

عنوان البحث

أثر تصرف الراهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن
(دراسة بين القانون المدني و قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥
لسنة ٢٠١٥)

إعداد

الدكتور حسين حسن الحموي
باحث في القانون المدني

الدكتور جابر محجوب على
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق جامعة القاهرة

أثر تصرف الراهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن

(دراسة بين القانون المدني المصري و قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥

لسنة ٢٠١٥)

- مقدمة :

١ - يعد الرهن من أهم الضمانات التي تؤمن للدائن المرتهن الحصول على حقه .بيان ذلك أن الأصل أن يعتمد الدائن في اقتضاء حقه على الضمان العام لمدينه حيث تنص المادة ٢٣٤ من القانون المدني على أن : (١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢ - و جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون) إن ما يعيب الضمان العام من جهة أن يد المدين لا تغل عن إدارة أمواله ، و تبعاً لذلك يمكن للمدين أن يتصرف في أمواله - معاوضةً أو تبرعاً - بما قد يؤدي إلى إفساره . و من جهة أخرى فإن الدائنين متساوون في الضمان ، و هو ما يعني أن أحداً منهم لا يستطيع أن يدعي لنفسه تقدماً عند التنفيذ على أموال المدين .

في عبارة واحدة فإنه في وقت التنفيذ يمكن أن يصطدم جميع الدائنين بعدم كفاية أموال مدينهم مما يلجئهم إلى اقتسام حصيلة التنفيذ على أمواله قسمة غرماء .

و تلافياً لهذه العيوب ابتدع الفكر القانوني نظرية التأمينات الخاصة التي نوهت عنها المادة ٢٣٤ /٢ مدني سالف الذكر، حيث قررت في عجزها أن قاعدة المساواة بين الدائنين تستبعد إذا كان لأحدهم حق التقدم وفقاً للقانون .

و تتخذ التأمينات الخاصة إحدى صورتين :

الأولى تتمثل في ضم أكثر من ذمة في التحمل بالدين إما على أساس أن يكون الدين مطلوباً بصفة أصلية من أكثر من مدين في نفس الوقت كما في التضامن السلبي و الكفالة التضامنية ، و إما أن يكون الدين شاغلاً لذمة معينة على سبيل الأصل و لذمة أخرى على سبيل الاحتياط كما في الكفالة غير التضامنية ، و لا يخفى أنه من المتصور - رغم تعدد الذمم - أن يصطدم الدائن بإعسار تلك الذمم فيواجه صعوبة الحصول على حقه كما لو كان يطالب به المدين وحده .

أما الصورة الثانية فهي تقوم على تخصيص مال من أموال المدين و تحميله بحق عيني تبقي لصالح الدائن ، بحيث يخصص هذا المال لوفاء الدين و يكون للدائن بمقتضى الحق العيني التبقي الذي له على المال أن يتقدم على جميع الدائنين العاديين و الدائنين أصحاب التأمينات العينية التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا المال أو من أي مال آخر يحل محله في أي يد يكون .

و قد وردت التأمينات العينية في القانون المدني على سبيل الحصر و هي: (الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز) .

و قد أضاف المشرع بموجب القانون رقم ١١٥ / لعام ٢٠١٥ نوعاً جديداً من التأمينات العينية يرد على المنقولات و يعتمد على الشهر الالكتروني الذي يغني عن نقل الحيازة من مقدم الضمان إلى المضمون له.

و يعد الرهن بصوره المختلفة أهم هذه التأمينات، و ذلك بالنظر إلى أن حقوق الامتياز لا تنشأ إلا بنص القانون في حالات خاصة يرى المشرع فيها ضرورة تقدم الدائن في استيفاء حقه على غيره من الدائنين .

أما حق الاختصاص فهو أضيّق نطاقاً بكثير لأن الحصول عليه يتم من خلال إجراءات قضائية ، نظراً لأن الحق لا ينشأ إلا بحكم القاضي ، و فضلاً عن ذلك فإن الحصول على حق الاختصاص يقتضي يكون بيد الدائن سند تنفيذي بالحق ، فإذا كان الوضع كذلك فما الذي يلجئ الدائن إلى السعي للحصول على حق عيني يقوم بقيده و يتحمل نفقات حراسة العقار و حفظه بدلاً من التنفيذ المباشر على أموال المدين^١ .

أما الرهن فنظراً لأنه تأمين اتفاقي (ينشأ من عقد بين الراهن و الدائن المرتهن) فإن مجاله أرحب بكثير نظراً لقدرة الإرادة على إنشائه أياً كانت طبيعة الدين أو مقداره .

٢ - و من المعلوم أن الرهن لا يجرّد الراهن من حق الملكية و إنما يُحمّل المال المرهون بحق عيني تبعية لصالح الدائن المرتهن . فالراهن يظل مالكاً متمتعاً بكافة السلطات التي يمنحها إياها حق الملكية ، و أهمها سلطة التصرف في المال المرهون سواء كان هذا التصرف قانونياً أو مادياً^٢ . و قد نص المشرع في خصوص الرهن الرسمي على حق الراهن في التصرف في العقار المرهون في المادة ١٠٤٣ مدني و التي تقضي بأنه : (يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، و أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن) . و مؤداً هذا النص أن الراهن يستطيع - حتى بعد قيد الدائن المرتهن لحقه و صيرورة هذا الحق حجة في مواجهة الغير - أن يتصرف في العقار المرهون بنقل ملكيته إلى الغير معاوضةً أو تبرعاً أو بتحميله بأي حق عيني أصلي أو تبعية لصالح الغير ، و فضلاً عن ذلك فالراهن يمكنه أن يجري بعض التعديلات المادية على العقار المرهون ، و لا يتقيد الراهن في قيامه بكل ذلك إلا بوجود مراعات حق الدائن المرتهن على العقار ، و هو ما يقتضي ألا يؤدي التصرف إلى إضاعة الضمان كليةً أو إلى إنقاصه انقاصاً كبيراً ، إلى الحد الذي يصبح فيه غير كافٍ للوفاء بحق الدائن المرتهن^٣ .

لئيبين مما تقدم أن استعمال الراهن لسلطة التصرف و إن كان يظل في إطار حقه كمالك إلا أنه يمكن أن يكون مصدر تهديد مباشر لحق الدائن المرتهن، فالراهن يمكن أن يزيد الأعباء العينية على المال المرهون و ذلك بتحميله برهون أخرى أو بحقوق عينية أصلية تنقص من قيمته، و قد يقوم بالتصرف في المال المرهون تصرفاً ينقل الملكية إلى شخص آخر معاوضةً أو تبرعاً ، ناهيك عن قدرة الراهن على إحداث تغييرات مادية في المال المرهون تؤدي إلى الحط من قيمته بدرجة تجعله غير كافٍ لضمان الائتمان الذي نشأ الرهن ضماناً له^٤ .

١ - لذلك فإن بعض التشريعات العربية الحديثة عزفت عن تنظيم حق الاختصاص و أهملته تماماً كما هو الحال في القانون السوري و القانون الكويتي و القانون البحريني و القانون الأردني.

٢ - نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - مرجع سابق - ٢٢٨ . / الحماية القانونية للدائن المرتهن في الرهن العقاري - منى بو قربة - مجلة بحوث و دراسات قانونية - العدد ١٣ - ٢٠١٧ - ص ٥٠٨ . / الحقوق العينية التبعية - حمدي عبد الرحمن احمد - مرجع سابق - ص ٦٥

و قد قضت محكمة النقض بأن : (الراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون و حائزاً له و يحتفظ بحقه في التصرف فيه، و لا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن ويستوي في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو في جزء منه فقط، فإذا باعه أجزاء متفرقة إلى عدد من المشترين فللدائن المرتهن أن يتتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه كما يتتبع كل العقار في يد المشتري كما يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن، فقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام، فنص صراحة على أن هذا الاتفاق يكون باطلاً نقض مدني - الطعن رقم ٩٣٥٢ لسنة ٦٦ قضائية بتاريخ ٧/٧/٢٠٠٩، مكتب فني ٦٠ ص ٧٨٢ .

٣ - جابر محبوب علي - تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية في شأن مدى سلطة الراهن (المقترض) في التصرف في العقار المرهون ضماناً لقرض الرعاية السكنية (الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٢/٧٠ مدني - جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٠) - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - مج ٣٠ - عدد ٤ - ٢٠٠٦ - ص ٤٠٢ .

٤ - و يلاحظ أن المشرع قد أولى عناية كبيرة لحماية الدائن المرتهن من تصرفات الراهن التي تتعلق بالانتفاع بالمال المرهون (مثل تأجير المرهون أو قبض الاجرة مقدماً أو الحوالة بها عن مدة مستقبلية مادة ١٠٤٥ - ١٠٤٦ مدني) ، أما بالنسبة لتصرفات الراهن التي تؤدي إلى نقل ملكية المال أو ترتيب حق عيني أصلي أو تبعية لصالح الغير عليه فلم يتطرق إليها المشرع إلا بنص وحيث هو المادة

و قد حاول المشرع التوفيق بين سلطة الراهن في التصرف في المال المرهون و بين الحفاظ على حق الدائن المرتهن و ذلك عن طريق وضع تنظيم تشريعي متوازن ، يكفل للراهن سلطة التصرف في المال المرهون ، ويحمي الدائن المرتهن عن طريق سلطتي التقدم و التتبع .

و مع ذلك فإن الدراسة المتأنية لهذا التنظيم التشريعي تكشف عن قصوره في بعض الحالات عن تقديم الحماية المنشودة للدائن المرتهن، و هذا القصور يظهر سواء في الرهون المنظمة في القانون المدني أو في الضمان غير الحيازي على المنقولات وفقا للقانون رقم ٢٠١٥/١١٥ .

٣ - سنحاول في هذه الدراسة بيان اثر تصرف الراهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن ، و ذلك ببيان الاثار السلبية لهذا التصرف و كيفية الحد منها ، على أن يكون معلوماً أن المعالجة لا تنصرف إلى مطلق التصرف القانوني و إنما فقط إلى التصرفات القانونية الناقلة للملكية أو المنشئة لحق من الحقوق العينية الاصلية أو التبعية ، إضافة إلى التصرفات المادية التي يمكن أن تؤثر على القيمة الائتمانية للمال المرهون .

- أهمية البحث :

٤ - لاشك أن لهذه الدراسة أهمية من الناحيتين النظرية و العملية ، فمن الناحية النظرية فسوف نسعى لبيان أوجه القصور في التنظيم الحالي للرهون في القانون المدني ، ونسلط الضوء على بعض جوانب قانون الضمانات المنقولة رقم ٢٠١٥/١١٥ ، و الذي من المتصور أن يأخذ حيزا هاما في التطبيق في مجال المعاملات المدنية ، هذا إلى جانب أننا سنحاول اقتراح بعض التعديلات التشريعية التي تحقق التوازن بين مصالح كل من الراهن و الدائن المرتهن ، أما الناحية العملية فإذا كان الانحياز إلى جانب الراهن أمراً مطلوباً باعتباره الطرف الضعيف في العقد ، فإن خصوصية الرهن باعتباره أداة رئيسية للائتمان تملّي في الوقت ذاته تقديم الضمانات الكافية للدائن المرتهن لتشجيعه على تقديم ائتمانه و هو مطمئن إلى الحصول على حقه بيسر مما يساعد على دوران عجلة الاقتصاد .

- مشكلة الدراسة :

٥ - تتمثل مشكلة الدراسة التي يعالجها البحث في إظهار نقاط الضعف التي ينطوي عليها التنظيم التشريعي للرهن بصورة المختلفة فيما يتعلق بحماية الدائن المرتهن من إساءة الراهن لاستعمال سلطته في التصرف في المال المرهون مما يؤدي إلى الإضرار بحق الدائن المرتهن ، و اقتراح الحلول اللازمة لتوفير القدر الكافي من الحماية للأخير .

- منهج البحث :

٦ - سنعالج مشكلة البحث من خلال المنهج التحليلي الاستنباطي حيث تقوم الدراسة على تحليل النصوص التشريعية القائمة، ومحاولة استنباط الحلول الملائمة للمشكلات المعروضة سواء من خلال الدراسات الفقهية أو من خلال توجهات بعض القوانين العربية الأخرى .

و على هذا الأساس سوف نقسم الدراسة إلى مبحثين:

نعرض في الأول لدراسة أثر تصرف الراهن (رهنا رسميا أو حيازيا) على حق الدائن المرتهن في القانون المدني .

١٠٤٣ مدني التي تجيز للراهن التصرف في العقار المرهون دون أن يؤثر على حق الدائن المرتهن . ثم بين المشرع الجزاءات المترتبة على تصرفات الراهن التي تؤثر على حق الدائن المرتهن في المادة ١٠٤٧ مدني و هي جزاءات ضعيفة لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة.

ونعالج في الثاني أثر تصرف مقدم الضمان في المنقول الضامن على حق المضمون له في القانون
رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥.

