم المتبوع^(٥) . على أنه يجوز لمن يقول بعدم سريان الامتيازات على الإصلاحات والابنية أن هذه الإصلاحات والابنية انما عملت بمبالغ الدائنين الآخرين ، ولم يكن البائع سبباً فيها^(٦)

(١) دى لواى ج ١ ن ٥٦٩ (٢) ج ٢ ص ٨٤١

(٣) أنظر عكس ذلك د ، ٩٨ ، ٢ ، ٤٩٧ ومقال بلانيول . - س ، ٢ ، ٩٠٠ ، ٢ ،

١٣٧ ومقال نيسيه . - راجع مع ذلك د ، ٩٢ ، ٢ ، ٤٣٢

(٤) ٨ مايو ١٣٩٠ ، ٢ ، ١٣٩ (٥) جرانولان ص ٢١٠ ن ٧٤٤

(٦) دى هلس ج ٣ ص ٥٢٠ ن ٧٨

٣ - امتياز المتقسم

٢٦٣ - تقول المادة ٦٠٢ / ٧١٤ مدني بشأن امتياز المتقسم (١) ما يأتي :
 « للشركاء الذين اقتسموا عقاراً شائعاً بينهم حق امتياز على ذلك العقار تأدينا لحقوقهم
 في رجوع بعضهم على بعض في القسمة . . ويثبت لهم هذا الامتياز بالتسجيل في قلم
 كتاب المحكمة بغير اقتضاء لشرط خاص . ويجري مقتضى الامتياز على حسب الدرجة
 التي ترتبت له بالتسجيل »

والغرض الذي يرمى اليه امتياز المتقسم هو المحافظة على المساواة في القسمة (٢)
 لأن المساواة كما كان يقول القدماء هي روح القسمة . وينصرف هذا الامتياز حينئذ
 الى ضمان الدين المطلوبة للمقسم والتي نشأت عن القسمة أو لمناسبة القسمة بين
 المتقاسمين

فاذا تقرر للمقسم بعقد البديل مبلغ في مقابل فرق البدلين (٣) اذا أخذ بدلاً أقل
 من قيمة البديل الآخر، أو اذا استحق للغير بعض البديل الذي أخذه، أو اذا راسا عليه
 المزداد لعقار استحاله تقسيمه بالذات على الشركاء والتزم بأن يدفع لهؤلاء أنصبتهم في
 ثمن مرسى المزداد (٤)، اذا وقع شيء من ذلك وجب الاستعانة بقاعدة المساواة بين
 المتقسمين المتقدمة للتأمين على حق المتقسم، أي يجب أن يكون المتقاسم مطمئناً
 للحصول على حقه في فرق البديل أو ثمن مرسى المزداد، بأن يتقرر له امتياز خاص
 يضمن له حقه

ومن هنا يرى أن المسوغ القانوني لامتياز المتقسم هو نفس المسوغ الذي تقرر
 للبائع، وهو أن كلا منهما كان السبب في وجود المبيع بمال المدين . وهو على ذلك

(٢) كابتان ص ٨٥١
 prix de licitation (٤)

(١) copartageant
 (٣) soulte

يستند الى أسباب قوية ترجع للعدالة^(١). وما دام أن للبائع امتيازاً يطعن اليه في الحصول على دينه ، فكذلك يجب أن يكون بالنسبة للمقتسم ، فيتقرر له الآخر امتياز يضمن له نصيبه. وينصب هذا الامتياز على العقارات الموزعة في القسمة على المقتسمين الآخرين أو على العقارات التي رسا المزاد فيها على الآخرين عند استحالة القسمة الطبيعية. (هذا ويلاحظ أنه لو اعتبرت القسمة ناقلة للملكية أى مثبتة لها لترتب على ذلك أن الامتياز المقرر للمقتسم هو نفس الامتياز المقرر للبائع . وأما والقسمة مظهرة للحق أى مؤيدة له كما تقرر ذلك بعبارة صريحة المادة ٤٥٧ مدي أهلي ٨٨٣ فرنسي وكما فسر بذلك أيضاً القضاء المختلط المادة ٦٥٥ مدي مختلط المخالفة في نصها لنص المادة الأهلية ، أصبح من الصعوبة تقرير الامتياز للمقتسم)

٢٦٤ - امتياز المتقاسم من الوجهة التاريخية : لم يعرف الرومان هذا

الامتياز. وقد تقرر في عهد القانون الفرنسي القديم وذكره بوتييه ضمن رهون الضمنية العامة^(٢) وقرره قانون نابليون سنة ١٨٩٤ . ونقله عنه الشارع المصري . هذا وقد لوحظ أن قانون بروير المذكور رأى في تقريره ما يتعارض مع الاثر الرجعي للقسمة^(٣)

٢٦٥ - في الدائن المتقاسم : يتقرر هذا الامتياز لكل متقاسم لان النص

عام . وعلى ذلك لا عبرة بأصل الشيوخ فيما اذا كان يرجع له يراث أو الشركة أو الشراء معاً . ولا عبرة أيضاً فيما اذا كانت الاعيان محل القسمة عقارات فقط ، أو عقارات ومنقولات معاً

(١) كابتان ص ٨٥١ . وقد نقد فريق من الشارحين مبدأ امتياز المقتسم في ذاته ولاحظ أنه لا يعمل على تقرير المساواة بين المقتسمين الا من طريق الحاق الضرر بدائي المقتسم المدين . ولكن يرد على هذا النقد أن المقتسم الدائن يجب أن يماثل من جانب القانون بشيء من العطف والرعاية ، لأنه لم يكن مساقاً في تقريره لدينه كما انساق دائنو المقتسم المدين اذ لم يتمد على مدينه ولم يوله ثقته كما يفعل الدائنون عادة نحو مدينهم ، وفوق ذلك . فان المقارنات التي تدخل مال المقتسم المدين والتي تصبح ضماناً عاماً لدائنيه يجب أن تكون محملة بالحقوق المترتبة للنير عليها قبل دخولها.

راجع كابتان ص ٨٥٢ (٢) كابتان ص ٨٥٢

(٣) جرانولان ص ٢١١ ن ٧٤٩

٢٦٦ — في البربره المتوازة: تقول المادة ٦٠٢ مدني « للشركاء الذين اقتسموا عقاراً شائعاً بينهم حق امتياز على ذلك العقار تأميناً لحقوقهم في رجوعهم بعضهم على بعض في القسمة (١) » ومن هذه العبارة « تأميناً لحقوقهم في رجوعهم بعضهم على بعض في القسمة » يتبين أن امتياز المتقاسم يضمن ما يأتي: — (١) الدين الخاص بفرق البدل (٢) أي المبالغ الذي تقرر دفعه للمتقاسم في مقابل أن أخذ شيئاً أقل من نصيبه حتى تتحقق بذلك المساواة بين الشركاء المتقاسمين — (٢) الثمن الذي رسا به المزداد على أحد الشركاء في الشيوع (٣) لاستحالة التقسيم تقسيماً طبيعياً بالنسبة للعقارات المملوكة على الشيوع. إذ المزداد في هذه الحالة يعتبر بمثابة قسمة (٤). وإذا رسا المزداد على أجنبي خارج عن الشركاء في الشيوع أعتبر الشركاء جميعاً (٥) بمثابة البائع الواحد، ويستفيدون بهذه المثابة بالامتياز المقرر للبائع، ذلك الامتياز الذي تختلف أحكامه عن امتياز المتقسم — (٢) ويضمن امتياز المتقاسم أخيراً حق المتقاسم في الرجوع بالتعويض في حالة استحقاق البدل الذي أخذه، استحقاقاً كلياً أو بعضياً (٦)

٢٦٧ — العقارات المحملة بالامتياز: قالت المادة ٦٠٢ المذكورة بوجه عام « للشركاء الذين اقتسموا عقاراً (٧) شائعاً بينهم حق امتياز على ذلك العقار » فجعلت الامتياز مقرراً على العقارات بوجه عام. ومع هذا التسليم يجب مع ذلك مراعاة القواعد الآتية:

١ — ينصب الامتياز حتماً على العقار الواحد المبيع بالمزاد لعدم إمكان القسمة (٨) ضماناً لثمن مرسى المزداد، كما قررت ذلك بعبارة صريحة المادة ٢١٠٩ مدني فرنسي

(١) et pour leur recours respectif à raison de ce partage

(٢) soultes أو recours de lot indivisaire (٣)

(٤) l'adjudication vaut partage copropriétaires (٥)

(٦) كتابتان ص ٨٥٣ (٧) Les immeubles (٨) immeuble licité

٢ — ينصب الامتياز على جميع العقارات موضوع القسمة^(١) (النص الفرنسي للمادة ٦٠٢ وردت به كلمة العقار بصيغة الجمع بخلاف النص العربي اذ وردت به بصيغة المفرد — وتقول المادة ٢١٠٣ الفرنسية بأن الامتياز ينصب على العقارات الموروثة^(٢) . على أنه يجب ملاحظة أن لا يحمل كل مقتسم من الامتياز الا بالقدر المناسب بما التزم هو بالذات بالتزام الضمان^(٣) ذلك لان الحق المقرر للمقتسم بشأن دينه المضمون^(٤) يولد منقسماً بين الشركاء . ولا يجوز أن يكون امتياز المقتسم وهو تابع لحق الضمان المنقسم بطبيعته ، أكثر قوة من الحق الاصلى المتبوع^(٥) والا اذا قيل بالعكس لترتب على ذلك أن كل واحد يرجع على الآخرين بطريقة لا تنتهي^(٦)

و معنى ذلك أننا نرى أن حق الضمان المقرر للمتقاسم المضار قبل زملائه حق يقابله التزام يلتزم به المتقاسم قبل زميله المضار . فهو دين في ذمة المتقاسم غير المضار وهو بنفسه دين بمال المتقاسم المضار . وكل متقاسم غير مضار ضامن لزميله المضار . وليس المتقاسمون غير المضارين مسؤولين بالتضامن أمام زميلهم المضار . لأن حق الضمان المقرر لهذا الأخير قبل زملائه حق ولد منقسماً وموزعاً على بقية الشركاء ، باعتبار أن كل شريك مسؤول فقط عن نصيبه في الضمان بالقدر المناسب لنصيبه في الشيوع . ويستحيل أن يكونوا متضامنين في الضمان ، لأنه لا استفاد من الشيوع تضامن بالنسبة للشركاء ، مادام أن لكل شريك نصيباً معيناً في الشيوع ، وانه لم يرتبط مع زميله الارتباطاً عرضياً يرجع لظرف الشيوع فقط . ولكن هل اذا استحال القول بالتضامن فهل يستحيل القول أيضاً بعدم قابلية حق الضمان الواقع على العقارات المقسومة للتجزئة^(٧) ؟ أو بعبارة أخرى هل ينفذ حق الضمان المقرر للمتقاسم

immeubles de succession (٢) immeubles partagés (١)

obligation de garantie : س ، ٦٤ ، ١ ، ٤٤٥

créance de garantie (٤) (٥) جرائمولان ص ٢١٢ ن ٧٥٧

indivisibilité (٧) circuit de recours (٦)

المضار على العقارات الأخرى الواقعة في أنصبة زملائه بلا تمييز فينفذ بحقه على أى عقار يريد؟ تقول بالسلب لان النتيجة في عدم التجزئة والضمان واحدة. وانه اذا استحال القول بالتضامن فهو مستحيل أيضاً بعدم التجزئة، ما دام أن الرابطة بين الملاك على الشيوخ رابطة عرضية لم تتقرر بها التزامات شخصية تربط أشخاص الشركاء بعضهم بعضاً

هذا ولا يتمشى حتماً حق الامتياز على العقارات الاخرى المملوكة للمتقسم المدين والتي لم تدخل القسمة^(١) مع عدم الاخلال بحق الضمان العام المقرر لكل دائن على أموال مدينه

٢٦٨ - في العقارات المحملة بامتياز المتقسم وفاء لفروض البديل : وأما بالنسبة للوفاء بدين فرق الحصص^(٢) فإنه يظهر أن الامتياز لا ينصب الا على العقار أو العقارات الواقعة في نصيب المتقسم الذي التزم هو بالفرق، وانه لا ينصب على العقار أو العقارات التي وقعت في نصيب المتقسم الذي لم يلتزم بفرق البديل. وذلك لانه ما دام أن هذا المتقسم الأخير غير ملزم بأى دين ما يتعلق بفرق الثمن، فلا محل للقول بالتمسك بامتياز ضده، ما دام أن الامتياز حق تابع لدين أصلي^(٣)

وإذا نظرنا الى النص المصرى للمادة ٦٠٢ مدنى لوجدنا دهنه الآخر مفرغاً في قالب عام كنص المادة ٢١٠٣ فرنسى. وربما يترتب على صيغة التعميم القول بان امتياز المتقسم ينصب أيضاً على جميع العقارات موضوع القسمة ما كان منها داخلها في نصيب المتقسم