– الكلمات المفتاحية :

٧ - رهن سمي – رهن حيازي – ضمانته منقولة – قيد – حيازة – سجل الكتروني .

المبحث الأول : أثر تصرف الراهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن في

القانون المدني

٨ - نظم القانون المدني نوعين من الرهن أو لهما الرهن الرسمي - و هو بحسب الأصل – لا يرد إلا على عقار المواد (١٠٣١ الى ١٠٨٤)، و ثانيهما هو الرهن الحيازي الذي يرد على العقار و المنقول على السواء المواد (١٠٩٦ الى ١١٢٩). ولا يقتضي الرهن الرسمي تجريد الراهن من حيازة العقار المرهون، وانتقالها إلى يد الدائن المرتهن، وذلك على عكس الرهن الحيازي الذي يؤدي إلى نقل حيازة المال المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي يتفق عليه المتعاقدان. و من هنا فإن وجود المال المرهون تحت يد الدائن المرتهن أو العدل في الرهن الحيازي يمكن أن يحد من احتمالات تصرف الراهن في المال المرهون من جهة، و يوفر حماية أكبر لحق الدائن المرتهن من هذه التصرفات حال حصولها من جهة أخرى، كل ذلك مقارنة بالرهن الرسمي.

و على ذلك سنتناول أثر تصرفات الراهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن في مطلبين بحث في أولهما أثر هذه التصرفات في الرهن الرسمي و نعرض في الاخر لأثر هذه التصرفات في الرهن الحيازي.

المطلب الأول: أثر تصرف الراهن في العقار المرهون رهنأ رسمياً على حق الدائن

المرتهن

٩ – وفقاً لنص المادة ١٠٣٠ من القانون المدني فإن الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون. و تضيف المادة ١٠٣١ مدني أنه لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية .

يتبين من هذين النصين أن الرهن الرسمي لا يرد بحسب الأصل إلا على عقار، وأنه عقد شكلي لا ينشأ إلا عن طريق الكتابة الرسمية.

فإذا نشأ عقد الرهن بالشكل الرسمي المطلوب فإن حق الرهن يكون قائماً في العلاقة بين الطرفين (الراهن و الدائن المرتهن)، لكنه لا يكتسب الحجية في مواجهة الغير^٥، و يبقى حبيس العلاقة بين طرفيه، إلى أن يتم قيده. ولا شك أن الراهن يظل له حرية التصرف في العقار المرهون سواء قبل

^٥ - محمد حسين منصور – النظرية العامة للانتمان – منشأة المعارف – ٢٠٠٥ – ص ٢٧٦. /* الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب – عبد الله عبد الكريم عبد الله – طارق جمعة السيد راشد – دار نشر جامعة قطر – ٢٠٢٢ – ص ١١٦ .

قيد الرهن أو بعده وهو ما يمكن أن يعرض الدائن المرتهن لأخطار عديدة سواء قبل نفاذ الرهن في حق الغير أو بعد نفاذه.

وبناء عليه سوف نعرض لأثر تصرف الراهن في العقار المرهون في المرحلة السابقة على نفاذ الرهن ثم في المرحلة اللاحقة على نفاذه في مواجهة الغير.

الفرع الأول: أثر تصرف الراهن في العقار المرهون رسمياً قبل نفاذ الرهن في حق الغير

١٠ - ذكرنا انفاً أن الرهن عقد شكلي لا ينعقد إلا بورقة رسمية ، و على الرغم من أن المشرع لم يفصح في المادة ١٠٣١ عن البيانات الواجب ايرائها في عقد الرهن الرسمي ، إلا أنه اشترط في المادة ١٠٣٤ / ٢ لصحة انعقاد عقد الرهن الرسمي تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة والموقع ، و هو ما تعارف الفقه على تسميته^٦ (بمبدأ تخصيص الرهن الرسمي)^٧ ، و أتاح لطرفي العقد في حال لم يتضمن عقد الرهن الرسمي هذا التخصيص تدارك ذلك بعقد رسمي لاحق ، و في هذه الحالة لا ينشأ الرهن الرسمي إلا من تاريخ هذا التخصيص^٨. وعلى هذا الأساس فإن التصرفات التي تصدر من الراهن و تؤثر على حق الدائن المرتهن يمكن تصورها على مستويين. على مستوى عقد رهن لم يتضمن التخصيص الكافي للعقار المرهون حتى لو تم التخصيص بمقتضى عقد رسمي لاحق ، و على مستوى عقد رهن رسمي تضمن تخصيصاً كاملاً منذ البداية .

الفصل الأول : أثر تصرفات الراهن في العقار رسمياً قبل استكمال بيانات تخصيص العقار

أ - في ظل نظام الشهر الشخصي :

١١ - نص المشرع في المادة ١٠٣٤ / ٢ مدني على أن عدم التخصيص يؤدي إلى بطلان الرهن ، و جزاء البطلان هنا ينصرف إلى عقد الرهن الذي لا ينشأ أصلاً حتى في العلاقة بين الراهن و الدائن المرتهن . و عليه فإن الدائن المرتهن الذي يقدم ائتمانه و يحصل من الراهن على عقد رهن لم يخصص فيه العقار المرهون بصورة كافية (أي لم يعين فيه العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته و موقعه) ؛ يعد العقد الذي حصل عليه عقلاً باطلاً باعتباره رهنأ رسمياً فلا ينشأ منه الحق العيني التبعية في العلاقة بين المتعاقدين^٩ .

فإذا تصرف مقدم الرهن في العقار فهو يتصرف في ما يملك سواء أكان تصرفه بنقل ملكية هذا العقار أو بترتيب حق عيني عليه لصالح الغير^{١٠} . و زيادةً على ذلك فإن العقد بين الطرفين لا يمكن

٦ - محمد حسين منصور - النظرية العامة للائتمان - مرجع سابق - ص ٢٢١ .

٧ - و يراد عادة بهذا المبدأ تخصيص الرهن من حيث المال المرهون و الدين المضمون ، و ما يهمننا في دراستنا هذه هو مسألة تخصيص المال المرهون .

٨ - محمد حسين منصور - النظرية العامة للائتمان - مرجع سابق - ص ٢٣٠ . نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - ط ٢ - ١٩٥٩ - ص ١٦٠ .

٩ - محمد حسين منصور - النظرية العامة للائتمان - مرجع سابق - ص ٢٣٠ . / الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية - محمد احمد المعداوي عبد ربه - ص ٣٨ . / الرحمن احمد - ٢٠٢٠ - ص ١٨ . / الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - دار نشر جامعة قطر - ٢٠٢٢ - ص ٧٢ .

١٠ - في نفس المعنى : التأمينات العينية - محمد عبد الظاهر حسين - ٢٠٠٢ - ص ٧٧

أن ينظر إليه على أنه وعدٌ بالرهن، إذ أن الوعد بعقد معين لا بد أن يتضمن البيانات الجوهرية للعقد المراد إبرامه (مادة ١٠١ / ١ مدني)، و الفرض هنا أن العقد لم يتضمن البيانات الجوهرية التي تؤدي إلى تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً و بالذات . و من ثمة فإن الدائن لا يستطيع اللجوء إلى حكم المادة ١٠٢ مدني للحصول على حكم قضائي بقيام الرهن. وإنما يمكن اعتباره وعداً بتقديم ضمانه عينية يقدمها المدين لصالح دائته^{١١}.

و بناء على ذلك فإنه لا يمكن أن يضاف على الدائن في هذه الحالة صفة المرتهن ليطمئن بما كرسه المشرع له من حماية. كما لا يمكن أن يضاف على المتعاقد مع الدائن صفة الراهن، و من ثمة لا يتحمل بالالتزامات التي يربتها عقد الرهن، وأهمها الالتزام بضمان سلامة الرهن. يترتب على ما تقدم أن الدائن لا يملك بمقتضى هذا العقد سوى اللجوء إلى القواعد العامة المتعلقة بتنفيذ العقود ، حيث يمكنه مطالبة المتعاقد معه بالتنفيذ العيني ، و ذلك باستكمال البيانات اللازمة لتخصيص العقار المرهون^{١٢} و الوفاء بما تعهد به من تقديم ضمانه عينية لتأمين الدين . و يجوز للقاضي أن يستعمل الغرامة التهديدية لحمل المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً.

فإذا لم تجد هذه الوسيلة نفعاً فلا يكون أمام الدائن سوى التمسك بفسخ العقد المنشئ للدين و اسقاط الأجل و من ثمة تعجيل الوفاء بالدين لأن المدين لم يقدم ما وعد به من تأمين (مادة ٢٧٣ / ٣ مدني) ، دون أن يخل ذلك بحق الدائن في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء الوفاء المعجل ، كأن يكون الدين منتج لفوائد يحرم منها الدائن نتيجة سقوط الأجل .

ب - في ظل نظام السجل العيني :

١٢ - و لا يختلف الأمر في نظام السجل العيني الصادر بالقانون رقم ١٤٢ لعام ١٩٦٤ ، حيث أن المشرع لم يورد في هذا القانون ما يعتبر خروجاً عن الأحكام العامة الواردة في القانون المدني فيما يتعلق بإنشاء عقد الرهن و على وجه الخصوص تخصيص العقار المرهون (مادة ١٠٣٤ / ٢ مدني) ، و بالتالي تبقى النصوص المنظمة لإنشاء عقد الرهن الرسمي في القانون المدني واجبة التطبيق في ظل نظام السجل العيني، لأن المطلق يبقى على إطلاقه مالم يقيد بنص . فطالما لم يتم تخصيص العقار المرهون فإن العقد يكون باطلاً كعقد رهن رسمي. و من ثمة لا يترتب عليه أي التزام على مقدم الضمان و لا أي حق للدائن.

الغصن الثاني : أثر تصرف الراهن في العقار المرهون رسمياً في حال نشوء

الرهن مخصصاً

١٣ - هذا يفترض أن يكون العقد قد تم صحيحاً، بمعنى أنه قد تم في الشكل الرسمي و أن الورقة الرسمية قد صدرت متضمنة البيانات اللازمة لتخصيص الرهن، أو أن هذا التخصيص قد تم بمقتضى عقد رسمي لاحق.

^{١١} - قريب من هذا التحليل بخصوص تخلف الشكلية في الوعد بالرهن الرسمي نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - ط٢ - ١٩٥٩ - ف ٥٥ ص ١٧٣ . / * التأمينات العينية و الشخصية - نبيل إبراهيم سعد - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٧ - ص ٩٣ . / * الحقوق العينية التبعية - حمدي عبد الرحمن احمد - ٢٠٢٠ - ص ١٨ . / * الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محبوب علي محبوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - دار نشر جامعة قطر - ٢٠٢٢ - ص ٦٨ . / * عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١٠ - دار احياء التراث العربي - ص ٢٨٤ / ١٢٦ و كذلك ص ٢٨٩ / ١٣٠ ، و كذلك ص ٣٥٥ / ١٥٥ .

^{١٢} - و يلاحظ هنا أن لجوء الدائن إلى القضاء لمطالبة المتعاقد باستكمال البيانات لن يكون وفقاً لأحكام المادة ١٠٢ مدني لأننا سبق و بينا أن العقد لا يعبر و عدا بالرهن الرسمي، لكن حكم القاضي سيكون بالزام المتعاقد باستكمال تلك البيانات لإنشاء عقد الرهن دون أن يكون حكمه هو المنشئ له.

أ - في ظل نظام الشهر الشخصي :

١٤- إذا خصص العقار المرهون سواء في عقد الرهن ذاته أو في ورقة رسمية لاحقة فإن العقد يكون قد نشأ صحيحاً من تاريخ هذا التخصيص^{١٣}، و يترتب على ذلك أن حق الرهن ينشأ في العلاقة بين الطرفين من تاريخ نشوء العقد مستكملاً لبيات التخصيص . ورغم وجود الرهن في العلاقة بين الطرفين فإن الراهن يظل مالكاً للعقار المرهون وله الحيابة و السيطرة عليه. و لذلك فإن الدائن المرتهن يمكن أن يتأثر بالتصرفات التي يمكن أن تصدر من الراهن و تتضمن تهديداً لما يقدمه له الرهن من تأمين. و يجد التهديد الذي يتعرض له الدائن المرتهن علته في أن حق الرهن و إن كان موجوداً في العلاقة بين الراهن و الدائن المرتهن ، إلا أنه يظل حبس هذه العلاقة بينهما و لا ينفذ في مواجهة الغير . و هو ما يعني أن الغير يظل بمنأى عن آثار الرهن^{١٤} . يترتب على ذلك أنه :

- يمكن للراهن بعد التعاقد على الرهن أن يقوم بالتصرف في العقار و ذلك بنقل ملكيته إلى الغير معاوضة أو تبرعاً . فإذا سجل هذا التصرف قبل قيد الرهن فإن الدائن المرتهن لن يستطيع قيد رهنه بعد أن انتقلت ملكية العقار إلى الغير .
- و يمكن للراهن أن يحمل العقار بحق عيني أصلي كالانتفاع أو الارتفاق ، أو تبقي كرهن آخر . فإذا سجل التصرف أو قيده قبل قيد الرهن ، فإن حق الدائن المرتهن سيكون إما مقيداً بالحق العيني الأصلي ، و إما تالياً في المرتبة على الحق العيني التبقي .
- و قد يتصرف الراهن في ملحقات العقار المرهون كالعقارات بالتخصيص ، فيخرجها من العقار المرهون ، و يبيعها إلى مشتري حسن النية يملكها خالصة من حق الرهن ، فيضيع على الدائن المرتهن جزء من الضمان الذي يمثله العقار المرهون .
- و قد يقوم الراهن بترتيب حق ضمان على العقار بالتخصيص باعتباره منقولا وفقاً لأحكام المادة ١٥ من قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ / ٢٠١٥ و يسجل الضمانة في السجل الإلكتروني الخاص بالضمانات المنقولة ، و يؤشر بهذا الضمان في صحيفة العقار قبل قيد الرهن الرسمي ، مما يمنحه مرتبة متقدمة على الدائن المرتهن رهناً رسمياً.^{١٥}
- و قد يقوم بالتصرف في العقار كمنقول بحسب المأل و يسلمه لحائز حسن النية لا يعلم عن وجود الرهن شيئاً . فيتملك المنقول بحسب المأل خالصاً من حق الرهن .