(٢) soufte

(١) دى هاس ج ٣ ص ٥٢٩ ن ٩٦

(٣) هذا مع ملاحظة أن الشركاء الذين لم يلتزموا بفرق البديل بعد القسمة مسئولون مع ذلك بسبب عقد القسمة في حالة عدم الوفاء بفرق البديل من جانب من التزموا به حتى ولو كان من التزموا به معسرين وقت حصول القسمة : دى لوان ج ٣ ن ٦٢٣ . — على أنه نظراً للصيغة العامة التي أفرغت فيها المادة ٢١٠٣ فرنسى المقابلة للمادة ٦٠٢ مصرى قال بعض الشارحين الفرنسيين برأى عكسى . ولكن يلاحظ مع ذلك أن المادة ٢١٠٩ فرنسى قد قيدت هذا التعميم الذى صيغت به المادة ٢١٠٣ المذكورة اذ قصرت الامتياز على العقار المحمل بفرق البديل . —

الملتزم بفرق البدل وما كان داخلاً في نصيب من لم يلتزم بفرق بدل ما . ولكن يظهر أن الحقيقة غير ذلك . لأن عبارة المادة المصرية بالنص الفرنسي ^(١) تشير إلى أن الرجوع على كل واحد على حدة ^(٢) هو خاص فقط بالرجوع بالضمان لا بالامتياز . وفرق بين الرجوع بالضمان وبين الرجوع بالامتياز . لأن الرجوع بالضمان مقرر حتماً ضد كل متقاسم باعتباره ملتزماً به بمقتضى طبيعة عقد القسمة . ولأن الحق المقرر للمقتسم المضار يقابله كما قررنا دين في ذمة المقتسم غير المضار ، وكل مقتسم مسئول فقط عن التزامه حيث لا تضامن ولا عدم قابلية للتجزئة فيه . ومع القول بأن كل مقتسم مسئول بقدر نصيبه في الضمان ، فإنه لا يحمل عقاره بالامتياز إذا كان هذا المقتسم لم يلتزم بعقد القسمة بدفع فرق الحصص . بل الذي يحمل عقاره بالامتياز ، فوق تحميله بنصيبه في المسؤولية عن الضمان ، إنما هو الذي أخذ أشياء أكبر من نصيبه ، والذي التزم من أجل ذلك بفرق الحصص

٢٦٩ — في الامتياز على المنقولات المقتسمة : كان يجب أن ينصب امتياز المتقاسم على العقارات أو المنقولات كما ينصب امتياز البائع على المبيع عقاراً كان أو منقولاً ، ما دام أن المسوغ القانوني للامتياز واحد . ولكن الشارع قصر امتياز المتقاسم على العقارات دون المنقولات

٤ — في امتياز مصاريف الصيانة

٢٧٠ — سبق أن رأينا لمصاريف الصيانة المنصرفة على المنقول امتيازاً على هذا المنقول . فهل هناك أيضاً امتياز لمصاريف الصيانة المنصرفة على العقار ؟ في المسئلة خلاف . ويقول القضاء الفرنسي بالسلب ^(٣) ويستند إلى المادة ٢١٠٢ فقرة ٣ المأخوذ عنها النص المصري للمادة ٦٠٣.٠٦٠٣ في الخاصة بالمنقولات . ويظهر أن القضاء المصري

(١) recours respectif à raison du partage

(٢) ١٧٥ ، ١ ، ٩٠٠ ، د (٣)

recours respectif

يقول بالايجاب^(١) وحجة هذا الرأي العدالة . وأن المادة ٦٠٢ / ٧٢٨ مدني الخاصة بامتياز المتقاسم واقعة بين مادتين متعلقتين بالامتياز العقاري . وأن المادة ٦٠٤ / ٧٣٠ مدني في قولها « وأما ما عدا ذلك من الامتيازات التي على المنقولات فهي مبينة في القوانين الأخر » انما يستفاد منها أن المواد السابقة عليها تتعلق هي الأخرى بالعقارات والمنقولات . واذا كانت المادة ٦٠٣ / ٧٢٩ مدني قد أشارت في آخرها الى المنقولات في قولها « . . . ويكون الترتيب بين تلك المصاريف (أي مصاريف الصيانة) في المنقولات بعكس ترتيب تواريخ الصرف عليها » فهي قد أرادت بذلك فقطح قسم القول فيما يتعلق بدرجات مصاريف الصيانة المنصرفة على المنقول فقط ، وسكنت عن التكلم بشأن مصاريف الصيانة في حالة العقار . لانه يستفاد ضمناً من المادة ٦١٤ / ٧٤١ مدني (التي قررت ضرورة تسجيل الامتيازات المتوقعة على العقار وأعفت من التسجيل الامتيازات الخاصة بالاموال والعوائد المطلوبة للحكومة والمصاريف القضائية وأجر المستخدمين والسكنية والعملة) أن هذا النص انما يشمل أيضاً درجات مصاريف الصيانة على العقار طبقاً للقواعد العامة . وفوق ذلك فانه يجب مراعاة أن للدائن بمصاريف الصيانة حق الحبس المقرر بالمادة ٦٠٥ / ٧٣١ مدني^(٢)

٢٧١ - في اشهر الامتياز : يجب قيد الامتياز المقرر على العقار بشأن مصاريف الصيانة . وشأنه في ذلك شأن جميع الامتيازات العقارية (المادة ٦١٤ / ٧٤١ مدني)^(٣)

٢٧٢ - في الامتياز المقرر للمهندسين المعماريين والمقاولين بالقانونه الفرنسي : اذا كان القانون الفرنسي لم يقرر امتيازاً لمصاريف الصيانة على العقارات فانه قرر من طريق آخر امتيازاً خاصاً للمهندسين المعماريين^(٤) والمقاولين^(٥)

(١) قارن ٢١ ديسمبر ١٨٥٠ ، ٩٢ ، ٨٥ ، ٥٠ ، ٣١ ديسمبر ١٠١ ، ٩٦ ، ٩٠ ، ١٠١ . — ٢١
 ابريل ١٨٩٧ ، ٩٠ ، ٢٧٩ (٢) جرانولان ص ٢١٣ ن ٧٦١ (٣) ٢١ ديسمبر سنة
 entrepreneurs (٥) architectes (٤) ٨٥ ، ٥٠ ، ٩٢

والبنائين^(١) والعمال الآخرين الذين يعملون في اقامة البناء أو اعادته أو تصليحه أو يعملون أى عمل يتعلق بالابنية (المادة ٢١٠٣ فقرة ٣ والمادة ٢١١٠ فرنسى) ورأى الشارع الفرنسى أنه من العدالة أن يتمتع المهندس المعمارى والمقاول بحق الاولوية على بقية الدائنين الآخرين فيما كانوا فيه سبباً لاعلاء ثمن العقار^(٢) بما ترتبت عليه زيادة حتماً بمال المدين . ولا يؤخذ بهذا الامتياز الا بتوافر شرطين ، وهما عمل محضر بحالة العقار قبل البناء وعمل محضر بتسليم العقار لصاحبه بعد البناء في ظرف ستة شهور من نهاية العمل (المادة ٢١٠٣ فقرة ٤ والمادة ٢١١٠) والغرض من هذين المحضرين أن تبين الزيادة التي تظهر بالعقار والتي قد تسبب في ظهورها به المهندس والمقاول ، وهى الزيادة التي ينصب عليها الامتياز المقرر لهما . ويجرى المهندسون والمقاولون عادة على عدم القيام بهما حتى لا يتأثر منهما صاحب العمل فيعدل عن التعاقد معهما

ولما كان لا يوجد بالقانون المصرى نصوص تقرر هذا الامتياز فانه لا يمكن الاخذ به هنا . وكل ما يستطيع المهندسون والمقاولون الاخذ به انما هو الامتياز المقرر بالمادة ٦٠٣ / ٧٢٠ مدنى بشأن مصاريف الصيانة بالشروط المقررة قانوناً^(٣) مع ملاحظة أن لهم حق الحبس ، وهو الحق الذى يترتب عليه حق الامتياز^(٤)

٥ - في فصل الاموال عن بعضها البعض

٢٧٣ - أجاز القانون الفرنسى لدائنى المتوفى وللعوصى اليهم حق طلب فصل مال المتوفى عن مال الوارث^(٥) . وهم يرمون بذلك الافلات من الضرر الذى يمكن أن يقع بهم فيما اذا اختلط مال الوارث مع مال المتوفى ، ذلك الاختلاط الذى يندشأ

maçons (١) plus—value (٢)

(٣) جرانولان ص ٢١٣ — ٢١٤ ن ٧٦٣ . وراجع أيضاً ما يأتى

Privilège du constructeur et la législation mixte, par Jean Marty (Gazette t. II, p. 13)

(٤) ٢٥ ابريل ١٩١٨ م ت ق ، ٣٠ ، ٣٨٩ . — ج ع ٣ ص ١٦٢ ن ١٧٢٢

séparation des patrimoines (٥)

عن قبول الوارث للأرث قبولاً بسيطاً غير معلق على شرط ما . ويأتى الضرر من خلط مال التركة المملوثة مع مال الوارث المعوز . ويترتب على ذلك أن يصبح دائنو التركة وقد تساوا مع دائنى الوارث فيتزاحم الكل على المالين باعتبار هذين الاخيرين مالا واحداً . لذا يسارع دائنو التركة الى طلب فصل المالين . وبذا يستفيدون من أخذ ديونهم من مال التركة من طريق الاولوية على دائنى الوارث . وقرر القضاء الفرنسى أن من شأن فصل المالين عن بعضها البعض أن ينشأ لدائنى التركة امتياز صحيح وقف عليهم دون غيرهم (أنظر المادة ٢١١١ مدنى فرنسى) فيستفيدون منه وحدهم ويصبحون به متمتعين بحق الاولوية على الدائنين للوارث خاصة . ولهم فوق حق الاولوية حق التبعية أيضاً ضد المشترين لعقارات التركة

٢٧٤ - فصل الاموال بالشريعة الاسلامية: قررت المادة ٥٨٣ من

كتاب مرشد الحيران لتقدرى باشا أن مال المورث يصرف فى وجوه معينة بدرجات مقررة . فلا يأخذ الورثة أنصبتهم فى التركة الا بعد المصاريف اللازمة من حين وفاة المورث الى حين دفنه وقضاء الديون المطلوبة منه وتنفيذ ما أوصى من ثلث ما بقى . فإذا تبقى بعد ذلك شئ فى التركة قسم على الورثة بالطريقة الشرعية^(١) أى أنه طبقاً للشريعة الاسلامية يجب فصل مال الوارث عن مال المتوفى دون مراعاة أى اجراءات وقيود ما^(٢)

وبناء على ذلك يجوز لموصى اليهم وللدائنين العاديين للتركة الحق فى تقاضى حقوقهم من مال التركة بطريق الاولوية على الدائنين للورثة . ومن شأن حق الاولوية هذا أن يضمن حقوقهم ضد اعسار الورثة وفوق ذلك فان هؤلاء الموصى اليهم ودائنى التركة حق التبعية على ما يخرج من

(١) انظر الجداول المشربة المختلطة ج ع ١ ن ٤٤٧٩ ، ٤٤٨٧ - ج ع ٢ ن ٤٢٣١

٠٣٢٣٧ - ج ع ٣ ن ٦١٧٧ - ٦١٧٩ و ٦١٩٧ و ٦٢٠٦

(٢) ج ع ١ ن ٤٤٩١ . - ج ع ٢ ن ٤٢٢٨

التركة من طريق تصرف الورثة فيها قبل حصولهم على حقوقهم^(١) ولكن يجب أن يلاحظ هنا التفرقة بين ما اذا كان الوارث تصرف في منقول أو عقار. فاذا كان قد تصرف في منقول صح للمشتري أن يحتج على دائن التركة أو الموصى اليه بقاعدة « حيازة المنقول سند تملكه » على شرط أن يكون المشتري حسن النية أما اذا كان المبيع عقاراً فالملكية لا تنتقل فيه بمقتضى قانون التسجيل الجديد الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ الا بالتسجيل. فاذا لم يتسجل العقار فلا يعتبر أنه خرج من مال التركة وعلى ذلك يصح لدائنها والوصى اليهم تقاضى ديونهم منها. أما اذا تسجل العقد وجب أن تنفذ الوصية ضد المشتري ولو أنها غير خاضعة للعلائية كما سبق أن شرحنا ذلك. هذا بالنسبة لهوصى اليه. وأما بالنسبة للدائن العادي فلقد سبق أن رأينا الخلاف المشهور المعروف في هذا الشأن وقاعدة أن لا تركة الا بعد وفاء الدين. وقد رجحنا الرأي القائل بنفاذ عقد المشتري المسجل على دائني التركة، واستندنا الى الاعتبارات القانونية المقررة الآن في نقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، وهي الاعتبارات التي ترجع للتسجيل، ثم الى اعتبارات عملية ترجع الى أن المشتري قد اطمان قانوناً وعملاً الى صحة ملكية البائع له فيما باعه، بأن تأكد له انه وارث (ويثبت ذلك بالاعلام الشرعي) وأن المورث يملك العقار (ويثبت ذلك بمستندات الملكية وبقسائم عوائد الاملاك أو باوراد أهوال الاطيان) وأن المورث لم يسبق أن تصرف في حياته في العقار (ويثبت ذلك بالكشف بسجلات التسجيل طبقاً للقانون القديم أو الكشف بملفات التسجيل طبقاً لقانون ٢٦ يونيو الجديد) وأن الوارث نفسه وهو البائع لم يسبق له أن تصرف في العقار (ويثبت بالطريقة السابقة)^(٢)