^{١٣} - على الرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : (وتقتضى قاعدة تخصيص الرهن أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة والموقع ، فإذا لم يرد في العقد هذا التحديد أمكنت تكملته في ورقة لاحقة تكون أيضاً رسمية . وتعتبر ملحقات العقد الرهن) مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ - ص ٢٢ .

إلا أننا نعتقد: أنه إذا ورد التخصيص في عقد الرهن ذاته أي في المحرر الرسمي المثبت لهذا العقد؛ فإن الرهن ينشأ بمجرد التوقيع على هذا المحرر من جانب طرفي العقد الراهن والمرتهن. أما إذا ورد التخصيص في ورقة رسمية لاحقة، فإن العقد لا ينعقد إلا من تاريخ صدور هذه الورقة لأن العقد لا تكتمل شروطه ولا يوجد إلا من وقت تخصيص الرهن الذي تم في الورقة اللاحقة. وفي هذه الحالة فإننا نكون بصدد محررين رسميين: الأول يثبت اتفاق الطرفين على شروط العقد. والثاني يتم فيه تخصيص الرهن ولا ينعقد العقد إلا باكتمال المحررين واعتباراً من تاريخ صدور المحرر الأخير وهو المتضمن بيانات تخصيص الرهن ولذلك فإن المحرر اللاحق الذي يتم فيه تخصيص الرهن لا يُعدّ ملحقاتاً لعقد الرهن، لأن الملحق يفترض عقداً قائماً فعلاً ويكون دور الملحق هو إدخال تعديل عليه أو إضافة إلى شروطه. وليس هذا هو الوضع في الفرض الذي نحن بصده، لأن الرهن لا ينشأ أصلاً إلا من تاريخ صدور المحرر المتضمن للتخصيص.* الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ٧٥ .

^{١٤} - في هذا المعنى : الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية- محمد احمد المعداوي عبد ربه - مرجع سابق - ص ٣٨ . / الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية- محمد احمد المعداوي عبد ربه - مرجع سابق - ص ٦٠ .

^{١٥} - و سنعود إلى تفصيل القول في هذا الموضوع في المبحث الثاني من هذه الدراسة .

- و قد يقوم الراهن بالتصرف المادي في العقار المرهون (بهدم المباني أو قطع الأشجار أو تبوير الأرض الزراعية) بما ينقص من قيمة العقار و يجعل ضمان الدائن غير كافي لاقتضاء الدين^{١٦} .

١٥ - فإذا تعرض الدائن المرتهن لمثل هذه التصرفات من جانب الراهن ، فإن ذلك يعد إخلالاً من الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن (١٠٤٧ مدني) ، و هو ما يسمح للدائن المرتهن - طبقاً للقواعد العامة بأن يطلب :

١ - إما التنفيذ العيني و الذي يراد به إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، و ذلك بإزالة العمل الذي أدى إلى إنقاص الضمان ، إذا كان ذلك ممكناً.

٢ - أو التنفيذ بمقابل ، و ذلك بطلب تقديم المدين تأميناً تكميلياً يعادل ما نقص من قيمة الضمان .

٣ - له كذلك أن يطالب بسقوط الأجل و حلول الدين فوراً . (٢٧٣ مدني)

٤ - فضلاً عن ذلك فقد خول القانون الدائن المرتهن أن يتخذ في حالة الاستعجال من الوسائل التحفظية ما يحافظ به على حقه (١٠٤٧ مدني) ، و من قبيل ذلك طلب تعيين حارس على العقار للمحافظة عليه ، و الاعتراض على تصرف الراهن في بعض الأجزاء المنزوعة من العقار المرهون ، و إحاطة المتصرف إليه علماً بهذا الاعتراض ، بحيث يصبح لو تسلمها سيء النية فيمتنع عليه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، و توقيع الحجز على ثمن الأجزاء المنزوعة تحت يد المتصرف إليه إذا تسلمها بحسن نية ، لكي يستعمل حقه على الثمن الذي يحل محل المنقولات المنزوعة^{١٧} .

٥- و إذا ترتب على خطأ الراهن هلاك العقار المرهون هلاكاً كلياً ، و في هذه الحال يكون الدائن المرتهن مخيراً بين أن يطالب بتقديم تأمين بديل ، أو أن يتمسك بسقوط الأجل و يطلب الوفاء المعجل بكامل حقه^{١٨} .

ب - في ظل نظام السجل العيني :

١٦ - في ظل هذا النظام ينشأ عقد الرهن صحيحاً بمجرد تخصيص العقار المرهون . لكن العقد رغم وجوده يكون عاجزاً في ذاته عن انشاء حق الرهن ، حتى في العلاقة فيما بين المتعاقدين ، فالرهن الرسمي كحق عيني تبعية لا ينشأ سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالقيد في السجل العيني ، و بهذا القيد ينشأ الحق (مادة ٢٩ من قانون السجل العيني ١٤٢ / ١٩٦٤) .

و هو ما يترتب عليه أن ما يمكن أن يصدر عن الراهن من تصرفات في العقار تكون أشد خطورة من تلك التي يتعرض لها الدائن في ظل نظام الشهر الشخصي ، علة ذلك أن نظام الشهر الشخصي يثبت للدائن المرتهن حق الرهن في علاقته بالراهن ، اعتباراً من تاريخ نشوء عقد الرهن الرسمي صحيحاً ، مما يمكن الدائن المرتهن من الاستناد إلى هذا الحق بما ينشأ عنه من التزامات على عاتق الراهن ، وعلى وجه الخصوص الالتزام بضمان سلامة الرهن . مثل هذه الحماية تكون غائبة في نظام السجل العيني ، لأن حق الرهن لا ينشأ حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالقيد .

^{١٦} - الحقوق العينية التبعية - حمدي عبد الرحمن احمد- مرجع سابق - ص ٦١ .

^{١٧} - محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ص ٢٨١ / * التأمينات العينية و الشخصية - نبيل إبراهيم سعد - مرجع سابق - ص ٩٧ . / الحقوق العينية التبعية - حمدي عبد الرحمن احمد- مرجع سابق - ص ٦٢ / * الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ١٢٠ .

^{١٨} - محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ص ٢٨٢ / * الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ١٢١ .

و عليه فإن المتعاقد مع الدائن تبقى ملكيته في هذه المرحلة غير محملة بأي حق عيني لمصلحة الدائن ، و له أن يتصرف فيها بكافة أوجه التصرف حتى تلك التي قد تضرر بالدائن ، و لا يمكن للأخير في هذه الحالة اللجوء إلى وسائل الحماية التي نوهنا عنها في ظل نظام الشهر الشخصي . و أقصى ما يمكن للدائن أن يقوم به ، هو طلب اسقاط الأجل و الوفاء الحال بدينه ، بحسب القواعد العامة (مادة ٢٧٣ / ٣ مدني) لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات.

١٧ - يتبين من العرض السابق أن الدائن في الفترة السابقة على نفاذ حق الرهن الرسمي في مواجهة الغير لا يكون له - في حال نشوء الرهن في ظل نظام الشهر الشخصي- إلا الحماية المستمدة من الالتزام بضمان سلامة الرهن ، و تلك التي يوفرها الضمان العام لكل دائن ، أما إذا عقد الرهن في ظل نظام السجل العيني فإن الدائن لا تحميه سوى القواعد العامة باعتباره دائناً عادياً.

و تبدو الحلول التشريعية سواء في الحالة الأولى أو في الحالة الثانية غير كافية لحماية الدائن من أثر تصرفات الراهن في العقار المرهون . و علة عدم كفاية هذه الحماية هو وجود فجوة زمنية تفصيل بين إبرام عقد الرهن ، و نشوء حق الرهن في العلاقة بين المتعاقدين من ناحية، و بين نفاذ هذا الحق في مواجهة الغير في ظل نظام الشهر الشخصي ، و بين إبرام عقد الرهن من جهة و نشوء حق الرهن نافذاً بين المتعاقدين و في مواجهة الغير بقيده من جهة أخرى في ظل نظام السجل العيني. فهذه الفجوة الزمنية هي التي يكون للراهن فيها ملكية غير مثقلة بحق الرهن بالنسبة للغير ، لأن هذا الحق و إن نشأ بين الطرفين - في ظل نظام الشهر الشخصي - يبقى غير معلوم و غير نافذ في مواجهة الغير . و من ثمة يكون من المستساغ للراهن أن يتصرف في العقار إلى الغير الذي لا يعلم شيئاً عن حق الدائن ، و يتعامل مع الراهن على أنه صاحب ملكية غير مثقلة بحق لصالح الدائن.

١٨ - و نرى أن الحل الأنسب هو التخلص من هذه الفجوة الزمنية ، و ذلك بجعل قيد الرهن في الشهر العقاري ركن في انشاء عقد الرهن نفسه ، حيث يصبح العقد المقيد هو المصدر المباشر لحق الرهن و من ثم لا يوجد انفصال زمني بين انعقاد عقد الرهن و نشوء حق الرهن لا بالنسبة للمتعاقدين و لا بالنسبة إلى الغير فالعقد و الحق يتعاصران من حيث النشأة و النفاذ بين المتعاقدين و في مواجهة الغير حق الغير على السواء . و هنا لا تكون واقعة التسجيل هي المنشئة لحق الرهن وإنما العقد نفسه الذي يكون التسجيل ركناً فيه هو مصدر نشوء حق الرهن.

ففي هذه الحالة نجد أن التعاصر بين إبرام عقد الرهن و نشوء حق الرهن و نفاذه في مواجهه الغير من ناحية، و اشراط التسجيل كركن في عقد الرهن من ناحية أخرى يوفر ضماناً أكبر للدائن المرتهن وذلك لأنه سيحمل الدائن على تسجيل عقد الرهن الذي لا يعتبر موجوداً قبل هذا التسجيل و من ناحيه اخرى فإنه سيلغي الفترة الفاصلة بين إبرام عقد الرهن و نشوء حق الرهن نافذاً في حق الغير او فيما بين المتعاقدين على حد سواء بما تحويه تلك الفترة من مخاطر سبق طرحها^{١٩}.

^{١٩} - و نعتقد أن الانتقال إلى هذه الشكلية متاح و مستساغ سواء في ظل قانون الشهر العقاري أو في قانون السجل العيني. فأما بالنسبة لقانون الشهر العقاري فلن يكون في هذا التعديل غضاضة خاصة وأن القانون المدني اشترط شكلية الرسمية كركن في عقد الرهن الرسمي إلا أنه فصل بين الرسمية و بين القيد في الشهر العقاري. فإن كان البعض يأخذ على اشترط الرسمية أن فيها زيادة في الأعباء المادية على الأطراف المتعاقدة ، و استغراقاً للوقت ، فكيف يكون والوضع أن الدائن المرتهن لا بد له من اتباع اجراءات تالية لإجراء الرسمية وهي اجراءات القيد في الشهر العقاري من أجل انفاذ حقه في مواجهة الغير والتي لا تقل من حيث العبء المادي و الوقت عن تلك المبذولة في افرغ العقد بالصيغة الرسمية المطلوبة خاصة إذا ما لوحظ أن عقد الرهن الرسمي يتم إبرامه على يد موظف في الشهر

١٩ - و يلاحظ أن عدد من قوانين الدول العربية التي صدرت بعد القانون المدني المصري قد تبنت مثل هذا التوجه نذكر على سبيل المثال القانون العراقي^{٢٠} الصادر في العام ١٩٥١ حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ١٢٨٦ من القانون المدني العراقي تنص (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود - 2. ونفقات العقد على الراهن، الا اذا اتفق على غير ذلك). و نصت المادة ٣٠٥ من قانون التسجيل العقاري الصادر في العام ١٩٧١ (١ - يدرج الرهن التأميني على حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الاصلية الاخرى المسجلة في السجل العقاري سواء كان هذا الحق مستقلاً او مشاعاً مع مراعاة القيود المفروضة قانوناً على رهن بعض الحقوق ٢ - لا ينعقد الرهن الا بالتسجيل في السجل العقاري).

و نجد القانون المدني الأردني قد سلك نفس التوجه^{٢١} في المادة ١٣٢٣ لعام ١٩٧٦ حيث نصت أنه (لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله ويلتزم الراهن بنفقات العقد الا إذا اتفق على غير ذلك). و المادة ١٦٠ من قانون الملكية العقارية الأردني لعام ٢٠١٩ الذ جاء فيها: (أ- يجوز رهن العقار، أو أي حصة شائعة فيه، رهناً تأمينياً ضماناً لدين على مالكة أو كفالة لدين على غير مالكة ب- يجوز رهن العقار رهناً تأمينياً ضماناً لدين جهة رسمية أو مؤسسة عامة كانت أم خاصة أو شركة أو بنك مصرح لأي منهما بمزاولة أعماله في المملكة . ج- لا ينعقد رهن العقار إلا بتسجيله لدى مديرية التسجيل .د- تنصرف كلمة الراهن حيثما وردت في هذا الفصل، إلى كل من المدين والكفيل، وذلك في حال كان رهن العقار كفالة لدين على غير مالكة، ما لم تدل القرينة على غير ذلك).

و كذلك مادة ٢٧٨ من مجلة الحقوق العينية التونسية بموجب تنقيح ١٩٩٢ حيث أصبحت تنص على أنه: (لا يتكون الرهن العقاري إلا بعد ترسيمه ، و يترتب بين الرهون العقارية حسب القواعد المنصوص عليها بهذه المجلة)^{٢٢}، و كذلك قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٨٥ حيث نصت المادة ١٤٠٠ على أنه: (لا يتعد الرهن التأميني إلا بتسجيله و يلتزم الراهن بنفقات العقد إلا إذا اتفق على غير ذلك) . و من أحدث التشريعات العربية قانون المعاملات

العقاري أي ان اشتراط القيد كركن في عقد الرهن في ظل نظام الشهر العقاري سيوفر تكاليف في الوقت و المال لا على المتعاقدين فحسب بل على إدارات الدولة كذلك .

أما فيما يخص نظام السجل العيني فذلك لن يكون من الصعب القبول بالانتقال الى شكلية التسجيل كركن في انعقاد عقد الرهن الرسمي وذلك لأن قانون السجل العيني لم يلغى شكلية الرسمية التي يتطلبها القانون المدني في الرهن الرسمي أي انه ما سبق وقلناه فيما يتعلق بقانون الشهر العقاري يصح هنا هذا من ناحيه، ومن ناحيه اخرى فان دور القيد الانشائي بالنسبة لحق الرهن في ظل هذا قانون السجل العيني لا يكون قاصراً على إنفاذه حق الرهن في مواجهة الغير كما هو الوضع في قانون الشهر العقاري ولكنه يكون كذلك بالنسبة لنشوء الحق فيما بين المتعاقدين أنفسهم مما يعرض الدائن المرتهن لخطر اكبر مما هو عليه في النظام الشهر العقاري لأن الدائن المرتهن في الفترة بين ابرام عقد الرهن الرسمي و تسجيله لا يكون له حق الرهن ولا حتى في العلاقة بينه وبين الراهن وبالتالي فإنه يفقد تلك الضمانات التي سبق وعرضناها الناشئة عن ضمان سلامة الرهن فيكون مثله مثل أي دائن عادي ، و يزيد هذه الخطورة وجود عقد رهن رسمي بين يدي الدائن يوهمه بأن حقه في الرهن أصبح موجوداً و دينه أصبح مضموناً فعلاً ، ناهيك عن أن عدم تطبيق قانون السجل العيني على نطاق واسع في مصر، لا يجعل اغلب المتعاملين على العقارات الخاضعة له يجهلون أحكامه، ولكن كذلك بعض المشتغلين بالقانون .

٢٠ - يراجع بخصوص استلزام التسجيل في السجل العقاري كركن لانعقاد الرهن التأميني : مصطفى مجيد - شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ - ج ٣ - ص ٣٦٤ و ما بعدها ./ محمد طه البشير و غني حسون طه - الحقوق العينية التبعية - ص ٤٠٤ / ف ٧٧ .

٢١ - للاطلاع على الوضع في القانون الأردني راجع : محمد وحيد الدين سوار - الحقوق العينية التبعية - مكتبة دار الثقافة - ص ٧٧ .

٢٢ - و يلاحظ أن المشرع التونسي قد تبني هذا الاتجاه في وقت قريب ابتداءً من العام ١٩٩٢ و كان الوضع قبل ذلك يشابه الوضع في التشريع المصري راجع : منى بو قربة - لحماية القانونية للدائن المرتهن في الرهن العقاري - مجلة بحوث و دراسات قانونية - مرجع سابق- ص ٥١٢ .

المدنية العماني الصادر عام ٢٠١٣ و الذي نصت المادة ١٠١١ منه على أنه : (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله ، و يلتزم الراهن بنفقات العقد إلا إذا اتفق على غير ذلك) .
مما يعكس توجه عاما في القوانين العربية للأخذ بهذا الحل .

الفرع الثاني : أثر تصرف الراهن في العقار المرهون رسمياً بعد نفاذ الرهن في حق الغير

٢٠ - إذا كان حق الرهن الرسمي ينشأ في العلاقة بين طرفيه بموجب العقد الرسمي^{٢٣} - في ظل نظام الشهر الشخصي - فإنه يظل حبيس العلاقة بينهما و لا يمتد أثره إلى الغير إلا إذا تهيئات وسيلة معينة تكفل للغير العلم بما يثقل العقار المرهون من عبء عيني . و الغير المراد هنا هو كل شخص يمكن أن يضار من وجود الرهن ، يستوي في ذلك من اكتسب ملكية العقار المرهون أو من اكتسب حقا عينيا أصليا أو تبعيا عليه ، بل و الدائن العادي أيضا^{٢٤} . فهؤلاء جميعا لا يمكن الاحتجاج عليهم بالرهن إلا إذا تهيئت لهم وسيلة تسمح بافترض علمهم بوجود الرهن . و قد اكتفى المشرع في الرهن الرسمي بإدراج الرهن في سجل خاص يسمح الاطلاع عليه بتحديد الوضع القانوني للعقار المرهون و اطلق على هذا النظام (نظام قيد الرهن) فالقيد سواء في نظام الشهر الشخصي أو في نظام السجل العيني هو الذي يجعل للرهن حجبة في مواجهة الغير^{٢٥} (١٠٥٣ مدني) .

فاذا صار الرهن نافذا في حق الغير ، فقد حاول المشرع ايجاد نوع من التوازن بين سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون و حق الدائن المرتهن في الضمان حيث نصت المادة ١٠٤٣ مدني على أنه : (يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون و أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن) . فالراهن يظل بعد الرهن مالكا للعقار المرهون و حائزاً له ، و لذلك فإنه من المتصور أن يتصرف فيه إما تصرفاً قانونياً ، وإما تصرفاً مادياً و هذان النوعان من التصرفات يمكن أن يؤثر سلباً على ضمان الدائن المرتهن .

الغصن الأول : أثر تصرف الراهن في العقار المرهون رسمياً تصرفاً قانونياً

٢١ - إذا اتخذت إجراءات نفاذ الرهن على الوجه الصحيح فلا يضار الدائن المرتهن بأي تصرف يصدر من الراهن بعد ذلك على العقار المرهون ، سواء تمثل هذا التصرف في نقل ملكية العقار المرهون إلى الغير معاوضة أو تبرعا ، أو في ترتيب حق عيني عليه أصلي أو تباعي على العقار . إذ أن هذه الحقوق و قد طرأت على العقار بعد نفاذ الرهن لن تكون حجة على الدائن المرتهن . فإذا كان التصرف ناقلاً للملكية كالبيع أو الهبة فإن الملكية تنتقل إلى المتصرف إليه مثقلة بحق الدائن

^{٢٣} - التأمينات الشخصية و العينية - توفيق حسن فرج - مؤسسة الثقافة الجامعية - ص ٩٣ . / * عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١٠ - دار احياء التراث العربي - مرجع سابق - ص ٣٨٤ / ف ١٦٩ .

^{٢٤} - و الدائن العادي لا يعنيه وقت قيد الرهن سواء تم قبل نشوء حقه أو بعد نشوئه لأنه لا يزامح على مرتبة الرهن ، و إنما هو يتأثر فقط بمسألة نفاذ الرهن الذي يجعل الدائن المرتهن متقدماً عليه دائماً .

^{٢٥} - و إن كان يلاحظ أن القيد في ظل نظام السجل العيني لازم ليس لنفاذ حق الرهن في مواجهة الغير بل و لنشوئه بين المتعاقدين كذلك مادة ٢٩ من قانون السجل العيني . و ذلك على خلاف الوضع في ظل نظام الشهر الشخصي حيث يقتصر دور القيد على جعل حق الرهن نافذاً في مواجهة الغير .

المرتهن الذي يمكن له تتبع العقار في أي يد يكون^{٢٦} . وإذا كان التصرف مرتباً لحق عيني أصلي كالانتفاع أو الارتفاق فإن الدائن المرتهن يستطيع – إذا لم يستوف حقه عند حلول الاجل – أن يباشر التنفيذ على العقار باعتباره خالياً من الحق الذي رتبته الراهن بعد قيد الرهن . و أخيراً فإنه إذا كان التصرف مرتباً لحق عيني تبعية فإن الدائن المرتهن – باعتبار اسبقية قيده – يتقدم على جميع الدائنين العاديين و الدائنين أصحاب التأمينات العينية التاليين له في المرتبة^{٢٧} . إنما تكمن الخطورة التي يمكن أن يتعرض لها الدائن المرتهن في قيام الراهن بالتصرف في المنقولات التي تعد عقارات بالتخصيص و التي يمتد إليها الرهن . أو التصرف في العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المأل .

أ – التصرف في العقار بالتخصيص^{٢٨} :

٢٢ - وفقاً لنص المادة ١٠٣٦ من القانون المدني يمتد الرهن بقوة القانون - في حالة عدم وجود اتفاق مخالف - إلى المنقولات التي تلحق بالعقار و تعد عقارات بالتخصيص^{٢٩} ، أي المنقولات التي يملكها الراهن و يرصدها لخدمة العقار المرهون و استغلاله (كآلات الزراعة في الأراضي الزراعية ، و الأثاث في الفنادق) فهذه المنقولات تأخذ حكم العقار ما بقيت متصلة بالعقار و مخصصة لخدمته ، أما إذا تم فصلها عن العقار فإنها تترد إلى طبيعتها المنقولة و تسري عليها أحكام المنقولات . فإذا أخرج الراهن هذه المنقولات من العقار المرهون و تصرف فيها إلى شخص حسن النية (لا يعلم شيئاً عن امتداد الرهن إلى هذه المنقولات) ، فإن المتصرف إليه يكتسب ملكية

^{٢٦} - قضت محكمة النقض بأن: (أن مؤدى نص المواد ١٠٣٠، ١٠٤٣، ١٠٥٢، مدني أن الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون. فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن ويعطي لهذا الأخير حقا عينيا عقاريا على عقار المخصص لوفاء الدين بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا و ضمانات عينية، كما يعطي له حق التتبع في يد من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون، والراهن يبقى مالكا للعقار المرهون و حائزا له و يحتفظ بحقه في التصرف فيه و لا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن، ويستوي في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو جزء منه فقط، فإذا باعه أجزاء متفرقة إلى عدد من المشتريين فللدائن المرتهن أن يتتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه، كما يتتبع كل العقار المشتري). طعن رقم ١٤٢٧٨ - تاريخ ٢٠٢٢/١٢/٢٨ - سنة قضائية ٨٩ - المصدر البوابة القانونية للتشريعات المصرية على الرابط <https://elpai.idsc.gov.eg/Judgements> الزيارة ٢٠٢٣/٩/٢٨

و كذلك قضت محكمة النقض أنه (يُكسب الدائن المرتهن حقا عينياً على عقار الراهن المخصص لوفاء الدين. تتقدم الدائن المرتهن على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة وتتبع العقار في يد من ينتقل إليه العقار مع بقاء ملكية العقار وحيازته و التصرف فيه للراهن). طعن رقم ٩٣٥٢ / سنة قضائية ٦٦ - تاريخ ٢٠٠٩/٧/٧ . المصدر البوابة القانونية للتشريعات المصرية على الرابط <https://elpai.idsc.gov.eg/Judgements> تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٩/٢٨ .