(١) ج ع ١ ن ٤٤٨١، ٤٤٨٣، ٤٤٨٦، ٤٤٩٠. — ج ع ٢ ن ٤٢٢٨، ٤٢٢٩

٤٢٣٢، ٤٢٣٥. — ج ع ٣ ن ٦٢٠٩

(٢) راجع الاثبات لنا ج ٢ ص ٢٩٥ — ٢٩٨ والمراجع العديدة الواردة بها. — البيع للهلالى بك ص ٢٨٨ — ٢٩٤ ن ٤٥٩ — ٤٦٢. — الاموال لنا ص ٩٢٥ ن ٦٣٤ وص ٩٣٧ ن ٦٤١ وما بعدها

٦ - في اشهار الامتيازات العقارية

٢٧٥ - في الامتيازات التي يجب اشهارها : لا تشهر الامتيازات العامة حتى ولو كانت منصبة على عقارات بالاشهار من طريق القيد^(١) (المادة ٦١٤ / ٧٤١ مدني و ٢١٠٧ فرنسي) . وكذلك الامتيازات المتوقعة على المنقولات فانها غير خاضعة بطبيعتها الى الاشهار من طريق القيد . لان المنقولات متنقلة من يد الى يد . ومن المستحيل معرفة مكان استقرارها لاجل توحيد قلم قيدها . واذا قيل بجواز القيد بالرجوع الى محل اقامة المدين فانه من الجائز أيضاً أن يتغير محل اقامته من وقت لآخر وأما الامتيازات العقارية الخاصة المنصبة على عقار أو عقارات معينة فانه يجب اشهارها واعلانها على الغير من طريق قيدها (المادة ٦١٤ المتقدمة مع مراعاة الاستثناء الخاص الذي أوردها بشأن الامتياز المتعلق بالاموال والضرائب المطوبة للحكومة) وعلى ذلك فهي لا ترجع في التفاضل بينها الى طبيعة الدين المضمون بها بل الى تاريخ القيد (راجع المادة ٥٥٤ مدني) والسبب في ذلك أن هذا النوع من الامتياز يعتبر في الحقيقة رهناً^(٢) حقيقياً

٢٧٦ - في قيد الامتياز : يجب اشهار الامتياز الخاص المتوقع على العقار من طريق القيد^(٣) (المادة ٦١٤ المذكورة) . وقد قرر ذلك الشارع أيضاً في حالة امتياز المتقاسم (المادة ٦٠٢) اذ قال بضرورة تسجيل^(٤) عقد القسمة . والتسجيل شرط لازم لنفاذ القسمة على الغير . ولكن بالنسبة لحق الامتياز لا بد أيضاً من القيد^(٥) وهو ذلك القيد المعروف في حالة الرهن^(٦) والذي صرحت به المادة ٦١٤ مدني المذكورة اذ قالت « والديون الممتازة على العقار يلزم تسجيلها^(٧) بالأوجه المبينة بعد فيما يتعلق

inscription (٣)	hypothèque (٢)	inscription (١)
hypothèque (٦)	inscription (٥)	transcription (٤)
		devront être inscrits (٧)

بالرهون « ولقد سبق لنا أن بينا أن المترجم للنسخة الفرنسية للقانون المصري اعتاد على ترجمة كلمة القيد الفرنسية (١) بالتسجيل وهي ترجمة غير صحيحة وصحتها القيد رفعاً للالتباس الذي يقع بين التسجيل (٢) والقيد (٣). وعلى ذلك لا يعتبر امتياز المتقاسم حجة على الغير بتسجيل عقد القسمة (٤) بل يجب قيده (٥) بالطريقة المينة في حالة الرهن (٦) أى عمل قائمتين (٧) (المادة ٦٣١ م.دنى) وتسجيل احداها ، أى تبركها في ملف التسجيل (طبقاً لقانون التسجيل الجديد الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣) ، وابقاء الاخرى تحت يد صاحب الشأن (المادة ٥٦٦ م.دنى) . وما دام القيد لازماً بصرف النظر عن تسجيل عقد القسمة فلا يسرى الامتياز حينئذ الا من تاريخ قيده (٨) ويرجع في القيد من حيث أحكامه وشروطه الى ما قررناه بشأن الرهن (وبالنسبة للفوائد والقيد أنظر قانون رقم ٢٤ سنة ١٩١٢ المعدل للمادة ٥٦٨ / ٦٩٢ م.دنى) وهل فيما يتعلق بامتياز البائع على العقار المبيع يجب أيضاً قيد هذا الامتياز طبقاً للمادة ٦١٤ ، أم أن تسجيل عقد البيع يكفي في تقرير الامتياز دون الحاجة الى عمل قيد ؟ أى هل امتياز البائع يختلف عن امتياز المتقاسم في أن لا يخضع لعملية القيد ؟ أجب القانون بالاجاب . وكذلك الحال بشأن الدائن المرتهن رهنأً حيازياً (٩) ولقد سبق أن رأينا أن المادة ٦٠١ فقرة ٧ قررت امتيازاً لبائع العقار « اذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح (١٠) » وهذا بخلاف امتياز المتقاسم ، اذ قررت المادة ٦٠٢ ضرورة حصول القيد (١١) برغم تسجيل عقد القسمة (راجع النص الفرنسي للمادة ٦٠٢)

inscription (٣)	transcription (٢)	inscription (١)
inscription (٥)	transcription (٤)	
الجديد الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ لم تعدل المادة ٦١٤ م.دنى المتقدمة (٦) ٨ مايو ٩٠ ، ٢ ، ١٣٩ ، وراجع اسباب الحكم (٧) bordereaux (٨) جرانولان ص ٢١٦ ن ٧٧٠ (٩) جرانولان ص ٢١٦ ن ٧٧٢ ، ٧٧٣ . — ١٢ يونيو ١٩٤٠ ، ٦٠ ، ٣٣٢ inscription (١١) utilement transcrit (١٠)		

٢٧٧ — في بصره الاطعام الخاصة بالامتياز البائع : يجوز أن يتقرر امتياز البائع أما بالقيد^(١) طبقاً للقواعد العامة المقررة للامتياز ، وأما بطريقة استثنائية بتسجيل^(٢) عقد البيع

فللبائع حينئذ أن يطلب قيد امتيازه طبقاً للقواعد العامة المقررة بالمادة ٦١٤ مدني المذكورة ، بصرف النظر عما إذا كان قد سجل عقد البيع أو لم يسجله . انما قرر القانون (المادة ٦٠١ فقرة ٧) اعفاء من عملية القيد بمجرد تسجيل عقده ، حتى ولو كان التسجيل حاصلًا بمعرفة المشتري نفسه . اذ اعتبر القانون التسجيل هنا بمثابة قيد . وعلى ذلك يجوز للبائع التنازل عن حق الاعفاء من القيد وطلب عمل القيد طبقاً للقواعد العامة المقررة باعفاء المادة ٦١٤ كما ذكرنا . واذا حصل تسجيل عقد البيع فيعتبر تاريخ الامتياز من وقت حصول التسجيل (المادة ٦٠١ فقرة ٧ العبارة الاخيرة)^(٣)

وانا نرى هنا ضرورة اليكلم على كل من الحالتين المتقدمتين وهي حالة تسجيل عقد البيع وحالة القيد :

٢٧٨ — في المحافظة على الامتياز بتسجيل عقد البيع . قررت المادة ٢١٠٠ مدني فرنسي بان « البائع الممتاز يحفظ امتيازه بتسجيل العقد الذي انتقلت الملكية بمقتضاه الى المشتري ، ويجب أن يذكر بالعقد بان الثمن لم يزل مستحقاً له كله أو بعضه . وفي هذه الحالة يعتبر التسجيل^(٤) بمثابة قيد^(٥) للبائع » وقالت المادة ٦٠١ المصرية فقرة ٧ المأخوذة عن النص الفرنسي هذا : « فاذا كان المبيع عقاراً كان ثمنه ممتازاً أيضاً اذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح » وعلى ذلك يحفظ الامتياز بتسجيل عقد البيع . ويرجع في تعيين درجته الى تاريخ التسجيل

(١) inscription (٢) transcription (٣) انظر دي لوان ج ١ ن ٨١٣

— جراء ولان ص ٢١٧ ن ٧٧٥ (٤) transcription (٥) inscription

وبناء على المادتين السابقتين الفرنسية والمصرية قرر القضاء المصري^(١) كما قرر القانون الفرنسي ، بان تسجيل العقد يعتبر بمثابة قيد للامتياز حتى ولو كان التسجيل حاصلًا بمعرفة المشتري نفسه ، على شرط أن يذكر بالعقد بان الثمن لم يزل باقياً كله أو بعضه بذمة المشتري . وهذا هو نفس ما قرره القانون البلجيكي الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ فيما يتعلق بالامتيازات الناشئة بوجه عام عن نقل الملكية (كالبيع والبدل والهبة)

ويظهر لنا أن ما قرره القضاء المصري في محله فيما يتعلق باعتبار تسجيل عقد البيع بمثابة قيد لامتياز البائع . ذلك لأن المادة ٦٠١ فقرة ٧ انما قررت استثناء للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٦١٤ . اذ قررت بأنه لا يؤخذ بامتياز البائع الا من وقت تسجيل عقد البيع . والا اذا كان الشارع قد أراد أن لا يؤخذ بالامتياز الا على شرط هذين الشرطين شرط تسجيل عقد البيع وشرط قيد الامتياز لوجب عليه النص على ذلك صراحة بالمادة ٦٠١ فقرة ٧ المذكورة ، كما نص بعبارة صريحة بالمادة ٦٠٢ عند ما تكلم على امتياز المتقاسم ، حيث اشترط فوق تسجيل عقد القسمة ، وهو التسجيل المقرر بالمادة ٦١٢ مدني ، ضرورة قيد الامتياز حتى يكون هذا الامتياز حجة على الغير . ولوجب عليه النص صراحة بالمادة ٦٠١ فقرة ٧ المذكورة بأنه لا يعمل بالامتياز الا من وقت تاريخ قيده . هذا ولا يمكن تفسير هذين النصين المتعارضين ، المادة ٦٠١ فقرة ٧ والمادة ٦٠٢ الا بأن الشارع أراد حتماً وضرورة الاخذ بما قرره القانون الفرنسي الذي قرر للبائع الحق في حفظ امتيازها بالاكتفاء بتسجيل عقد البيع^(٢) (المادة ٢٩٠٨ مدني فرنسي) على أنه يجب أن يلاحظ فوق ما تقدم بأن في تسجيل عقد البيع معنى العلانية اللازمة للامتياز . وما على الغير الذي يريد التعامل مع المشتري تعاملًا عينيًا عقاريا ، الا أن يطلع على دفاتر التسجيل وملفات

(١) ٨ مايو ١٩٠٣ ، ١٣٩٠٣ — ٨ مايو ١٩٠٥ ، ٧ ، ٢٥٠

(٢) جرائم ولان ص ٢١٧ — ٢١٨ ن ٧٧٧)

العقود ليتأكد له من طريق الاشهار والعلانية أن الثمن لا زال باقياً بعضاً أو كلاً بذمة المشتري للبائع

وفي حالة تتابع الباعين فيما اذا باع البائع ثم باع المشتري ثم باع المشتري من المشتري وهكذا ، فإنه يكفي لاجل أن يكون البيع حجة على الغير أن يسجل العقد الاخير (المادة ٦١٩ / ٧٤٦ مدني) . وأما وقد صدر قانون التسجيل الجديد في ٢٦ يونيو ١٩٢٣ فقد الغيت هذه المادة ، اذ لا بد من تسجيل العقود السابقة على العقد الاخير حتى يصح القول بنقل الملكية . لان العقد الاخير لا يعتبر ناقلاً للملكية بمجرد تسجيله هو ، بل لا بد من تسجيل العقد السابق عليه وهكذا . ذلك لانه اذا لم يتسجل العقد السابق فلا يعتبر تسجيل العقد اللاحق ناقلاً للملكية