^{٢٧} - التأمينات العينية و الشخصية - نبيل إبراهيم سعد - مرجع سابق - ص ١٠١ . * / آثار الرهن التأميني فيما بين لراهن و المرتهن - ثامر جاسم محمد - مجلة كلية المأمون - العدد ٣٤ - سنة ٢٠١٩ - ص ٢٢٧ . * / حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي - خالد ثامر - مجلة ضياء للدراسات القانونية - مجلد ١ - عدد ١ - سنة ٢٠١٩ - ص ١٤٢ . * / الحقوق العينية التبعية - حمدي عبد الرحمن احمد - مرجع سابق - ص ٦٦ . * / التأمينات الشخصية و العينية - توفيق حسن فرج - مرجع سابق - ص ١٤١ . * / التأمينات العينية - محمد عبد الظاهر حسين - مرجع سابق ص ٧٨ . * * / الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ١٢٨ . * / عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١٠ - دار احياء التراث العربي - ص ٣٩٧ / ف ١٧٤ .

جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني : (لا يفقد الراهن في الرهن الرسمي ملكية العقار المرهون و لا حق التصرف فيه . فهو يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه . و لكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن ، م مادام الرهن قد قيد فيل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . كذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، و لكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن و لهذا أن ينفذ على العقار خالياً من هذه الحقوق ، و يستطيع الراهن أيضا أن يرتب على العقار المرهون رهنا آخر ، رسميا كان أو حيازيا ... و لكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ٧ - ص ٣٩ .

^{٢٨} - لدراسة تفصيلية في فكرة العقار بالتخصيص راجع : الرهن الالكتروني للعقار بالتخصيص : دراسة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - حسام الدين كامل الاهواني - مجلة القانون و التكنولوجيا - مج ١ - عدد ١ - ٢٠٢١ - ص ٢٢ و ما بعدها .

^{٢٩} - جاء في حكم محكمة النقض : (تعتبر العقارات بالتخصيص ضمن ملحقات العقار مالم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، و يقع عبء اثبات هذا الاتفاق على من يدعيه ، فالراهن هو المكلف باثبات أن المنقولات موضع النزاع لايشملها عقد الرهن) مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض - سنة ٥ عدد ٢ ص ٤٢٠ .

هذه المنقولات بمقتضى عقد البيع و يسقط الرهن الوارد عليها بمقتضى الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في منقول سند الحائز (مادة ٢/٩٧٦ مدني)، و عندها لن يكون أمام الدائن إلا طلب اسقاط الأجل ، أما إذا كانت المنقولات لا تزال في يد الراهن أو انتقلت إلى حائز سيء النية فعدها يكون للدائن المرتهن طلب استبقائها في العقار المرهون أو استرداد حسب الحال^{٣٠}.

و من المتصور أن يتخذ تصرف الراهن في العقارات بالتخصيص صورة تحميلها بضمانات أخرى. فقد يقدم الراهن بنزع المنقول من العقار، و تحميله برهن حيازي لصالح الغير فإذا كان هذا الأخير حسن النية – أي لا يعلم شيء عن الرهن الرسمي الوارد للمنقول المرهون – و حاز المنقول فعلا ، فإنه يكتسب حق الرهن بالعقد ، و يسقط حق الرهن الرسمي عن المنقول بقاعدة الحيازة (مادة ٢/٩٧٦ مدني).

و قد يبقى الراهن المنقول في العقار و لكن يحمله بحق ضمان غير حيازي ، وفقا لنص المادة ١٥ / ٢ من قانون الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ ، و قد أثار هذا الموضوع العديد من الإشكالات بخصوص مدى جواز إنشاء هذه الضمانة على العقار بالتخصيص الذي امتد إليه الرهن الرسمي الوارد على العقار المخصص لخدمته ، و تحديد مرتبة هذه الضمانة في هذه الحالة، و هو ما سنعود لدراسته لاحقا في المبحث الثاني من هذه الدراسة .

ب - التصرف في العقار المرهون باعتباره منقولا من حيث المأل:

٢٣ - و قد يتصرف الراهن في العقار كله باعتبار منقولا بحسب المأل كأن يتصرف في المباني المرهونة باعتبارها انقاضا أو في الأشجار المرهونة باعتبارها اخشاباً، و لبيان حكم هذه الحالة يتعين أن نفرق بين فرضين :

الفرض الأول : إذا كان البيع قد ورد على عقار قائم و تراضا البائع و المشتري على أن المشتري سيقوم حتما و في القريب بتحويل العقار إلى منقول (هدم البناء أو قطع الأشجار) . في هذه الحالة رغم الافتراض الفقهي بأن البيع يعتبر وارداً على منقول بحسب المأل^{٣١}، إلا أن هذا الافتراض لا يخفي حقيقة أن البيع عند صدوره كان محله عقارا و من ثمة فإنه كان يجب على المشتري أن يبادر إلى الاطلاع على دفاتر الشهر العقاري للتحقق من وجود تكاليف عينية مقيدة على العقار ، فإذا لم يفعل فلا يمكن افتراض جهله بوجود الرهن لأن عدم علمه يعزى إلى خطأ جسيم من جانبه ينفي عنه حسن النية^{٣٢} و بالتالي لا يستفيد من قاعدة الحيازة في اسقاط الرهن عن الأنقاض . و لذلك يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر سلطة التتبع في مواجهته على مأل إليه العقار من انقاض^{٣٣}.

٢٠ - نظرية التأمينات في القانون المدني – شمس الدين الوكيل – مرجع سابق- ص ٢٢٣ و كذلك ص ٢٦٢ / * التأمينات العينية – محمد عبد الظاهر حسين – مرجع سابق- ص ٨١ . / * الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب – عبد الله عبد الكريم عبد الله – طارق جمعة السيد راشد – مرجع سابق - ص ١٣٣ . / * عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ١٠ – دار احياء التراث العربي - مرجع سابق – ص ٢٥٨ / ف ١٥٩ . و كذلك ص ٤٠٢ / ف ١٧٦ .

٣١ - عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ٨ – دار احياء التراث العربي - ص ٧٥ و ما بعد / ف ٣٠ / * حسن كيرة – المدخل إلى القانون – منشأة المعارف – ١٩٧١ – ص ٧١٦ / * لمزيد من التوسع في فكرة المنقول بحسب المأل راجع : إيناس مكي عبد النصار – الافتراض القانوني في فكرة المنقول بحسب المأل – دراسة مقارنة – مجلة جامعة بابل – العلوم الإنسانية – مج ٢٥ – العدد ٦ – ٢٠١٧ .

٣٢ - و يلاحظ أن الوضع يختلف في حال كان البيع قد تم بعد إبرام عقد الرهن و لكن قبل نفاذ الرهن في مواجهة الغير بقبده ، فهنا يعتبر المشتري حسن النية ، لأنه حتى لو اطلع على صحيفة العقار فلن يجد عليها ما يشير إلى وجود الرهن ، فإذا حاز المنقول بحسب المأل استطاع التذرع بقاعدة الحيازة في لمنقول سند الحائز ، و لا يكون للدائن المرتهن إلا اللجوء الى الجزاءات التي تقررها المادة ١٠٤٧ بخصوص ضمان سلامة الرهن .

٣٣ - قريب من هذا التحليل راجع : نظرية التأمينات في القانون المدني – شمس الدين الوكيل- ف ٨٢ – ص ٢٥٧ / * عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ١٠ – دار احياء التراث العربي – مرجع سابق – ص ٤٠٠ / ف ١٧٥ .

الفرض الثاني : أن يترضا الطرفان على البيع و تعهد البائع بتحويل العقار إلى منقول (كتحويل المنزل إلى انقاض و تسليمه على هذا الوجه إلى المشتري) فإن التعامل عندئذ يكون وارد على منقول مستقبل ، و لكنه منقول بطبيعته ، و من ثم فإن جهل المشتري بالرهن الوارد عليه يجعله إذا تسلم المنقول حائزا حسن النية ، يستفيد من قاعدة الحيازة في تملك المنقول خاليا من الرهن ، و هنا ، و على نقيض الحالة السابقة لا يستطيع الدائن المرتهن مباشرة سلطة التتبع على مآل إليه العقار من انقاض ، ولكن الدائن المرتهن يمكنه أن يحجز على الثمن تحت يد هذا الحائز ، ويكون له حق التقدم بما له من حق الرهن^{٣٤}.

يستطيع الدائن المرتهن في جميع الأحوال أن يعتبر أن تأمينه قد ضعف ، وأن أجل الدين قد سقط فيطالب بالدين فوراً كما أن له أن يطلب تقديم تأمين آخر يضمن الوفاء بالدين.

العنصر الثاني : أثر تصرف الراهن في العقار المرهون رسمياً تصرفاً مادياً

٢٤ - قد تصدر من الراهن بعد نشوء الرهن و نفاذه في حق الغير، اعمال مادية تمس العقار المرهون و تؤدي إلى الإضرار بحق الدائن المرتهن ، إما بسبب ما يترتب عليها من انقاص لقيمة الضمان و إما بسبب إهدار الضمان كلياً .

أ – فقد يقوم الراهن ببعض الاعمال المادية التي تؤدي إلى انقاص القيمة الائتمانية للعقار المرهون ، من ذلك أن يقوم بهدم البناء فلا يبقى من العقار المرهون إلا الأرض ، أو أن يقوم بفصل العقارات بالتخصيص عن العقار المرهون ، أو تبوير الأرض الزراعية ، أو تخريب العقار بأي طريقة.

في مثل هذه الحالات وفر القانون وسيلة حماية للدائن المرتهن ورد النص عليها في المادة ١٠٤٧ مدني التي تقض بأنه : (يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك .)

و يتبين من هذا النص أن الراهن – على غرار البائع – يلتزم بضمان تعرضه الشخصي سواء أكان تعرضاً قانونياً أو تعرضاً مادياً^{٣٥} . فإذا كان التعرض الذي صدر من الراهن تعرضاً مادياً كما في الأمثلة التي سبق أن ذكرها ، فإن الدائن المرتهن يمكنه اللجوء إلى نص المادة ١٠٤٧ مدني للمطالبة بمنع التعرض الصادر من الراهن ، لكن المشروع اشترط لقبول دعوى الدائن المرتهن أن

قضت محكمة النقض بأن : (أن القانون جعل شهر الحقوق العينية عن طريق تسجيلها إعلاماً لكل أحد بوجود الحق العيني الذي شهر بحيث يكون حجة على جميع أرباب الحقوق الذين تلقوا حقوقهم وهو مقيد بالسجل ، إذ أنهم حينئذ يعتبرون قانوناً عالمين بوجوده ولا حجية له على الذين تلقوا حقوقهم وهو غير مقيد بالسجل ، لأنهم حينئذ لم يكونوا عالمين به. ومن ثم فإن محي قيد الحق العيني من السجل ثم ألغى المحو عادت الى القيد مرتبته الأصلية التي كانت له قبل محوه ولكن بدون ان يكون حجة على التسجيلات التي حصلت في الفترة بين المحو وإلغائه) الطعن رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق – جلسة ٣١ / ١ / ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ج ١ ق ١٨ ص ٤٣١ – مذكور عند المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني – معوض عبد التواب- ٢٠٠٤ – مج ١٠ – ص ٤٠٦ .

^{٣٤} - عبد الرزاق احمد السنهاوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ١٠ – دار احياء التراث العربي – مرجع سابق ص ٤٠٠ / ف ١٧٥ .

^{٣٥} - أما إذا كان التعرض المادي صادر من الغير فإن الراهن لا يضمنه و على العكس من ذلك فإن التعرض القانوني الصادر من الغير و الذي يتخذ صورة ادعاء الغير حق على العقار المرهون يناقض حق الدائن المرتهن (كأن يدعي الغير أنه مالك العقار ، أو أن له رهناً متقدماً على رهن الدائن) هنا يكون الراهن ملتزماً بدفع التعرض ، و ذلك بأن يتدخل بالدعوى لدحض ادعاء الغير و تثبيت حق الدائن المرتهن على العقار . * التأمينات العينية – محمد عبد الظاهر حسين – مرجع سابق - ص ٩٠ * / الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب – عبد الله عبد الكريم عبد الله – طارق جمعة السيد راشد – مرجع سابق ص ١١٩ . / * التأمينات الشخصية و العينية – توفيق حسن فرج – مرجع سابق - ص ١٤٥ .

يكون تعرض الراهن من شأنه أن يؤدي إلى انقاص الضمان انقاصا كبيرا^{٣٦}، لأنه لو سمح للدائن المرتهن بالاعتراض على كل تصرف يصدر من الراهن و لو أدى إلى انقاص الضمان انقاصا محدودا لأدى ذلك إلى تعطيل حق الدائن في إدارة العقار و استغلاله^{٣٧}. فإذا ثبت أن تصرف الراهن من شأنه أن ينقص من قيمة العقار انقاصا كبيرا، فإن الدائن المرتهن يمكنه الاعتراض على هذه التصرفات و طلب وقفها ، و له عند الاستعجال اتخاذ الإجراءات التحفظية كتعيين حارس على العقار أو ترميم ما تهدم أو تخرب منه على نفقة الراهن .