هذا بالنسبة للتسجيل من حيث نقل الملكية بالنسبة للغير في نظر القانون القديم ، وبالنسبة لنقل الملكية في نظر العاقدين والغير معاً بالنسبة للقانون الجديد ولكن ما القول بشأن امتياز البائع على مبيعه ؟ ان امتياز البائع الاخير ، بالنسبة للقانون القديم ، يتقرر له بتسجيل العقد الاخير ، اذا ذكر طبعاً بالعقد ما يفيد بقاء الثمن بذمة المشتري . وأما امتياز الباعين السابقين فلا يمكن أن يتقرر لهم الا اذا كان عقد كل واحد منهم مسجلاً على حدة ، لان حفظ الامتياز مربوط بتسجيل العقد . وأما والعقد الاخير لم يشر الا الى امتياز البائع الاخير ، فلا يفيد تسجيله الا امتياز هذا البائع الاخير فقط . ولكن اذا ذكر بالعقد الاخير ما يشير الى بقاء الثمن بذمة المشتري السابقين أصبح الامتياز مقرراً للباعين السابقين على البائع الاخير

٢٧٩ — هذا بالنسبة للامتياز على حسب القانون القديم . وأما على حسب القانون الجديد فضرورة تسجيل كل عقد على حدة أمر حتى من باب أولى حتى يحفظ امتياز البائع ، لان الملكية لا تنتقل بين المتعاقدين الا بالتسجيل

٢٨٠ — ولكن يعن لنا هنا أن نساءل فيما يأتي : هل يصح للبائع قيد

امتياز، طبقاً للمادة ٦١٤، التي لم تلغ بالقانون الجديد، قبل أن يقوم المشتري بتسجيل عقده؟ أو بعبارة أخرى هل يجوز للبائع قيد امتياز به بالكييفية المقررة للرهن بالمواد ٥٦٦ و ٦٢٣ مدني في حالة امتناع أو اهمال المشتري في تسجيل عقد البيع؟ أى هل يصح قيد الامتياز دون التربص لتسجيل عقد البيع؟ أى هل قيد الامتياز بالنسبة للبائع مستقل عن تسجيل عقد البيع؟

كل هذا يرجع لما يأتي: هل امتياز البائع مستقل عن شرط نقل الملكية للمشتري، أم لا بد للأخذ بالامتياز من ضرورة تسجيل عقد الشراء أولاً؟ فإذا أهمل المشتري تسجيل عقده وجب على البائع تسجيله حتى يتقرر له الامتياز بلا قيد في هذه الحالة؟ أى هل يجب نقل الملكية حتى يصح حفظ امتياز البائع، وأنه لا نقل للملكية الا بتسجيل العقد؟

الذي نراه في كل ذلك في عهد قانون التسجيل الجديد الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ أن البائع والمشتري قبل تسجيل العقد يعتبران بائعاً ومشترياً أيضاً. وأن عقد البيع لا بد فيه قبل التسجيل ان يكون صحيحاً في أركانه وشروط صحته. بحيث اذا قص شرط أو لم يتوافر ركن فلا يعتبر عقد البيع صحيحاً. وعلى ذلك لا تأثير لتسجيله لان التسجيل لا يرفع ما شاب العقود من الشوائب ولا يصححها. بل هو ينقل الملكية ان كانت صحيحة. والا فلا تأثير للتسجيل. فمن اشترى من غير مالك مثلاً لا يصبح مشترياً من المالك بمجرد تسجيل العقد. وما دام ان البيع صحيح قبل التسجيل فهو ملزم حتماً للمتعاقدين، فيلزم البائع بالتسليم ويلزم المشتري بدفع الثمن. ويصبح كل من البائع والمشتري محملاً بواجبات العقد كل بما قرره القانون عليه من واجب الضمان على البائع للمشتري ومن الواجبات المعينة على المشتري. فان كان لا يجوز للبائع التعرض للمشتري، فكذلك لا يجوز للمشتري الامتناع عن دفع الثمن ولا الامتناع عن استلام العقار، بحجة ان العقد غير المسجل يستحيل الى مجرد التزام شخصي لا يتعمد حد التعويض. لأن هذا القول غير صحيح في جملته. اذ عقد البيع غير المسجل

وعد بطبيعته الى ان يكون ناقلاً للملكية عند تسجيله ، ومقررراً لالتزام شخصي فيما اذا لم يتسجل . وأما القول بأنه يستحيل في الحال الى التزام شخصي فهو قول لا يؤيده العقل والقانون . والا يصح القول حينئذ بأن العقد غير المسجل يستحيل في الحال الى تعويض ، وانه بناء على ذلك لا يجوز تسجيله ما دام قد سبق واستحال الى تعويض وما دام قد خلع عنه صفة قابليته لنقل الملكية ، اذ لا يصح تسجيل العقود المقررة لحقوق شخصية بحتة . وهذا القول غير صحيح حتماً . والا قيل أيضاً انه بمجرد انعقاد عقد البيع وقبل تسجيله في الحال فقد استحال هو الآخر الى تعويض ، وانه على ذلك لا يجوز تسجيله مطلقاً ، ما دام انه عقد مقرر لحق شخصي بحت ولم يكن ناقلاً للملكية . كل هذا يؤيد قولنا في ان العقد قبل تسجيله عقد بيع صحيح قانوناً ملزم للطرفين ، وانه عقد معد لنقل الملكية بالتسجيل ، ومعد لتقرير التزام شخصي يرجع لطبيعة العقد عند عدم تسجيله

و بناء على ما تقدم وعلى ان البائع بائع بالمعنى القانوني والمشتري مشتر بالمعنى القانوني أيضاً ، كل ذلك قبل التسجيل ، فانه يصح لكل منهما مطالبة الآخر بالوفاء بما التزم به بالعقد أو بالقانون . وعلى ذلك يجوز للبائع طلب قيد امتيازته دون الحاجة الى القيام بعملية التسجيل ، لان حقه في حفظ الامتياز الضامن لثمن الصفقة ليس مربوطاً بتسجيل العقد باعتبار التسجيل هذه المرة شرطاً لازماً لنقل الملكية . وله ان يفعل ذلك لاحتمال ان المشتري يقوم بالتسجيل فيما بعد . فاذا تأخر البائع عن قيد امتيازته طبقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٦١٤ التي لم تلغ بقانون التسجيل الجديد ، اذا تأخر وتسجل فيما بعد عقد البيع ، فانه يضار حتماً فيما اذا ترتبت للغير حقوق على العقار وتسجلت قبل قيد امتياز البائع أخذاً بما قرره من نظرية الاثر الرجعي للتسجيل ، كما سنوضحه حالاً . لذا لا يمكن حرمانه من حق قرره القانون له ، وهو العمل على حفظ امتيازته من طريق القيد

وعلى ذلك ننصح للبائع أن يعمل وقت العقد قائمتين بالبيانات الواردة بالمادة

٥٦٦ مدي ثم يسارع الى تسجيل احدهما بالطريقة المبينة بالمادة ٦٣١ مدي على حسب القانون القديم ويحفظ احدى القائماتين بملف على حدة بقلم التسجيلات طبقاً لقرار وزارة الحقانية الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٣ المنفذ لقانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣

٢٨١ — هذا ولا يمكن الاحتجاج بالقول بانه كيف يجوز للبائع قيد امتيازاه مع أن ملكية العقار لم تنتقل بعد للمشتري بالتسجيل ؟ نقول لا محل لهذا الاعتراض لانه لا تأثير مطلقاً للتسجيل على العقد قبل تسجيله من حيث الواجبات والحقوق المترتبة عليه . لانه لا يجوز للبائع مثلاً أن يمتنع عن تسليم العقار بحجة ان عقد البيع لم يسجل . اذ يصح للقاضي الحكم بحصول البيع . وفي هذه الحالة يسجل المشتري الحكم المؤيد والمظهر لعقد البيع . وبهذا التسجيل تنتقل الملكية للمادة ٢ من القانون الجديد . فهل والقانون يبيح تسجيل الاحكام للمظهرة للتعاقد الخاص بنقل الملكية أو الحقوق العينية العقارية ، يستطيع البائع منع المشتري من الحصول على حكم مؤيد أى مظهر لعقد البيع ذريعة الى نقل الملكية من طريق تسجيل الحكم ؟ لا يستطيع البائع ذلك . أى يحكم القاضي بحصول البيع فقط حصول البيع . ولكن لا يحكم بنقل الملكية لانه لا بد في نقل الملكية من ضرورة مراعاة اجراءات التسجيل المقررة بالوضع العينة . واذا كان البائع ملزماً بالتسليم برغم عدم تسجيل العقد فلا بد أن يكون المشتري ملزماً كذلك بدفع الثمن برغم عدم تسجيل العقد . واذا كان الثمن حقاً ترتب للبائع بعقد البيع غير المسجل أو المسجل فكيف يحرم من العمل على حفظ حقه ، أى حفظ الامتياز المقرر له ؟ وبما أنه يجوز للبائع كما قررنا الحق في حفظ امتيازاه اما بتسجيل عقد البيع طبقاً للمادة ٦٠١ فقرة ٧ مدي واما بقيد الامتياز طبقاً للمادة ٦١٤ مدي وطبقاً للقيود المقررة بالمادتين ٥٦٦ و ٦٣١ مدي وقرار وزارة الحقانية الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٣ ، فلا يحرم حينئذ هذا البائع من التمتع بالاجراءات المقررة لحفظ الامتياز مادام أن الامتياز قد تقرره سواء سجل المشتري عقد البيع أو لم يسجله

٢٨٢ — قلنا ان للبائع مصلحة ظاهرة في المسارعة الى قيد امتيازه حتى لا يفضله شخص يتقرر له حق عيني على العقار بعقد مسجل قبل القيد . لان من شأن نظرية الاثر الرجعي للتسجيل ، أى تسجيل عقد المشتري أن يصبح هذا الاخير مالكا من يوم شرائه ، (على شرط عدم المساس بالحقوق التي يحتمل أن يكتسبها الغير باسم البائع) أى تصبح الحقوق المكتسبة على العقار صحيحة من يوم تسجيلها ولو أنها توقعت على عقار لم تنتقل ملكيته الى المشتري وقت اكتساب هذه الحقوق قد يمكن أن يقال « وما الفائدة للبائع من المسارعة الى قيد امتيازه قبل تسجيل عقد المشتري ما دام أن للتسجيل أثراً رجعياً يتمشى حتى يوم عقد الشراء ، اذ بالاثر الرجعي يعتبر البائع مستفيداً من حق الامتياز من تاريخ الشراء » ولكن يرد على ذلك أننا علقنا دائماً وأبداً نظرية الاثر الرجعي للتسجيل الجديد على شرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للغير . و بيان ذلك :

عمل عقد الشراء يوم أول يناير وحصل قيد الامتياز في ١٠ منه ورهن المشتري العقار رهناً رسمياً وتقيده في ٢٠ منه . ثم سجل عقد الشراء أخيراً في ٣٠ منه .
فما الحكم ؟

للامتياز المرتبة الاولى لانه لم يتقدمه حق مكتسب للغير . ثم يأتي بعده الرهن واذا فرض أن قيد الرهن حصل في ١٠ وقيد الامتياز حصل في ٢٠ أصبح للرهن المرتبة الاولى . لان قيد الرهن حصل ولم يتقدمه قيد سابق عليه . وهنا ترى وجهة القول بأهمية مسارعة البائع الى قيد امتيازه حتى لا يسارع الغير في قيد حقه قبل البائع

٢٨٣ — واذا كان امتياز البائع محفوظاً بتسجيل العقد فلا يلزم البائع بتجديد التسجيل في كل عشر سنوات كما هو مقرر بالرهن (المادة ٥٦٩ / ٦٩٣ مدني) (١).

(١) جرائم ولان ص ٢١٨ ن ٧٨١

ولكن ما القول فيما اذا قام البائع بقيد امتياز طبعاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٦١٤ مدينى؟ فهل يجب تجديد القيد كل عشر سنوات أيضاً كالرهن؟ الذى نراه القول بالايجاب، الا اذا تسجل عقد البيع برغم حصول قيد حق الامتياز. وبهذا الايجاب، قضى القضاء الفرنسى أيضاً^(١). والا اعتبر قيد امتياز البائع ممتازاً عن قيد الرهن فى أن هذا الاخير يتجدد كل عشر سنوات، مع أن المادة ٦١٤ مدينى تقضى بحصول قيد الامتياز بنفس الطارق المقررة لقيد الرهن^(٢).

٢٨٤ - في قيد الامتياز بقوة القانون نفسه بالقانون الفرنسى :
 رأى الشارع الفرنسى أن يجعل للتسجيل دفترًا وللقيد دفترًا (بخلاف القانون للمصرى فانه جعل التسجيل والقيد بدفتر واحد) (المادة ٦٢٢ مدينى) ولكن العمل جرى بقلم التسجيل بالمحاكم المختلطة على افراد دفتر خاص لكل من التسجيل والقيد على حدة، وذلك من زمن بعيد. وبقانون التسجيل الجديد أصبح للعقود الخاضعة للتسجيل ملف على حدة، وللاوراق الخاضعة للقيد ملف على حدة أيضاً). لذا قرر القانون الفرنسى (المادة ٢١٠٨ مدينى فرنسى) الزام حافظ سجل الرهن بأنه عند تسجيل عقد البيع يعمل حافظ السجل فى الحالة على اجراء عملية القيد بالدفتر المعد للقيد خاصة. وفوق ذلك فانه اذا أهمل حافظ السجل عمل القيد فان هذا الاهمال لا يؤثر على امتياز البائع ولا يعطل مفعوله. وكل ما يترتب على الاهمال انما هو الزامه بتعويض نظير الاضرار التى يحتمل أن تكون قد أصابت الغير
 هذا هو حكم الشارع الفرنسى. أما الشارع المصرى فلم ينقل عنه هذا الحكم ولم يقرر حصول القيد بمعرفة حافظ السجل، أى حصول القيد بقوة القانون وحكمه، بل جعل أمر القيد بيد صاحب الشأن طبقاً للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٦٢٢ / ٧٥٠ مدينى فى أن التسجيل والقيد يحصلان بدفتر واحد^(٣).

(١) قانون بلانبول ن ٣٠٨٨ (٢) قارن مع ذلك جرائمولان ص ٢١٩ ن ٧٢٣

(٣) أنظر ٨ مايو ١٩٠٠، ٢٠٩٠، ١٢٩

٢٨٥ — الوقت الذي يجب فيه أنه يحصل القيد . لم يعين الشارع المصري مدة يجب أن يحصل فيها اشهار امتياز البائع بالتسجيل أو القيد . انما يجب أن يلاحظ ، وقد اعتبر الشارع الامتياز على العقار كالرهن حقيقة ، انه من اللازم الاسراع الى حفظ الامتياز بالتسجيل أو القيد قبل أن يتصرف المشتري في العقار (المادة ٥٦٥ / ٦٨٩ مدني) ويسجل المشتري عقده ^(١) وقبل أن يشهر افلاس المشتري ^(٢)

وانفرد القانون الفرنسي دون المصري بتعيين مدة ٤٥ يوماً للبائع والمتقاسم من وقت تاريخ عقد البيع وعقد القسمة يجوز لهما فيها العمل على حفظ الامتياز المقرر لهما بالطرق القانونية المقررة لحفظ امتيازهما ، بحيث أنه لا يسرى عليهما أى عقد تصرف صادر بشأن العقار المبيع أو المتقاسم ويسجل في ظرف المدة المذكورة (المادة ٦ فقرة ٥ من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥) والغرض من ذلك حماية البائع والمتقاسم من البيوع الفجائية التي يترتب عليها ضرر بالبائع أو المتقاسم

ولم يشأ الشارع المصري تقرير هذه القاعدة بالقانون المصري . ولذا يعمل البائع أو المتقاسم على حفظ امتيازهما من طريق الاعلان عنه بأسرع ما يمكن حتى لا يسارع المشتري أو المتقاسم الآخر الى التصرف في العقار قبل تسجيل عقد البيع أو عقد القسمة . واذا أراد البائع الافلات من خطر تصرف الطرف الآخر في العقار وتسجيل عقد المتصرف قبل تسجيل عقد البيع ، فما على البائع الا أن يشترط بعقد البيع أن الملكية لا تنتقل بينهما الا بالتسجيل ، وذلك في عهد القانون القديم ^(٣) . وأما والملكية لا تنتقل في عهد قانون التسجيل الجديد الا بالتسجيل فان البائع يطعن في هذه الحالة في أن عقد المشتري من المشتري منه لا ينفذ بالتسجيل الا اذا كان

(٢) د ، ٢٠٧ ، ٢٠٩٣ ، ٢٠٧

(١) دي لوان ج ٢ ن ٨١٩

(٣) جرانولان ص ٢٢١ ن ٧٨٦

العقد السابق عليه ، أى عقد البائع الاول ، مسجلاً . لان عقد البائع الاول لا ينقل الملكية الى المشتري الاول الا اذا تسجل . وعند التسجيل فقط تنتقل الملكية هذا ويجوز لمن قدم مبلغاً فى دفع دين البائع من المشتري أن يحل محل البائع فى امتيازه المقرر له على العقار طبقاً لما قررناه وأخذنا بالمادة ٦٠١ فقرة ٧ مدنى . ويجب على من يحل محل البائع أن يعمل بالاجراءات المقررة قانوناً فى حفظ الامتياز

٧ - فى مراتب الامتيازات المقررة

على العقارات

٢٨٦ - فى نواحي الامتيازات الخاصة على العقارات مع بعضها البعض اومع الرهون الرسمية : نرى هنا ضرورة التكلم على القانون المصرى وعلى القانون الفرنسى كل على حدة :

٢٨٧ - اولاً : القانون المصرى : قرر الشارع المصرى بأنه يرجع فى تعيين درجات الامتيازات الخاصة المتوقعة على العقارات الى تاريخ تسجيلها أو قيدها . وقرر ذلك بشأن امتياز البائع بالمادة ٦٠١ فقرة ٧ وبامتياز المتقاسم بالمادة ٦٠٢ مدنى (قارن المادة ٢١٠٦ مدنى فرنسى)

وقرر الشارع أيضاً بأنه لا يجوز أن يترتب على امتياز الدائن المرتهن رهناً عقارياً حيازياً ضرراً ما بالنسبة للحقوق العينية العقارية المقررة على العقار المرهون والمحفوظة حفظاً قانونياً من طريق التسجيل (المادة ٥٥١ / ٥٧٥ مدنى) وعلى ذلك يفضل الرهن الرسمى المسجل قبل تسجيل الرهن العقارى الحيازى ، على هذا الرهن الاخير .

ومن هنا يرى أن الشارع المصرى نظر حقيقة الى الامتيازات نظره الى الرهون

الرسمية الحقيقية ما دام أنه لا بد من الرجوع فى تعيين مراتبها ودرجاتها الى تاريخ التسجيل والقيّد ، لا الى الصفة الخاصة بكل دين ممتاز ، وهى الصفة التى أشار اليها نفس الشارع بالمادة ٥٥٤ فقرة ٤ مدنى ، الامر الذى لا يصدق فى الحقيقة الا على الامتيازات العامة (لما عدت المادة ٥٥٤ المذكورة طوائف الدائنين ذكرت بالفقرة ٤ ما يأتى : « الرابع . — الدائنون الممتازون ^(١) الذين لهم بسبب حالة ديونهم ^(٢) الحق فى كونهم يستوفونها بالاولوية والتقدم على ... »)

و بناء على هذه القاعدة المصرية اذا جاء المشتري وقرر على العقار رهناً رسمياً وقيّد الدائن المرتهن هذا الرهن قبل تسجيل عقد البيع أصبح الرهن مفضلاً على امتياز البائع . وكذلك الحال أيضاً بشأن امتياز المتقاسم . فانه يهدد هو الآخر بزوال امتيازه اذا جاء زميله المتقاسم معه والمدين له بفرق البدل ^(٣) ورهن عقاره الذى وقع له فى نصيبه رهناً رسمياً وسجل الدائن المرتهن رهنه قبل قيد امتياز المتقاسم طبقاً للمادة ٦٠٢ مدنى

وربما يؤخذ على الشارع المصرى هنا فى أنه لم يعين مدة كما فعل الشارع الفرنسى يستطيع فيها البائع حفظ امتيازه حتى لا يفاجأ بالتصرفات السريعة التى يجربها المشتري على العقار فيسارع المشترون أو المرتهنون منه الى التسجيل قبل تسجيل عقد البيع الاول . ولكن يجب ملاحظة أن قانون التسجيل الجديد قد خفف نوعاً ما من هذا الضرر فى تلك الحالة . (راجع أيضاً المادة ٤١٣ مدنى مختلط التى قررت صحة الرهون الرسمية وصحة تصرفات المشتري اذا سجلت التصرفات وحصل قيد الرهون ، وذلك فى حالة ما اذا حكم بفسخ عقد المشتري الراهن أو الذى باع ما اشتراه)

٢٨٨ — تأييد القانون الفرنسى : أما القانون الفرنسى فانه عاجز الحد الخطر

à raison de la nature de leurs (٢)

créanciers privilégiés (١)

soulté (٣)

créances

وقرر في الاصل مدة الدائن الممتاز يقيد فيها امتيازه حتى يفضل بامتيازه هذا الدائنين الآخرين وذلك :

١ . — أنه اذا قيد الدائن الممتاز امتبازه في المدة التي عينها القانون وجب اعتبار درجة الامتياز لا من وقت القيد بل من وقت أن وجد الدين الممتاز، أي من تاريخ العقد، كعقد القسمة مثلا. ويعتبر الامتياز في هذه الحالة شبيها بالرهن الرسمي ولكنه رهن ممتاز^(١) في مرتبته ودرجته (راجع في ذلك المادة ٢١٠٩ مدني فرنسي والمادة ٢١١١)

٢ . — واذا لم يقيم الدائن الممتاز بحفظ امتيازه في المدة المقررة، فإنه يجوز له مع ذلك القيام بحفظه أيضاً بقيدته بعد مضي المدة المضروبة. ولكن لا تتقرر درجة الامتياز في هذه الحالة الا من وقت القيد لا من تاريخ العقد. وفي هذه الحالة يستحيل الرهن الممتاز هذا الى رهن عادي (راجع في ذلك المادة ٢١١٣ مدني فرنسي^(٢))

٢٨٩ — في تراجم الامتيازات العامة مع الامتيازات الخاصة العقارية أو

مع الرهون الرسمية : الامتيازات العامة (المصاريف القضائية والضرائب والفوائد وأجر المستخدمين) تفضل جميع الامتيازات الخاصة والديون المضمونة برهن رسمي. والسبب في ذلك العدالة والرافة. ولأن هذه المبالغ صغيرة لا تستغرق مال المدين. على أنه يمكن الاستناد في ذلك أيضاً الى الادلة الاخرى الآتية : ١ : المادة ٥٥٤ / ٦٧٤ فقرة ٤ مدني. اذ يستفاد من هذه المادة في فقرتها الرابعة أنها تشير الى الامتيازات العامة عند ما قررت بان الدائنين الممتازين هم « الذين لهم بسبب حالة ديونهم^(٣) الحق في كونهم يستوفونها بالاولوية والتقدم على جميع الدائنين الاخر... » . — (٢) المادة ٦٠١ فقرة ٧ الخاصة بامتياز البائع والمادة ٦٠٢ الخاصة بامتياز المتقاسم حيث قررتا بأن مرتبة الامتياز فيهما تتعين بالتسجيل أو القيد، بينما يرجع في تعيين مراتب

(١) hypothèque privilégiée (٢) أنظر أيضاً المادة ٢١٠٨ مدني فرنس التي

تعهدت سنة ٩١٨ بقانون أول مارس (٣) à raison de la nature de leurs créances

الامتيازات العامة الى طبيعة الديون^(١) (أى الى سبب حالة الديون^(٢)) كما تقول بذلك الفقرة ٤ من المادة ٥٥٤ المتقدمة (أى بلا قيد يرجع لاجراءات العلانية والاشهار^(٣))

هذا وقد قرر القانون البلجيكي الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ (المادة ١٩) بان الامتيازات العامة تأتى فى مرتبتها بعد الامتيازات الخاصة والرهون الرسمية . وكذلك الحال فى القانون الرومانى وفى عهد القانون الفرنسى القديم فان الامتيازات العامة كانت لا تأتى أيضاً إلا بعد الدائنين المرتهنين رهناً غير حيازى^(٤)، أى انها لا تتمتع بحق الاولوية الا بالنسبة للدائنين العاديين . وهذا هو حكم القانون البلجيكي أيضاً

وقرر القانون الفرنسى بالمادة ٢١٠٥ بانه يجب أن ينفذ بالامتيازات العامة أولاً على منقولات المدين . فاذا لم تكف ينفذ بها على عقاراته ، وتكون لها عليها المرتبة الاولى . ولا شك فى أن هذا المبدأ فى مصلحة الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً . وان قيل بجواز الاخذ به بالقانون المصرى فقد يعترض على ذلك بما يأتى : (١) لا يوجد نص به يشبه النص الفرنسى . (٢) ان مرسوم ٢١ مارس سنة ١٨٨٥ الخاص بالامتياز العام المقرر للحكومة على أهوال الصياقة أجاز للحكومة حق الاختيار فى التنفيذ أولاً على العقارات قبل الحجز على المنقولات (المادة ٢ من المرسوم المذكور)

فى تزامم الامتيازات العامة فيما بينها : اذا تزاممت الامتيازات العامة على العقارات وجب الرجوع فى ذلك الى ما سبق أن قررناه بشأن تزامم الامتيازات العامة على المنقولات

(٢) جرائع ولان ٢٢٣ — ٢٢٤ ن ٧٩٢

(١) nature (٢) nature

(٤) créanciers hypothécaires

(٥) في آثار الامتيازات بوجه عام

٢٩٠ — للامتيازات جميعها حق الاولوية . ولبعضها حق التتبع :

أولاً : حق الاولوية : لجميع الدائنين الممتازين حق اولوية (المادة ٥٥٤ مدني)
وقد سبق أن تكلمنا على ذلك في الرهن الرسمي . وتكلمنا أيضاً على مراتب
هذه الامتيازات عقارية كانت أو منقولة في مكانها

ثانياً : حق التتبع : الاصل انه لا يترتب على الامتيازات المقررة على المنقول
حق التتبع ، وذلك نظراً للقاعدة المعروفة في أن «حيازة المنقول سند تملكه» ويستحيل
امتياز المنقول دائماً الى حق اولوية . وللامتيازات العامة على العقارات حق تتبع يرجع
في أحكامه الى ما قررناه لحق التتبع في الرهن الرسمي .