ب - و قد يتسبب الراهن في هلاك العقار المرهون هلاكا كلياً- سواء بفعله أو بخطئه - و هو ما يعتبر من قبل التعرض المادي الذي يضمنه الراهن ، و في هذه الحالة فإن المادة ١٠٤٨ مدني تجعل الدائن المرتهن بالخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً يحل محل العقار الذي هلك ، أو أن يتمسك بسقوط أجل الدين و المطالبة بالوفاء الفوري .

و يلاحظ أنه إذا كان الهلاك قد وقع بسبب اجنبي لا يسأل عنه الراهن ، فإن المادة ١٠٤٨ / ٢ مدني قد جعلت الخيار للراهن الذي يمكنه - إذا لم يقبل الدائن بقاء الدين بدون تأمين - أن يختار بين تقديم تأمين كافٍ يحل محل العقار الذي هلك ، أو أن يعجل الوفاء بالدين . و في هذه الحالة الأخيرة فإنه إذا كان الدين منتجاً للفوائد فإن هذه الفوائد يقف سريانها من تاريخ الوفاء ، أما إذا كان الدين غير منتج للفوائد فإن المدين يلتزم بأن يؤدي للدائن قيمة الدين مخصوصاً منها قيمة الفائدة بالسعر القانوني (٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية) عن المدة بين تاريخ الوفاء المعجل و التاريخ الذي كان محدداً أصلاً للوفاء ، و هو ما يعني أن المشرع افترض في هذه الحالة أن الفوائد كانت مضمنة في أصل الدين .^{٣٨}

و امتداداً لحماية المشرع للدائن المرتهن فقد قرر أنه إذا هلك العقار المرهون لأي سبب (سواء كان الهلاك مادياً أو قانونياً) ، و حل محله حقا مالياً في ذمة الراهن كالتعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة فإن الرهن ينتقل بمرتبته إلى الحق الذي حل محله في ذمة الراهن . و المراد بذلك أن الرهن ينقضي في شقه الخاص في سلطة التتبع و لا يبقى منه إلا سلطة التقدم الذي يباشرها الدائن المرتهن على المال الذي حل محل العقار الهالك^{٣٩} .

المطلب الثاني: أثر تصرف الراهن في المال المرهون رهناً حيازياً على حق الدائن المرتهن

٢٥ - ووفقاً لنص المادة ١٠٩٦ من القانون المدني فإن الرهن الحيازي عقد به يلتزم الراهن ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يترتب عليه

^{٣٦} - و يراد بالانقاص الكبير الانقاص الذي يجعل قيمة العقار غير كافية لتغطية الدين المضمون ، و المرجع في ذلك الى تقدير قاضي الموضوع / * في هذا المعنى * محمد حسين منصور - النظرية العامة للانتماء - مرجع سابق - ص ٢٨٠ / * نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - مرجع سابق - ٢٢٩

^{٣٧} - التأمينات العينية و الشخصية - نبيل إبراهيم سعد - مرجع سابق - ص ٩٦ . / * التأمينات العينية - محمد عبد الظاهر حسين - مرجع سابق - ص ٩١ / جابر محجوب علي و فايز الكندري - التأمينات العينية في القانون الكويتي - ٢٠٠٤ - ص ١٣٦ .

^{٣٨} - نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - مرجع سابق - ص ٢٣٠ / * التأمينات العينية و الشخصية - نبيل إبراهيم سعد - مرجع سابق - ص ٩٨ / * الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ١٢٢ . / * عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١٠ - دار احياء التراث العربي - ص ٣٨٨ / ف ١٧١ .

^{٣٩} - التأمينات العينية و الشخصية - نبيل إبراهيم سعد - مرجع سابق - ص ٩٩ / * التأمينات الشخصية و العينية - توفيق حسن فرج - مرجع سابق - ص ١٤٧ / * التأمينات العينية - محمد عبد الظاهر حسين - مرجع سابق - ص ٩٢ . / * عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١٠ - دار احياء التراث العربي - مرجع سابق - ص ٣٩٢ / ف ١٧٢ .

للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون .
يتبين من هذا التعريف أن الرهن الحيازي هو عقد رضائي يرد على العقار أو المنقول ، ينشأ عنه للدائن المرتهن حق عيني تبقي يخوله حبس الشيء المرهون بالإضافة إلى ميزتي التقدم و التتبع ، و إذا كان حق الرهن الحيازي ينشأ في العلاقة بين طرفيه بموجب العقد الرضائي^{٤٠} ، فإنه - كما هو الحال في الرهن الرسمي - يظل حبيس العلاقة بينهما و لا يمتد أثره إلى الغير إلا إذا تهيأت وسيلة معينة تكفل للغير العلم بما يثقل المال المرهون من عبء عيني ، و قد جعل المشرع انتقال الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل الذي يعينه المتعاقدان إجراءً ضرورياً لنفاذ الرهن ، لكنه أضاف إليه إجراءً آخرأ يختلف باختلاف طبيعة المال المرهون و هو القيد في الرهن الحيازي للعقار ، و كتابة الرهن في ورقة ثابتة التاريخ في الرهن الحيازي للمنقول.^{٤١}
و عليه فإن أثر تصرف الراهن في المال المرهون في حق الدائن المرتهن يظهر سواء كان محل الرهن مالاً عقاريا أو مالاً منقولاً ، و ذلك سواء في المرحلة السابقة على استكمال شروط نفاذ الرهن في مواجهة الغير ، أو في المرحلة التالية على ذلك .

الفرع الأول : أثر تصرف الراهن في المال المرهون قبل نفاذ الرهن في حق الغير

٢٦ - في الفترة السابقة على نفاذ الرهن في مواجهة الغير ، على الرغم من وجود حق الرهن في العلاقة بين الطرفين ، إلا أنه من المتصور أن يصدر من الراهن بعض التصرفات التي ترتب أثارا سلبية في حق الدائن المرتهن ، و تختلف هذه الاثار باختلاف طبيعة المال المرهون و ما إذا كان عقارا أم منقولاً .

الفصل الأول : أثر تصرف الراهن في العقار المرهون حيازياً على حق الدائن

المرتهن

٢٧ - اذا ورد الرهن الحيازي على عقار فإن العقد المنشئ له هو عقد رضائي يكفي لقيامه تراضي كل من الراهن و الدائن المرتهن . فإذا تراضى الطرفان على العقد نشأ حق الرهن في العلاقة بينهما^{٤٢} ، و لكنه يظل حبيس العلاقة بين الطرفين و ليس له أي حجية في مواجهة الغير - كل ذلك في ظل نظام الشهر الشخصي - و لهذا السبب فإن الدائن المرتهن ، رغم كونه صاحب حق عيني تبقي على العقار ، إلا أنه يظل في نظر الغير أجنبيا عن العقار و ليس له أي حق عليه ، لأن نفاذ الرهن في مواجهة الغير لا يتم إلا إذا اتخذت إجراءات نفاذه وفقاً للقانون (و هي القيد و نقل الحيازة) . و من المتصور أن يستغل الراهن هذا الوضع فيلجأ إلى الإضرار بالدائن المرتهن ، و يتحقق ذلك إما بالتصرف في العقار تصرفاً يؤدي إلى نقل ملكيته إلى الغير ، فإذا سارع إلى تسجيل هذا التصرف قبل أن تستكمل إجراءات نفاذ الرهن في حق الغير ، فإن العقار المرهون يخرج من

^{٤٠} - التأمينات الشخصية و العينية - توفيق حسن فرج - مرجع سابق - ص ٢١٢ .

^{٤١} - الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ٢٧٩ و ما بعدها .

^{٤٢} - نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - مرجع سابق - ص ٤٧٦ .

ملك الراهن و لن يستطيع الدائن المرتهن أن يقيد رهنه بعد ذلك^{٤٣} . و إما بترتيب حق عيني تبقي على العقار المرهون و المسارعة الى اتخاذ إجراءات نفاذه في مواجهة الغير ، بحيث إذا قام الدائن المرتهن باستكمال إجراءات نفاذ حقه ، تكون له مرتبته متأخرة عن مرتبة الدائن المرتهن الجديد الذي سبقه إلى اتخاذ إجراءات نفاذ رهنه. و قد يتخذ الإضرار بالدائن المرتهن صورة التصرف في ملحقات العقار المرهون (كالعقارات بالتخصيص) فيفصلها الراهن عن العقار وبييعها إلى مشتر حسن النية لا يعرف شيئاً عن الرهن يتملكها خالية من التكاليف العينية بمقتضى الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول (مادة ٢/٩٧٦ مدني) ، أو يرتب على العقار بالتخصيص حال وجوده ضمن العقار المرهون ، حق ضمان غير حيازي وفق القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ ، فيثير مسألة كيفية تحديد مرتبة كل من الرهن الحيازي و حق الضمان غير الحيازي على المنقولات و هذا ما سنعود لبياناه عند تناول حق الضمان غير الحيازي على المنقولات .

أما في ظل نظام السجل العيني فإن عقد الرهن و إن ظل رضائياً إلا أنه يكون قبل تسجيله عاجز عن إنشاء حق الرهن سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير (مادة ٢٩ من قانون السجل العيني ١٤٢ لعام ١٩٦٤) ، و لا ينفذ في مواجهة الغير إلا إذا اضيف إلى التسجيل إجراء آخر و هو نقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن أو العدل ، فعقد الرهن يقتصر على إنشاء التزام شخصي على عاتق الراهن بإنشاء حق الرهن (عن طريق قيده في السجل العيني) لصالح الدائن المرتهن ، و بذلك فإن الأخطار التي يتعرض لها الدائن المرتهن لا تختلف عن تلك التي ذكرناها بخصوص نظام الشهر الشخصي ، حيث يكون الدائن المرتهن عرضة لخطر تصرف الراهن في العقار المرهون بنقل ملكيته إلى الغير أو بترتيب حق عيني عليه ، قبل أن يقوم بقيد رهنه في السجل العيني .

٢٨ - و علاج هذه المخاطر يكمن في نظرنا في أن يكون عقد الرهن الحيازي الوارد على العقار عقدا شكلياً يستلزم الشهر كركن فيه (سواء في نظام الشهر الشخصي أو في نظام السجل العيني) ، حيث أن هذه الشكلية ستوفر الحماية للدائن المرتهن من مما يتهدهه من مخاطر من أثر تصرفات الراهن في الفترة السابقة على نفاذ الرهن في مواجهة الغير في الوضع الحالي، و على هذا الأساس فسوف يتعاصر نشوء الرهن و نفاذه في مواجهة الغير الذي يصبح خاضعاً لإجراء واحد فقط و هو القيد ، ليتحول انتقال الحيازة من إجراء لازم لنفاذ الرهن إلى التزام ينشأ من عقد الرهن على عاتق الدائن المرتهن .

العصن الثاني : أثر تصرف الراهن في المنقول المرهون حيازياً على حق الدائن

المرتهن

٢٩ - إذا ورد الرهن الحيازي على منقول فإنه يكون أيضاً عقدا رضائياً ينعقد بمجرد التراضي بين طرفيه و ينشأ عنه مباشرة حق الرهن في العلاقة بين الراهن و الدائن المرتهن. و ما دام التسليم لا يعد ركناً في عقد الرهن الحيازي للمنقول، فإن الراهن يبقى محتفظاً (و لو لفترة محدودة) بحيازة المنقول المرهون . وهذا الوضع يمكن أن يكون مصدر خطر بالنسبة للدائن المرتهن، حيث من

^{٤٣} - ويمكن للراهن أن يرتب على العقار لصالح الغير حقاً عينياً أصلياً كالانتفاع أو الارتفاق و يسجل السند المنشئ له قبل قيد الرهن بما يؤدي إلى الحد من القيمة الانتزاعية للعقار المرهون .

المتصور أن يقوم الراهن بالتصرف في المنقول تصرفاً قانونياً إلى شخص حسن النية لا يعلم شيئاً عن الرهن و يحوز هذا الأخير المنقول . عند إذ فإن هذا الشخص يمتلك المنقول بالعقد لأن العقد وارد على منقول معين بالذات مملوك للمتصرف (مادة ٢٠٤ مدني) ، ولكنه يكتسب الملكية خالصة من الرهن الذي يزول بفعل الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول (مادة ٩٧٦ / ٢ مدني) . و قد يرتب الراهن رهناً جديداً على المنقول لصالح دائن آخر حسن النية ، فإذا سارع الأخير إلى اتخاذ إجراءات نفاذ الرهن الجديد اكتسب مرتبة متقدمة على مرتبة الدائن المرتهن الأول . و قد يتصرف الراهن في المنقول المرهون تصرفاً مادياً ، و ذلك بأن يعرضه للهلاك أو يدمجه في عقار أو منقول بشكل يفقده ذاتيته ، و يجعل من غير الممكن فصله عنه ، و قد يقوم بإخفاء المنقول المرهون ، مما يعرض حق الدائن المرتهن للخطر .