(٦) في انقضاء الامتيازات

يرجع في انقضاء الامتيازات الى ما قررناه بشأن انقضاء رهون الرسمية

في حق الحبس

(١) كلمة عامة

٢٩١ — حق الحبس ^(١) حق يستعين به الحائز للشيء على الاحتفاظ بهذا

الشيء حتى يأخذ دينه الذي اشتغلت به ذمة مالك الشيء .

والمسوغ لحق الحبس العدالة . ومن الغش والتدليس أن يطالب مالك الشيء بشيئه

دون أن يوفى بما اشتغلت به ذمته بسبب هذا الشيء للحائز له

وقد يتشابه حق الحبس مع المقاصة . ذلك لان كلاهما يعمل على تفويق

العدالة على مجرد العمل بالقانون عملاً دقيقاً وحق الحبس يشبه من جانب آخر الحجز الذي يجبر به الدائن على الشيء تحت يده، كما أن المقاصة تشبه أيضاً هذا الحجز. ويعتبر الدائن في الحالتين أنه تقاضى الدين بنفسه ولنفسه

على أن حق الحبس يختلف مع ذلك عن المقاصة. ذلك لأن حق الحبس ضمان مقرر للدائن الحائز للشيء في دين نشأ له بسبب هذا الشيء. ولا يعتبر حق الحبس أداة لبراءة الذمة (١). وأما المقاصة فهي على العكس من ذلك أداة لا تقضاء دينين (٢) تقررا لشخصين، كل منهما دائن ومدين، وينتضى الدينان بالتلاقي (٣)

وإن كانت صلة التشابه قائمة، مع ملاحظة هذه الفروق السابقة، بين حق الحبس والمقاصة، فإن حق الحبس يتشابه أيضاً مع حق الرهن (٤) إذ يمكن اعتبار حق الحبس حقاً استحالياً في النهاية إلى رهن. لذلك عملت القوانين العصرية الحاضرة على وضع حق الحبس بعد الرهن مباشرة (٥)

أما القانون المصري فإنه جعل حق الحبس بعد حقوق الامتياز، وبدا أراد تشبيهه حق الحبس بحق الامتياز، إذ يستحيل حق الحبس في الغالب عملياً إلى حق امتياز، كما سنرى فيما بعد

٢٩٢ — لمحة تاريخية — أقر القانون الروماني حق الحبس من الوجهة العملية في أكثر الفروض العملية الحاضرة. ولم يشأ القانون الروماني أن يفرد له باباً خاصاً به، بل جعله ملحقاً بنظرية الغش والتدليس (٦) المعروفة في الظروف الحاضرة. واعتبر حق الحبس بمثابة دفع (٧) تدفع به الدعوى يسمى بدفع الغش (٨). وعلى ذلك اعتبر هذا

(١) mode de libération (٢) mode d'extinction

(٣) جرانولان ص ٢٢٥ — ٨٠٣٢٢٦ (٤) droit de gage (٥) كالتانون

الياباني الذي وضعه مشرع فرنسي، والقانون السويسري. وقرر القانون الياباني في هذا الشأن أن يخضع حق الحبس إلى أحكام الرهن إلا إذا وجد نص يخالف ذلك — جرانولان ص ٢٢٦ — ٨٠٤

(٦) dol (٧) exception (٨) exception de dol

(تأميمات ذهني — ٤١)

الدفع اداة لحماية حق واضع اليد المدعى عليه في دعوى تثبيت الملكية ، فيما اذا صرف واضع اليد هذا مصاريف على الشيء
ويظهر ان القانون الفرنسى القديم أخذ أيضا بنظرية حق الحبس كما أخذ بها القانون الرومانى

وقرر قانون نابليون الموضوع سنة ١٨٠٤ فى مواضع كثيرة منه الأخذ بحق الحبس دون أن يفرد له فصلا خاصاً شاملاً للنظرية العامة له
وكذلك الحال أيضاً بشأن أغلب القوانين العصرية فانها فعلت كما فعل القانون الفرنسى . على أنه لوحظ أن القانون النمساوى الموضوع سنة ١٨١٠ قد حظر الأخذ بحق الحبس ، اذ اعتبره اداة للدائن فى تقاضى حقه بنفسه (١)

٢٩٣ — القانون المصرى وحق الحبس : أخذ الفقه بفرنسا يعمل على وضع نظرية خاصة بحق الحبس يقرر لها أحكاماً وقيوداً وفقاً لها . وأخذ بعض الشرائع العصرية أيضاً يفرد لها باباً خاصاً بمجموعة القوانين المسنونة . ويصح القول فى هذا الشأن بأن الشارع المصرى كان فى المصاف الاول من الشرائع التى أعدت لحق الحبس باباً خاصاً جمعت فيه أحكامه (أنظر المادة ٦٠٥ / ٧٣١ مدنى تحت عنوان فى حق حبس الشيء (٢) . وانظر المادة ٥٥٤ / ٦٧٨ فقرة خامسة مدنى التى جعلت من ضمن الدائنين « الدائنون الذين لهم حق صالح للاحتجاج به (٣) على جميع الدائنين الأخر فى حبس ما تحت أيديهم (٤) من ملك مدينهم الى حين استيفاء ديونهم » (٥)) وكان يجب اضافة كلمة « كاملة » بعد كلمة « ديونهم » حتى تكون الترجمة صحيحة ومطابقة للمبدأ القانونى أيضاً لان الوفاء الجزئى لا يجرم الدائن الحائز من التمسك بحق الحبس أيضاً)

(١) جرانولان ص ٢٢٥ ن ٨٠٥ (٢) du droit de rétention

(٣) opposable (٤) retenir la possession

(٥) parfait paiement

٢٩٤ — القانون السويسرى والقانون اليابانى — ثم جاء القانون السويسرى للالتزامات الموضوع سنة ١٨٨٣ (وهى سنة وضع القوانين الاهلية بمصر) والقانون اليابانى الموضوع سنة ١٨٩١ وقرركلاهما (الاول بالمادة ٢٢٤ وما بعدها ، والثانى بالمادة ٩٢ وما بعدها) حق الحبس فى كل حالة يوجد فيها ارتباط (١) بين الدين (٢) والشيء (٣) المحبوس تحت يد الدائن (٤) . ولقد ذهب القانون السويسرى الى ابعده من ذلك . اذ قرر الاخذ بحق الحبس حتى ولو لم تكن هناك رابطة اتصال بين الدين والشيء ، اذا تبين فقط بان الدين ووضعه اليد ناتجان عن اعمال تجارية بين تاجرين (٥)

وانا لا نرى ، وقد بلغت نظرية حبس الشيء وفاء لحق المحتبس له ، مندوحة من ان تأتى هنا ببعض المواد القانونية للقانون السويسرى ، استجلاء لما يمكن ان يغمض فى هذه النظرية التى لم يضع لها الشارع المصرى الا هاتين المادتين اللتين تقدمت الاشارة اليهما وهما ٦٠٥ و ٦٥٤ فقرة ٥ مدنى

« للدائن فى جميع الاحوال التى لم يرد لها نص خاص بالقانون ، وعند حلول اجل الوفاء بدينه ، حق حبس الاعيان المنقولة والاوراق المالية الموجودة تحت يده برضاء المدين ، على شرط ان يكون هناك ارتباط بين الدين والشيء المحتبس به . — واذا كان الدائن والمدين تاجرين فانه يكفى فى الارتباط ان يكون الدين وحيارة الشيء ناشئين عن اعمالهما التجارية » (المادة ٢٢٤)

« ولا يجوز الاستفادة من حق الحبس بطريقة تخالف الشروط التى اشترطها المدين سواء تقرررت هذه الشروط وقت تسليم الشيء للدائن أو قبل التسليم ، او بطريقة تخالف الشروط التى اشترطها الدائن على نفسه فيما يتعلق بكيفية الانتفاع بالشيء واستعماله » (المادة ٢٢٥)

chose (٣)

créance (٢)

connexité (١)

٨٠٧ ن ٢٢٧ م جرانولان (٥)

debitum cum re junctum (٤)

« واذا أفلس المدين أو توقف عن دفع ديونه لدائنيه جاز الاخذ بحق الحبس أيضاً ضماناً للمدين لم يحل أجل الوفاء به » (المادة ٢٢٦)

« واذا سلم المدين لدائنه شيئاً على اعتبار انه ملك له أو كان الشيء مملوكاً لغير المدين فلا يجوز للدائن الاحتجاج بحق الحبس على هذا الغير الا اذا استلم الشيء بحسن نية ، مع عدم المساس بالحقوق المقررة للمالك الشيء في طلب تثبيت ملكيته للشيء في حالة الضياع أو السرقة » (المادة ٢٢٧)

وقد شبه هذا القانون السويسري الحائز للشيء بالدائن الممتاز باعتبار انه صاحب حق رهن . وقال في ذلك : « اذا لم يتقاض الدائن دينه أو لم يستلم ضماناً كافياً فله بعد انذاره للمدين ان يقوم بعمل الاجراءات اللازمة لبيع الشيء المحتبس تحت يده باعتباره كدائن مرتين رهناً حيازياً »

هذا ما قرره القانون السويسري . واليك ما قرره القانون الياباني :

« انه مع صرف النظر عن الاحوال التي تكلم فيها القانون عن حق الحبس بالابواب الخاصة بالاموال وكيفية اكتسابها ، فان حق الحبس هذا يتقرر أيضاً لكل دائن على منقول أو عقار مدينه ، اذا سبق للدائن وحاز هذا الشيء بسبب مشروع ، وكانت هناك صلة ارتباط بين الدين وحيازة الشيء ، أو كان الدين ناشئاً لمناسبة هذا الشيء ، اما بسبب تنازل الحائز عنه أو بسبب المصاريف التي صرفت عليه لصيانته أو بسبب الاضرار الناشئة عن هذا الشيء . — ولا يجوز لمن قام بادارة أعمال الغير ، دون ان يكون هناك عقد وكالة بذلك ، ان يستفيد من حق الحبس بالنسبة للاشياء التي انصبت عليها اعمال ادارته ، الا في حالة ما اذا صرف مصاريف ضرورية او مصاريف صيانة » (المادة ٩٢)

وليس لحق الحبس امتياز للدائن على ثمن الشيء . ولكن يجوز للحائز في حالة ما اذا كان للشيء المحفوظ تحت يده ثمرات طبيعية او مدنية حق الاستيلاء عليها بالاولوية

عن جميع الدائنين على شرط خصمها من الفوائد المستحقة له ، ومن اصل الدين اذا تبقى منها شيء . وهو مسئول عن الثمرات التي لم يعمل على الاستيلاء عليها» (المادة ٩٤) « ولا يجوز حق الحبس دون تمكين المدين من التصرف في الشيء المحتبس ، ولا دون الدائنين الآخرين في ان يوقعوا الحجز عليه ويجروا بيعه . ولكن ليس لمن حصل التصرف اليه^(١) الحق في وضع اليد على الشيء قبل ان يدفع للدائن الحائز كامل دينه » (المادة ٩٥)

« الحائز للمنقول او للعقار مسئول كالدائن المرتهن لمنقول او عقار . — وتسرى احكام رهن المنقول والرهن العقاري الحيازي على حق الحبس فيما لا يخالف الاحكام الواردة بهذا الباب . على ان حق الحبس قد يزول اذا تنازل عنه الدائن او لم يستفد منه الاستفادة القانونية له » (المادة ٩٦)

٢٩٥ — القانون الالماني — قرر القانون الالماني الاخذ بحق الحبس بطريقة عامة ومطلقة وذلك فيما بين التجار دون الحاجة الى اشتراط رابطة الارتباط بين الشيء المحتبس به ودين الحائز (المواد ٣١٣ و ٣١٤ . والمادة ٣٦٩ وما بعدها من القانون التجاري الالماني الموضوع سنة ١٨٩٧)

ولما وضع القانون المدني الالماني الحديث سنة ١٩٠٠ قرر الاخذ بنظرية حبس الشيء تقريراً عاماً شاملاً ، اذ قرره في الاحوال الآتية : — (١) في دعاوى تثبيت الملكية^(٢) ودعاوى رد الشيء^(٣) ودعاوى تسليم الشيء^(٤) وذلك ضماناً للمدعى عليه في الحصول على ما صرفه على الشيء . — (٢) في العقود التبادلية التامة أو الناقصة^(٥) (أنظر المادة ٢٧٣ و ٢٧٤)^(٦)

(١) acquéreur (٢) revendication (٣) restitution (٤) délivrance (٥) contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits (٦) أنظر ترجمة دي لاجسرى ص ٦٢ والهامش ١ و ٢

(٢) حالات حق الحبس

٢٩٦ — قد نص القانون المصرى كما نص القانون الفرنسى أيضاً على بعض الاحوال الخاصة التى يجوز فيها الاخذ بحق الحبس . وسندكرها فيما بعد ولكنه نص فى موطن آخر نصاً عاماً على حق الحبس بطريقة عامة . اذ قرر بالمادة ٦٠٥ / ٧٣١ مدنى ما يأتى : « يكون الحق فى حبس العين فى الاحوال الآتية فضلاً عن الاحوال المخصوصة المصرح بها فى القانون : أولاً — للدائن الذى له حق امتياز^(١) . ثانياً — لمن أوجد تحسيناً فى العين^(٢) ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على ما صرفه من زيادة القيمة^(٣) التى حصلت بسبب التحسين على حسب الاحوال . ثالثاً — لمن صرف على العين مصاريف ضرورية^(٤) أو مصاريف لصيانتها^(٥) » (هذا مع مراعاة المادة ٥٥٤ فقرة ٥ مدنى)

ومن هنا يرى أن الشارع قرر حق الحبس لمن يأتى : أولاً . للدائن المرتهن رهناً حيازياً^(٦) ، وهو الدائن الذى له هو الآخر حق امتياز^(٧) (قارن ما بين النص العربى والنص الفرنسى) ثانياً . لمن صرف مصاريف على الشئ وقاضاه المالك وطلب تثبيت ملكيته للشئ أو رده اليه . ويجب الاخذ هنا بحق الحبس أيضاً فى جميع العمود التبادلية الكاملة والناقصة ولو أن القانون المصرى لم ينص عليها كما نص عليها القانون الالمانى . وحق الحبس فى الحالة الاولى مقرر برضاء الطرفين . وأما فى الحالتين الأخرين فانه ليس ناشئاً عن تراضى الطرفين ولكنه ناشئ عن الاحكام العامة ويتلاحظ أن حق الحبس ينصب على المنقول وعلى العقار لان السبب فى تقريره من حيث هو العدالة ، وهى واحدة فى النوعين . وبهذا قرر القانون اليابانى كما مر (المادة ٩٣)

(١) au créancier nanti (٢) a amélioré (٣) plus-value
 (٤) dépenses nécessaires (٥) conservation
 (٦) créancier nanti (٧) en outre de son privilège

وانا نفرد هنا لكل حالة كلمة خاصة

٢٩٧ - الحائز الدولي : هو الحبس المقرر للدائن المرتهن هبازيا :

سبق أن رأينا ان الدائن المرتهن حيازيا منقولاً او عقاراً حق الحبس للمنتقل اولعقار الذى ارتهنه . ويصح ان يلحق بحق الحبس هذا حق الحبس المقرر للوكيل بالعمولة على البضائع الموجودة تحت يده لحساب موكله (المادة ١٥ / ١٩ و ٩٤ تجارى و ٩٥ فرنسى . - انظر ايضاً المادة ٤٣٤ من قانون الالتزامات السويسرى الصادر سنة ٩١١) ويلحق به ايضاً حق الحبس المقرر للمؤجر على المنتقولات الموجودة بالحل المؤجر وحق الحبس المقرر لصاحب الفندق^(١) او صاحب الخان^(٢) اذا قيل بان له حق رهن على امتعة المسافرين الموجودة بالفندق او الخان . وحق الحبس المقرر فى الغاروقة (المادة ٥٥٣ مدينى اهلى فقط) . وحق الحبس المقرر لمصلحة الجمارك على البضائع الواردة ضمناً لعوائد الجرك والغرامات التى يحمل بها المرسل اليه بسبب البضائع (المادة ٨ من لأئحة الجمارك)

٢٩٨ - الحائز الثانية : فى حق الحبس ضمناً للمصاريف المصروفة على

الشيء اذا طالب المالك بالشيء : قرر القانون المصرى هذه الحالة الثانية وابع فيها التمسك بحق الحبس لمن صرف على شيء مملوك للغير مصاريف ضرورية او مصاريف نافعة وكان على حق فى المطالبة بهذه المصاريف

وانه ليتهم طالب تثبيت الملكية للشيء او طالب رده بالتدليس والغش فيما اذا رغب فى الحصول على شئيه دون ان يدفع المصاريف التى صرفت على الشئ واستفاد منها هو . ذلك لانه توجد صلة ارتباط^(٣) بين الشئ والدين بالمصاريف المنصرفة عليه . فاذا طالب المالك برد الشئ وابع دفع ما صرفه الخائز عليه ، كان فى ذلك مساس بحسن النية واعتداء عليه . ذلك لان دعاوى بالقانون المصرى كما هى بالقانون الفرنسى

(١) hôtelier (٢) aubergiste

(٣) connexité أو debitum cum re junctum

مدني و١٦١٣ (فرنسي) (١) . (٢ -) للشترى في بيع الوفاء (المادة ٣٤٤ / ٤٣٠ مدني) . (٣ -) للمستأجر الذي أخرجه مشتري الشيء المؤجر (المادة ٣٩٠ / ٤٧٧ مدني و١٧٤٩ (فرنسي) . (٤ -) للامين ضمانا لما صرفه من مصاريف صيانة الشيء أو ضمانا للتعويض نظير الضرر الذي أصابه من الشيء نفسه (المادة ٤٨٨ / ٥٩٧ مدني و١٩٤٨ (فرنسي) (٢) . (٥ -) للوكيل بالعمولة (المادة ٨٥ / ٨٩ تجاري و٩٠ فرنسي (٣) . (٦ -) لربان السفينة ضمانا لايجارها (٤) (المادة ١٢٥ بحري و٣٠٦ فرنسي) (٥)

وبرغم سكوت القانون وعدم النص به فانه مع ذلك يجب أن يتقرر حق الحبس أيضاً في الاحوال الآتية : (١) للمستعير على سبيل العارية (٦) ضمانا لما دفعه من المصاريف (المادة ٤٧١ / ٥٧٣ مدني و١٨٩٠ فرنسي) . (٢ -) للوكيل والفضولي على الاشياء الموجودة تحت أيديهما حتى الوفاء بما دفعاه من جيو بهما مقدما أو ما صرفاه عليها (٧) . (٣ -) للعامل (٨) ولصاحب المصنع (٩) حتى الوفاء بأجرهما . وينصب حق الحبس على الاشياء المسامة اليهم لصنعها أو لتصليحها . (٤ -) على أنه من طريق آخر يجوز الاحد بحق الحبس في هذه الاحوال بالنص العام لحق الحبس وهو المادة ٧٣١ / ٦٠٥ مدني في حالة المطالبة بمصاريف تكون قد صرفت على الشيء المحتفظ به

٣٠٠ - هو الحبس والقانون الفرنسي : اختلف الشارحون الفرنسيون

- (١) ١٦ مايو سنة ١٨٠٩٠٦ ، ٢٥٥ ، في حالة افلاس المشتري - ٢٦ مارس ١٨٠٨ ، ١٣٧ ، ٢٠ - قارن ١٦ ديسمبر ١٨٠٣ ، ١٦ ، ٧١ ،
 (٢) قارن ٢٠ يونيو ١٨٠٩ ، ٣٩٢ ،
 (٣) ١١ يونيو ١٨٠٩ ، ١٤ ، ٣٤٤ - قارن ٩ نوفمبر ١٨٠٧ ، ٢ ، ١٠ ،
 (٤) frêt (٥) وبالنسبة لحق الحبس فيما يتعلق بالمالك المروعة ملكية لا لانتفعة العامة
 أنظر المادة ١٩ من مرسوم ٢٤ ديسمبر ١٨٠٦ (٦) commodataire
 (٧) د ، ١٩٩ ، ٢ ، ٦٣ ، (٨) ouvrier (٩) fabricant

فما اذا كان يجب فى الاخذ بحق الحبس عدم الخروج عن النصوص التى قررتة فى الاحوال المعينة ، أو الاخذ به بطريقة عامة دون التقييد بالنصوص التى نصت به فى أحوال معينة . وتميل الاغلبية فيهم الى الاخذ فيه من طريق التعميم فيما اذا تعلق هذا الحق بعقد أو شبه عقد ، وكان الدين ، الذى جمعه والشئ رابطة الاتصال ، قد تولد لمناسبة العقد أو شبه العقد^(١) أما القضاء الفرنسى فانه توسع فى الاخذ بحق الحبس وقرره فى جميع الاحوال التى يوجد فيها ارتباط^(٢) بين الدين المطلوب مع الشئ المحتفظ به^(٣) ولا يشترط ضرورة سبق وجود عقد بين الطرفين . (وهذا هو نفس ما يقرره القانون السويسرى والقانون اليابانى كما تقدم القول فيه) وعلى ذلك قرر القضاء الفرنسى حق الحبس لواقع اليد فى حالة رفع دعوى تثبيت الملكية عليه من المالك الحقيق . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة أنه لا يقرر حق الحبس الا لواقع اليد بحسن نية ، أى لمن كان يجمل العيوب التى عابت عقده ، ولا يقرره لواقع اليد سبب النية

ويظهر لنا أن هذا الخلاف القائم بفرنسا لا محل له بمصر ، وقد نصت المادة ٦٠٥/٧٣١ مدنى نصاً عاماً فى تقرير حق الحبس فى حالة المصاريف المنصرفة ، وهو نص لا شبيه له بالقانون الفرنسى . ومن الصيغة العامة لهذه المادة المصرية يمكن القول بأنه يجوز الاخذ بحق الحبس فى جميع الاحوال دون ضرورة اشتراط سبق وجود عقد أو شبه عقد بين الطرفين^(٤) . على أنه يلاحظ من طريق آخر بأنه يرجع فى تقرير حق الحبس فى حالة العقود وأشبه العقود التبادلية الى القواعد العامة ، كما يصح الرجوع أيضاً الى النصوص الخاصة التى قررتة فى أحوال معينة

(١) ابرى وروف ٢٥٦ مكرر ن ٥ . — جرائمولان ص ٢٣٢ ن ٨٢٢
 (٢) connexion أو corrélacion (٣) debitum cum re junctum

س ، ١٩٢٠ ، ١ ، ٩٠٠ (٤) جرائمولان ص ٢٣٣ ن ٨٢٣

(٣) في آثار حق الحبس

٣٠١ — يترتب على حق الحبس أنه يجوز للمحتفظ بالشيء أن لا يرده الا اذا تقاضى دينه الذي ارتبط بالشيء ، ويعتبر الشيء ضامناً للوفاء (المادة ٥٥٤ فقرة ٥ مدني) (ويقرر القانون الالماني بأنه يجوز للدائن الاستعاضة عن حق الحبس بأن يطلب الى المدين تقديم ضمان آخر ^(١) على شرط أن لا يكون هذا الضمان كفيلاً . وبهذا المعنى أيضاً القانون السويسري بالمادة ٢٢٨) وحق الحبس حجة على مالك الشيء وعلى الغير أيضاً (قارن المادة ٢٢٧ من القانون السويسري) وهو حجة في حالة المنقول ، على المشتري وعلى الدائنين العاديين الممتازين ^(٢) وأما في حالة العقار فهو حجة أيضاً على المشتري وعلى الدائن المرتهن بصرف النظر عن أى تسجيل أو قيد (أنظر المادة ٥٤٤ فقرة ٥ اذ تقول في تعدادها للدائنين « الدائنون الذين لهم حق صالح للاحتجاج به ^(٣) على جميع الدائنين الأخر ^(٤) في حبس ما تحت أيديهم . . . »