٣٠ - و لتلافي أثر هذه التصرفات في حق الدائن المرتهن في المرحلة السابقة على نفاذ رهن المنقول حيازياً ، فإننا نرى أنه يمكن هجر مبدأ الرضائية ، و إعادة الرهن الحيازي للمنقول إلى طبيعته التي كان عليها في ظل التقنين المدني الملغى ، و اعتباره عقداً عينياً لا ينعقد إلا إذا قام الراهن بتسليم المنقول المرهون إلى الدائن المرتهن . فقبل التسليم لا ينشأ العقد ، فإذا نشأ العقد فإن وجود المنقول المرهون بين يدي الدائن المرتهن يكفل لهذا الأخير الحماية من تصرفات الراهن في الفترة السابقة على نفاذ الرهن التي تم عرضها . وحتى لو افترضنا أن الراهن قام بالتصرف في المنقول المرهون للغير بعد تسليمه إلى الدائن المرتهن سواء تصرفاً ناقلاً للملكية ، أو مرتباً لرهن جديد عليه ، فإن وجود المنقول تحت يد الدائن المرتهن يخوله الحق في حبسه عن المتصرف إليه حتى يقتضي دينه^{٤٤} .

الفرع الثاني : أثر تصرف الراهن في المال المرهون حيازياً بعد نفاذ الرهن في حق الغير

٣١ - وفقاً لأحكام المادة ١١٠٩ من القانون المدني فإن نفاذ الرهن الحيازي – أي كان نوع المال الذي يرد عليه عقاراً أو منقولاً – يقتضي انتقال حيازة المال المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي يتفق عليه المتعاقدان ، و إلى جانب ذلك فإن نفاذ الرهن يقتضي إجراءً آخرًا يختلف بحسب ما إذا كان الرهن وارداً على عقار أو على منقول ، فإذا كان الرهن وارداً على عقار فإن نفاذه في حق الغير يتطلب إلى جانب انتقال الحيازة أن يتم قيد الرهن وفقاً للقواعد و الإجراءات المنصوص عليها بالنسبة لقيد الرهن الرسمي (مادة ١١١٤ مدني) ، أما إذا كان محل الرهن منقولاً فإن نفاذه في حق الغير يقتضي إلى جانب انتقال الحيازة كتابة عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها الدين المضمون و المنقول المرهون تحديداً كافياً (مادة ١١١٧ مدني) . و سوف نعرض فيما يلي لأثر التصرف الصادر من الراهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن في بعد نفاذ الرهن في مواجهة الغير .

^{٤٤} - و لذلك لا نعتقد بوجاهة الاعتراض الشائع في الفقه على فكرة العينية و كونها من مخلفات الشكلية الثقيلة في القانون الروماني ، لأن الشكلية في بعض الأحيان تعد هي الوسيلة الأمثل للحماية التي يتغياها القانون ، فالشكلية في الأنظمة القانونية تبقى مقبولة و مطلوبة ما دامت شكلية غائية ، شكلية لا تعطل من إرادة المتعاقدين و تطغى عليها ، و إنما تهدف إلى حماية حقوق المتعاقدين ، و تنوير إرادتهما . راجع في انتقاص شكلية التسليم * نظرية التأمينات في القانون المدني – شمس الدين الوكيل – مرجع سابق- ص ٤٣٦ .

العصن الأول : أثر تصرف الراهن في العقار المرهون حيازياً بعد نفاذ الرهن

٣٢ - ذكرنا أن نفاذ الرهن الحيازي للعقار في مواجهة الغير _ في ظل نظام الشهر الشخصي - يقتضي استيفاء إجرائين هما القيد و نقل الحيازة مادة ١١٤ مدني. و نرى أن الوضع في ظل نظام السجل العيني لا يختلف عنه في نظام السجل الشخصي ، لأنه و إن كان قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ قد اكتفى في المادة رقم ٢٩ بالقيد كإجراء لازم لنشأة و نفاذ الحقوق العينية التبعية الواردة على العقار سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . و إلا أن هذا النص الذي يضع قاعدة عامة لنشأة و نفاذ الحقوق العينية التبعية العقارية ، لا ينفي وجود نص في القانون المدني خاص بنفاذ الرهن الحيازي الوارد على عقار (مادة ١١٤ مدني) ، يتطلب إلى جانب القيد انتقال الحيازة ، و للتوفيق بين هذين النصين يمكن القول أن النص الوارد في قانون السجل العيني هو نص عام ينظم الحقوق العينية التبعية الواردة على العقار بصفة عامة ، أما نص القانون المدني فهو نص خاص ينظم الرهن الحيازي الوارد على العقار ، و الخاص يقيد العام في المجال الذي يطبق فيه . و بناء على ذلك نرى أن ما يتطلبه القانون المدني من اجراءات لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير تكون واجبة التطبيق في ظل قانون السجل العيني كما تطبق في ظل قانون الشهر العقاري ، و لذلك فإن نفاذ الرهن الحيازي على العقار في ظل قانون السجل العيني يقتضي - فيما نرى - انتقال حيازة العقار إلى الدائن المرتهن أو العدل ، إلى جانب القيد .

٣٣ - فإذا افترضنا ان هذين الإجرائين قد اتخذا بمعنى أن القيد قد تم و احترم تجديده في المواعيد المقررة للتجديد ، و أن الحيازة قد انتقلت إلى الدائن المرتهن أو العدل ، عندئذ يكون الدائن المرتهن بمأمن من أي تصرف متعلق بالعقار المرهون يصدر من الراهن . لكن المشكلة تطراً إذا تم اتخاذ أحد الإجرائين دون الآخر ، أو إذا اختل أحد الإجرائين أثناء نفاذ الرهن .

أ - فإذا قام الدائن المرتهن بقيد الرهن ، و لكن لسبب يرجع إلى تقاعسه أو إلى ممانلة الراهن، تأخر انتقال الحيازة إليه أو إلى العدل . أو إذا انتقلت الحيازة و لكن تأخر القيد لأي سبب . في مثل هذه الحالة فإن الرهن لا يكون قد استوفى اجراءات نفاذه في حق الغير و لذلك يكون الدائن المرتهن عرضة إما لخطر تصرف الراهن في ملكية العقار المرهون إلى الغير و المسارعة بتسجيل العقد ، أو إلى قيام الراهن بترتيب رهن آخر لصالح الغير و المسارعة لاتخاذ اجراءات نفاذه في حق الغير . في الحالة الأولى تنتقل الملكية إلى الغير خالية من حق الرهن ، و في الحالة الثانية سيكون الدائن المرتهن في مرتبة متأخرة عن الدائن الذي تم الإسراع في اتخاذ الاجراءات المؤدية إلى نفاذ رهنه .

ب - أما إذا اختل أحد الإجرائين أثناء سريان مدة الرهن ، فهنا يجب أن نفرق في الأثر بين اختلال شرط القيد و اختلال شرط الحيازة .

- فإذا اختل شرط القيد و هو ما يتصور في حالة الحكم ببطلان القيد أو عدم تجديده في الميعاد قبل أن تنتهي ١٠ سنوات من تاريخ القيد الأول أو من تاريخ اخر تجديد للقيد (مادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري ١١٤ لسنة ١٩٤٦) في هذه الحالة فإن الرهن يصبح غير نافذ في حق الغير^{٤٥}

^{٤٥} - قضت محكمة النقض بأنه (يقصد بالغير في معنى المادتين ١١٤ مدني، ١٢ من قانون الشهر العقاري الخاصتين بنفاذ رهن العقار حيازة في حق الغير هو كل من له مصلحة في عدم سريان الرهن عليه عدا الراهن وورثته، فيعتبر من الغير من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون كالمشتري من المدين الراهن بمقتضى عقد مسجل، ويكون لهذا المشتري أن يتمسك بعدم سريان الرهن في حقه إذا لم يكن قد قيد، أو إذا قيد ولم يُجدد القيد خلال السنوات العشر التالية، ولو كان انتقال الملكية إلى المشتري لاحقاً على القيد قبل سقوطه)

، و من ثمة فإن أي تصرف في العقار المرهون يصدر من الراهن لصالح الغير و تتخذ إجراءات شهره ، يكون حجة على الدائن المرتهن ، و لكن بقاء العقار في حيازة الدائن المرتهن يخوله الحق في حبسه عن الدائنين الآخرين ، و عن الخلف الخاص للراهن كالمشتري ، و عن الراسي عليه المراد في حالة الحجز على العقار و بيعه في المزاد العلني . و بالتالي سيكون للدائن المرتهن تقدماً واقعياً يمكنه من الحصول على دينه بالأفضلية على غيره من الدائنين (مادة ١٠٩٦ مدني).

- أما في حال اختلال شرط الحيازة بمعنى أن العقار المرهون قد رجع إلى الراهن أثناء نفاذ الرهن ، فقد جعل المشرع رجوع العقار المرهون بهذه الصورة قرينة على انقضاء الرهن مالم يقدم الدائن المرتهن الدليل على أن رجوع العقار المرهون كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن (مادة ١١٠٠ مدني) . والسبب الذي لا يقصد به انقضاء الرهن في هذه الحالة قد يتمثل في قيام الدائن المرتهن بتأجير العقار المرهون إلى الراهن بعد اتخاذ إجراءات النفاذ ، و نفي القرينة في هذه الحالة يقتضي أن يتم التأشير بعقد الإيجار في هامش قيد الرهن (مادة ١١١٥ مدني)^{٤٦} ، و هنا لن يؤثر رجوع العقار على بقاء الرهن بمرتبته نافذاً في حق الغير . لكن حيازة العقار المرهون يمكن أن ترجع إلى الراهن لأسباب أخرى ، كما لو كان العقار يحتاج إلى ترميمات فيتسلم الراهن العقار المرهون لإجرائها ، في هذه الحالة سيكون عبء اثبات أن عودة العقار إلى الراهن لا يقصد به انقضاء الرهن يقع على عاتق الدائن المرتهن. و حتى لو افلح الأخير في هذا الإثبات فإن المشرع قد تحفظ في عجز المادة ١١٠٠ من القانون المدني للحقوق التي كسبها الغير في الفترة بين عودة الحيازة إلى الراهن و استرداد الدائن المرتهن لها ، فهنا يسري في مواجهة الدائن المرتهن كل حق يكتسبه الغير من الراهن على العقار المرهون سواء كان الغير حسن النية أم سيئها ، و سواء كان الحق الذي اكتسبه الغير حقا عينيا أصليا أو حقا عينيا تبعياً^{٤٧} .

الطعن ٢٢٠ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢/٤/١٩٧٥ ، مجموعة المكتب الفني س٢٦ ، ص ٧٤٩ مجموعة عبد المنعم دسوقي ، ج ١ ، رقم ٥١٢٥ ، ص ١٩٥٠

و كذلك قضت محكمة النقض بأن : (شرط سريان الرهن الحيازي العقاري في حق الغير انتقال الحيازة وقيد الرهن المادان ١١١٤ مدني ، ١٢ من قانون الشهر العقاري . سقوط القيد بسبب عدم التجديد خلال عشر سنوات . أثره . عدم سريان الرهن في حق الغير . المقصود بالغير). الطعن ٢٢٠ لسنة ٤١ ق - جلسة ٢ / ٤ / ١٩٧٥ ص ٢٦ ص ٧٤٩ - مذكور في المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني - معوض عبد التواب - ٢٠٠٤ - مج ١٠ - ص ٤٨٠

^{٤٦} - حيث تنص المادة ١١١٥ على أنه : (يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يوجر العقار إلى الراهن دون ان يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير . فإذا أتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد ذاته . أما إذا أتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤثر به في هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمناً فهذا النص يفرق بين أن الاتفاق على الإيجار عند إبرام الرهن و عندها لا بد من ذكر ذلك في قائمة القيد ، و بين أن يتم الاتفاق على التأخير أثناء نفاذ الرهن و عنها يجب التأشير بالإيجار في هامش قيد الرهن .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن: (القانون يوجب لصحة رهن الحيازة وضع المرهون في حيازة الدائن المرتهن ويقضى ببطان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة رهنه، وإذا كان عقد الإيجار يضع العين المؤجرة في حيازة المستأجر فإنه يكون على المحكمة، متى أثبتت في حكمها أن الراهن أستأجر العين المرهونة في اليوم الذي حصل فيه رهنها أن تعتبر أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن، أو أنها على الأقل قد رجعت على الفور إلى الراهن، وفي كلتا الحالتين يجب عليها أن تحكم ببطان الرهن، والقول بأن رجوع الحيازة إلى الراهن بطريق الإيجار لا يبطل الرهن مردود بعموم نص المادة ٥٤١ من القانون المدني (القديم)، وبمخالفة ذلك لطبيعة الرهن الحيازي، وعلى أنه إذا كن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٢م المعدل للمادة ٥٤٠ قد رخص للدائن في إيجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك في عقد الرهن أو التأشير به في هامش تسجيله؛ فإنه لم يقصد بهذا الترخيص الذي جاء به إلغاء حكم المادة ٥٤١ من القانون المدني، وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس، ملاحظاً في ذلك أن إظهار الإيجار بطريق التسجيل فيه ما يغني عن حيازة الدائن العقار المرهون) طعن رقم ٥٠ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٤/١٢/١٩٤٤ ، مجموعة عبد المنعم دسوقي ، ج ١ - ص ١٩٤٣ ، رقم ٥١٠٧ .