ومع القول بصحة هذا الحبس لدى الحائز للشيء فان ذلك لا يحول دون حق الدائنين الآخرين في توقيع الحجز على الشيء وبيعه بالطرق القانونية جبراً على المدين والمحتفظ بالشيء . ولكن للحائز هنا حق الاولوية في تقاضى دينه قبل الدائنين الآخرين . بمعنى انه يصح له التمسك بحق الاولوية في وجه من رسا عليه المزداد . وانه يجب في هذه الحالة على الدائنين الآخرين ان يقبلوا خصم دين الحائز من الثمن قبل الوفاء لاي دائن آخر بدينه ^(٥) وعلى ذلك يعتبر حق الحبس بمثابة حق امتياز يترتب عليه ان للحائز الحق في أخذ دينه بالاولوية على بقية الدائنين الآخرين (مع ملاحظة

(١) sûreté (٢) ١٤ يونيو ٧٧ ، م ر م سنة ١٨٧٧ ص ٣٩٦

(٣) opposable (٤) tous autres créanciers (٥) وهذا هو

نفس ما قرره بالنس القانون الياباني بالمادة ٩٥ . — ٣١ يناير ٩٤ ، ٦ ، ١٩٩ . — دي لوان

ان الدائن المحتفظ بحق الحبس هو أقل حقوقاً بالنسبة للدائن الممتاز . اذ لا يجوز له كما يجوز لهذا الاخير حق طلب بيع الشيء المحبوس تحت يده . فاذا طلب البيع اعتبر ذلك تنازلاً منه عن حق الحبس ، ووجب درج اسمه وقتئذ في قائمة التوزيع كدائن عادى . وهذا هام) ولذا قرر القانون التجارى الالماني الصادر سنة ١٨٩٧ (المادة ٣٧١) بعبارته صريحة حق الأولوية للحائز (و يصح القول هنا بأن القانون المصرى فعل كالقانون التجارى الالماني المذكور ، مادام ان القانون المصرى قد اعتبر حق الحبس حقاً عينياً) لهذه الاسباب المتقدمة رأى الشارع المصرى ادراج حق الحبس عقب الفصل المتعلق للامتياز .

٣٠٢ — في عدم قابلية من الحبس للانقسام : ان حق الحبس حق غير قابل للانقسام . وشأنه شأن الرهن^(١) والضمانات العينية التبعية ، أى التأمينات المقررة ضماناً لديون أصلية . ويراد بعدم انقسام حق الحبس أنه يجوز الاحتفاظ به على الشيء كله حتى يتقاضى دينه كاملاً (المادة ٥٥٤ فقرة ٥ مدنى . — أنظر في ذلك أيضاً المادة ٩٣ من القانون اليابانى)

٤) في الكيان القانوني لحق الحبس

٣٠٣ — ما دام أن لحق الحبس حق أولوية غير مباشر وانه حجة على الغير ، فانه من المحتم بعد ذلك أن يتقرر بانه هو الآخر حق عينى ، أى حق منصب على شيء . ولذا قرر الشارع درجه ضمن الحقوق العينية عند تعاددها (المادة ١٩/٥ مدنى والمادة ١٤٦/٩٢ مدنى) وقديماً قيل بهذه العينية أيضاً . ومع القول بانه حق عينى فانه حق عينى خاص من نوع خاص^(٢) لانه لا يترتب عليه مباشرة لا حق التبعية ولا حق الاولوية . ألم تر انه اذا طلب الحائز بيع الشيء اعتبر ذلك تنازلاً عن حق الحبس

ووجب اعتبار المحتفظ بالشيء دائئاً عادياً يدرج في قائمة التوزيع بطائفة الدائنين العاديين ؟

وان قال القانون المصري بعينية حق الحبس (المادة ١٩/٥) المتقدمة فان القانون الفرنسي لم يقل بها بنص خاص . لذا أصبحت مسألة العينية هذه محل الجدل بين مشترعي الفرنسيين . ومع قيام هذا الخلاف بينهم فانهم متفقون مع ذلك على تقرير النتائج العامة لحق الحبس .

وحق الحبس قائم ما دام الشيء في حيازة المحتفظ به . ويزول بخروج الشيء من يد الحائز . وبذا ينقضى الحبس^(١) واذا خرج الشيء بارادة الحائز فقد هذا الأخير حق الحبس ، ولا يعود اليه حتى ولو عاد الشيء الى حيازته بسبب قانوني آخر خلاف العقد الاول^(٢)

(١) ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، ٥ ، ٨٥ ، بالنسبة للمهندس المعماري . — ٢ يناير سنة ١٩٦٦ ،
٦١ ، ٨ . — ٣ يناير سنة ١٩٦٦ ، ٨ ، ٦٩ (٢) دى لوان ج ١ ن ٢٥١ . —
جرائد ونس ٢٣٥ ن ٨٦١

﴿ تم الكتاب ﴾





فهرست كتاب التأمينات

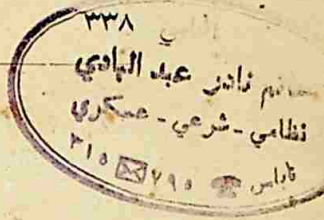
١	تهويد
٤	في التأمينات الشخصية
٤	في الكفالة
٤	(١) في قواعد عامة
٩	(٢) في الالتزامات التي تجوز فيها الكفالة
١٠	(٣) في أنواع الكفالة
١٠	(٤) في شروط الكفيل
١٢	(٥) في آثار الكفالة
١٢	١ - في أثر الكفالة بين الدائن والكفيل
١٢	أ - في المقارنة بين الكفالة والتضامن
١٤	ب - في الكفالة العادية
١٤	§ ١ - حق التجريد
١٧	§ ٢ - حق التقسيم
٢٠	ج - في الكفلاء المتضامنين
٢١	٢ - في رجوع الكفيل على المدين الاصلى
٢٦	٣ - في رجوع الكفلاء على بعضهم البعض
٢٧	٣ - في رجوع الكفيل على الحائز للعقار المرهون رسميا
٢٨	٥ - في انتضاء الكفالة

في التأمينات العينية

٣٢	في الرهن
٣٣	(١) كلمة عامة
٣٩	(٢) في الرهن بالنسبة للماقتدين
٤١	(٣) في الرهن بالنسبة للغير
٤٢	(٤) في رهن العقار
٤٩	(٥) في الرهن مع عدم نقل الحيازة
٥٠	(٦) في رهن المحل التجارى
٥١	(٧) في الرهن المقرر للمؤجر
٥٣	(٨) في الشروط اللازمة لرهن المنقولات
٥٥	(٩) في الشروط اللازمة لرهن الديون

ص	
٥٨	(١٠) في حقوق الدائن المرتهن
٥٨	١ — حق الدائن في استغلال الشيء المرهون
٥٩	٢ — في حق الحبس
٦٩	٣ — في حق امتياز المرتهن على ثمن المرهون
٧١	٢ — في حق المرتهن في طلب بيع المرهون
٧٧	(١٠) في واجبات الدائن المرتهن
٧٩	(١٢) في انقضاء حق الرهن
٨٠	(١٣) في الرهن المفرغ في قالب عقد بيع وفأى
٩٣	في الفاروقة
٩١	في الرهن العقارى غير الحيازى ، أو الرهن الرسمى ، أو الرهن التأميى
٩٨	(١) كلمة عامة
١٠١	(٢) في الرهن من الوجهة التاريخية
١١٢	(٣) في الرهن القانونى
١١٤	(٤) في الرهن القضائى
١١٤	(٥) في الرهن التماقدى
١١٥	١ — في شروط الرهن
١٢١	٢ — في تأثر الرهن ببطلان أو فسخ عقد الرهن
١٢٥	٣ — في عدم جواز رهن العقارات المستقبلية
١٢٧	٤ — في الاحوال القابلة للرهن
١٣٠	٥ — في الديون التى يصح التأمين عليها بالرهن
١٣١	٦ — في شكل عقد الرهن
١٣٤	٨ — في مشتكلات عقد الرهن
١٣٨	٨ — العقار المرهون وملحقاته
١٤٢	٩ — في اشهار الرهن وعلائيته
١٤٣	١٠ — في قيد الرهن وشروطه
١٤٨	١١ — في القيد والفوائد
١٥٦	١٢ — في وقت حصول القيد
١٥٧	١٢ — في زوال القيد وتجديده
١٦٢	١٤ — في شطب القيد
١٦٥	١٥ — في آثار الرهن ونتائجه
١٦٧	١ — في أثر الرهن بالنسبة للمدين نفسه
١٦٩	٣ — في بيع العقار المرهون على الراهن
١٧١	٣ — في حق الاولوية
١٧٤	٥ — في حق التمتع
١٨٠	هـ — في الدفع المقررة للحائز قبل الدائن

١٨١	د — في الحقوق الاختيارية المقررة للحائز قبل الدائن طالب البيع
١٨٢	§ ١ — الطريق الاول . في دفع الحائز للمقار للدين الى الدائن
١٨٤	§ ٢ — الطريق الثاني . في التطهير
١٨٤	§ ٣ — الطريق الثالث . في تخلية المقار
١٨٨	ز — في حقوق الحائز للمقار من حيث التصرف والاستقلال
١٩٠	ح — في آثار نزع الملكية
١٩٥	١٦ — في انقضاء الرهن
١٩٥	١ — في انقضاء الرهن بانقضاء الدين الاصيلي
١٩٥	ب — في انقضاء الرهن انقضاء أصليا
١٩٧	١٧ — في عدم ذكر قيد الرهن بالشهادة المعطاة من السكاتب اطالها
١٩٨	١٨ — في تقادم الرهن
٢٠٣	١٩ — في تطهير الملكية من رهون والامتيازات
٢٠٣	١ — كلمة عامة
٢٠٤	ب — في شروط التطهير
٢٠٨	ح — في اجراءات التطهير
٢١٢	د — في حالة قبول الدائنين لما يعرضه الحائز
٢١٣	هـ — فيما يترتب على رفض الدائنين لما يعرضه الحائز
٢١٥	و — فيما يترتب على طلب البيع بالمراد
٢١٩	٢٠ — في الانقضاء الجزئي للرهن
٢٢١	في حق الاختصاص
	(١) كلمة عامة : في أصل الاختصاص وقيمه وفي وجهة النظر والتشريع في الوقت
٢٢١	الحاضر
٢٢٦	(٢) الاحكام التي يمكن بها طلب الاختصاص
٢٣٠	(٣) في اجراءات طلب الاختصاص
٢٣٢	(٤) في اشهار الاختصاص واعلانه
٢٣٤	(٥) في آثار الاختصاص
٢٣٤	في الامتياز
٢٣٤	(١) كلمات عامة
٢٣٩	(٢) في الامتياز العام
٢٤٠	١ — في الامتياز العام المتعلق بالمصاريف الفضائية
٢٤٠	٢ — في الامتياز العام المتعلق باجر الخدمة والكتابة والعملة
٢٤٥	٣ — في الامتياز المقرر للحكومة
٢٥٠	٤ — في آثار الامتياز العام
٢٥١	(٣) في الامتيازات الخاصة على بعض المنقولات
٢٥٢	١ — الامتياز لاجل حصاد محصول السنة أو ثمن البذرة



٢٥٤	٢	الامتياز لاجل آلات الزراعة
٢٥٥	٣	الامتياز المقرر للمؤجر للعقار
٢٧٢	٤	امتياز البائع للمنقولات
٢٧٩	٥	امتياز صاحب الفندق أو صاحب الحان
٢٨٠	٦	امتياز مصاريف الصيانة
٢٨٣	٧	في مراتب الامتيازات المقررة على المنقولات
٢٨٣	١	في مراتب الامتيازات الخاصة على المنقولات
	٢	في تراحم الامتيازات العامة مع الامتيازات الخاصة المتوقعة على المنقولات
٢٨٧		على المنقولات
٢٨٨	٤	في الامتيازات المقررة على العقارات
٢٨٨	١	كلمة عامة
٢٩٠	٢	في امتياز البائع للعقار
٢٩٥	٣	في امتياز المقتسم
٣٠٠	٤	في امتياز مصاريف الصيانة
٣٠٢	٥	في فصل الاموال من بعضها البعض
٣٠٥	٦	في اشهار الامتيازات العقارية
٢١٦	٧	في مراتب الامتيازات المقررة على العقارات
٣٢٠	٥	في آثار الامتيازات بوجه عام
٣٢٠	٦	في انقضاء الامتيازات
٣٢٠		في حق الحبس
٣٢٠	١	كلمة عامة
٣٢٦	٢	في حالات حق الحبس
٣٣٢	٣	آثار حق الحبس
٣٣٣	٤	الكيمان القانوني لحق الحبس

717 D5 1926
EIT UNIVERSITY/LC



900720 *000720*

c 1