^{٤٧} - و يلاحظ أن رجوع المرهون الذي يؤدي إلى انقضاء الرهن هو رجوعه إلى الراهن أما إذا انتقلت حيازة المرهون إلى شخص آخر كمستأجر أو مستعير أو مقاول اصلاح أو مودع لديه فإن ذلك لا يؤثر على بقاء الرهن بمرتبته نافذاً في حق الغير .

و من جهة أخرى فإن الرجوع يجب أن يكون قد حصل براءة الراهن ، إما إذا رجع المرهون إلى الراهن غصباً أو دون علمه فإن ذلك لا يؤثر على بقاء الرهن نافذاً و يستطيع الدائن المرتهن أن يسترد المال المرهون وفقاً للمادة ١١١٠ مدني . / محمد حسين منصور - النظرية العامة للائتمان - مرجع سابق - ص ٤٦٣ . / نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - مرجع سابق -

و هو ما يمثل تهديدا خطيرا بالنسبة للدائن المرتهن ، إذ يفتح الباب واسعا أمام الراهن للتلاعب بالائتمان العقاري على حساب حق الدائن المرتهن و ذلك بترتيب حقوق منافسة لحق هذا الدائن لصالح أشخاص سيئ النية يعلمون بوجود الرهن عند التعامل على عقار .

٣٤ - و قد كان باستطاعة المشرع المصري أن يتلاف هذه المخاطر بإضافة عبارة (حسن النية) في نهاية نص المادة ١١٠٠ مدني بحيث يقتصر الاستقادة من التصرفات المرتبة لحقوق على العقار المرهون في فترة رجوع حيازة إلى الراهن على الغير حسن النية ، بمعنى عدم علمه بأن رجوع المال المرهون إلى الراهن كان لسبب لا يقصد به انقضاء الرهن .

و الملاحظ أن الكثير من التشريعات العربية التي اقتبست نص المادة ١١٠٠ من القانون المدني المصري قد لحظت هذه الثغرة و عدلت من صياغة النص مثال ذلك المادة ١١١٣ من القانون المدني القطري الصادر عام ٢٠٠٤ حيث تنص على أنه : (إذا رجع الشيء المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان لسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل ذلك دون اخلال بحقوق الغير حسن النية) و المطابقة للمادة ١٠٣٤ من القانون المدني الكويتي و المادة ١٠٠٥ من القانون المدني البحريني^{٤٨} .

جدير بالذكر أن المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري كانت تشير إلى هذه التفرقة حيث جاء فيها بخصوص هذا النص أنه : (إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن لأي سبب كان ، كأن يختلسه الراهن أو يغتصبه أو يستأجره ، فإن للدائن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائماً . مع احترام ما يكون للراهن أو للغير من حقوق . فلا يسترد الدائن العين المرهونة إلا بعد نهاية عقد الإيجار المعقود مع الراهن ، ويستردها مثقلة بما ترتب عليها من حقوق للغير كحق امتياز المؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمرتهن حسن النية . أما إذا كان الدائن المرتهن قد تنازل طوعاً عن الحيازة وفهم من ذلك أنه تنازل عن الرهن ذاته ، فإنه لا يستطيع استرداد العين إذ الرهن أصبح غير قائم)^{٤٩} ، و لكن النص ورد في الصياغة النهائية دون أن يتضمن ما أشاره إليه المذكرة الايضاحية بخصوص حسن النية بالنسبة إلى المتصرف إليه

و الأصل هو حسن نية متلقي الحق ، و لذلك فإن عبء اثبات سوء نيته يقع على عاتق الدائن المرتهن ، و يلعب القيد دوراً محورياً في مساعدة الدائن في هذا الإثبات . فإما أن نعتبر أن القيد يقيم قرينة قاطعة على علم الكافة بوجود الرهن و في هذه الحالة فإن مجرد التعامل على العقار رغم وجود رهن مقيد عليه يقطع بسوء نية المتعامل على العقار . و إما أن نعتبر أن كل متعامل على عقار أياً كان يجب أن يراجع دفاتر الشهر العقاري للتحقق من ملكية المتصرف من ناحية و من عدم وجود أعباء عينية تقيد من سلطة الراهن في التصرف في العقار لصالح الغير من ناحية أخرى فإذا أهمل في ذلك فإن مسلكه يعد خطأ جسيماً ينفي عنه حسن النية و يجعل ما تلقاه من حقوق على العقار غير نافذة في حق الدائن المرتهن ، و لذلك نعتقد أنه حري بالمشرع المصري أن يعدل نص المادة ١١٠٠ بإضافة عبارة (حسن النية) في عجزها كما أشرنا سابقاً .

ص ٤٩٠ . / التأمينات العينية و الشخصية - نبيل إبراهيم سعد - مرجع سابق - ص ٢١٧ . / الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ٢٨٤^{٤٨} - راجع : الوجيز في التأمينات العينية و الشخصية في القانون القطري - جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - مرجع سابق - ص ٢٨٤ / جابر محجوب علي و فايز الكندري - التأمينات العينية في القانون الكويتي - ٢٠٠٤ - ص ٣٠٧ .

^{٤٩} - مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٧ - ص ٢٠٢

و يلاحظ أن رجوع الحيازة إلى الراهن يمكن أن يشكل خطراً آخر على الدائن المرتهن إذا قام الراهن بالتصرف في العقار المرهون تصرفاً مادياً، كأن يقوم بهدم جزء أو كل البناء ، أو يقوم بانتزاع بعض العقارات بالتخصيص و التصرف فيها كمنقولات ، أو يعمد إلى تخريب العقار أو تبوير الأرض الزراعية ، و ملاذ الراهن في هذه الحالة إلى تفعيل أحكام الالتزام بضمان سلامة الرهن الحيازي مادة ١١٠١ - ١١٠٢ مدني.

الغصن الثاني : أثر تصرف الراهن في المنقول المرهون حيازياً بعد نفاذ الرهن

٣٥ - اشرنا سابقاً إلى الرهن الحيازي الوارد على منقول يعد عقداً رضائياً ينشأ و ينفذ فيما بين المتعاقدين بمجرد التراضي ، و لكن الحق العيني التبعي الذي يتولد من هذا العقد لا ينفذ في حق الغير إلا إذا تم شهره . ووفقاً لنص المادة ١١١٧ من القانون المدني فإن شهر الرهن الحيازي الوارد على منقول يقتضي ، إلى جانب انتقال الحيازة ، كتابة عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها الدين المضمون و المنقول المرهون تحديداً كافياً^{٥٠} .

فإذا اختلفت هذه الإجراءات فإن ذلك يمثل خطراً كبيراً على الائتمان الذي يمثله الرهن . و هذا الاختلال يمكن تصوره في ثلاثة فروض .

الفرض الأول : أن تنتقل الحيازة و يتقاعس الطرفان عن تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ، فالرهن هنا يعد غير نافذ في حق الغير ، و من ثمة يكون الدائن المرتهن مهدداً بخطر تصرف الراهن في المنقول إلى خلف خاص يكتسب عليه حق الملكية ، أو حقا عينياً آخر كالانتفاع أو الرهن . في هذا الفرض سيقع تزام بين الدائن المرتهن و بين الخلف الخاص للراهن . فالمشتري على الرغم من أنه أصبح مالكا للمنقول المرهون بمجرد العقد وفقاً لنص المادة ٢٠٤ مدني^{٥١} ، إلا أنه إذا طالب الدائن المرتهن بتسليم المنقول المرهون ، فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يحتج في مواجهة المشتري بالرهن لأنه لم يستكمل إجراءات النفاذ ، و لكنه يستطيع أن يتمسك في مواجهة الخلف الخاص بالحق في الحبس وفقاً للقواعد العامة (مادة ٢٤٦ مدني) ، التي تسمح للملتزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به سواء للمدين نفسه أو لخلفه الخاص مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو مادام الدائن لم يقدم تامين كافٍ للوفاء بالتزامه هذا. فهذا الحق يستطيع أن يتمسك به الحابس في مواجهة الخلف الخاص للمدين متى كان حق هذا الأخير قد نشأ بعد نشوء الحق في الحبس^{٥٢} . أما إذا كان الخلف الخاص دائناً مرتهناً آخر حصل على رهن

^{٥٠} - قضت محكمة النقض بأنه : (نفاذ الرهن الحيازي للمنقول في حق الغير . شرطه في القانون المدني تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ يحدد بها مبلغ الدين المضمون بالرهن او الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين . عدم اشتراط ذلك في الرهن التجاري . الرهن ضماناً لدين تجارى يثبت سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير بكافة طرق الاثبات . نفاذ الرهن الحيازي في حق الغير في القانون التجاري بانتقال حيازة الشيء المرهون.) طعن رقم ٣١٧ - تاريخ ٢٩/١٢/١٩٦٦ - سنة قضائية ٣٢ - المصدر البوابة القانونية للتشريعات المصرية على الرابط <https://elpai.idsc.gov.eg/Judgements> تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٩/٢٨ .

^{٥١} - حيث تنص المادة ٢٠٤ مدني مصري : (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.)

^{٥٢} - هذا الحق ليس هو حق الحبس الذي يخوله الرهن الحيازي للدائن المرتهن حسب المادة (١١٠ مدني) ، لأن الحبس المنفرد عن حق الرهن يقتضي أن يكون حق الرهن قد استوفى إجراءات نفاذه في حق الغير ، و هي في فرضنا انتقال الحيازة و كتابة العقد في ورقة ثابتة التاريخ .

لاحق و كتبه في ورق ثابتة التاريخ ، فلا يمكنه الاحتجاج برهنه على المرتهن الأول ، لما نراه من أنه عند التراجع بين دائن يحوز المنقول المرهون و دائن آخر دون رهنه في ورقة ثابتة التاريخ ، فإن الأفضلية تكون للدائن المرتهن الحائز للمنقول لما للحياسة بحسن نية من أثر في كسب الحقوق العينية على المنقول وفقا لنص المادة ٩٧٦ و مابعدا من القانون المدني و التي أحالت إليها المادة ١١١٨ بنصها على أن الاحكام المتعلقة بالأثار المترتبة على حياسة المنقولات المادية و السندات لحاملها تسري على الرهن الحيازي للمنقول . و مما يؤيد هذا التوجه أن المادة ٢/١١١٨ قد فضلت حق الدائن المرتهن الحائز للمنقول بحسن نية في الرهن الصادر ممن لا يملك التصرف في الشيء المرهون في مواجهة المالك الحقيقي ، فإذا كان المشرع في هذه الحالة قد رجح حق الدائن المرتهن الحائز على حق المالك الحقيقي الموجود قبل نشوء حق الرهن ، فإنه من باب أولى أن ترجح كفة الدائن المرتهن الحائز في مواجهة من اكتسب حقه بعد ابرام عقد الرهن و حياسة المرتهن للمنقول المرهون.

الفرض الثاني : أن يتم تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ و يتراخى انتقال الحياسة إلى مدة يمكن خلالها للراهن أن يتصرف في المنقول إلى خلف خاص ، إما بنقل ملكيته إليه أو بترتيب رهن حيازي عليه . فإذا كان التصرف ناقلا للملكية كالبيع فإن المشتري متى حاز المنقول و كان حسن النية وقت انتقال الحياسة إليه يكسب ملكية المنقول خالية من الرهن وفقا لنص (مادة ٩٧٦ / ٢ مدني) .

أما إذا كان المتصرف إليه قد تلقى رهنا حيازيا جديدا على المنقول ، في هذه الحالة يتعين التفرقة بينما إذا كان الرهن التالي قد استجمع شرطي النفاذ في مواجهة الغير (انتقال الحياسة و تدوين الرهن في ورقة ثابتة التاريخ) في هذه الحالة سيكون الرهن الجديد نافذا في حق الغير بمن فيهم الدائن المرتهن الأول . أما إذا كان الرهن الجديد قد استوفى شرطا واحدا من شرطي النفاذ وهو انتقال الحياسة إلى المرتهن أو العدل عندئذ تكون بصدد رهنين كلاهما لم يستوفي شرطي النفاذ بالكامل ، و لكننا نرى أن الدائن المرتهن الذي انتقلت إليه الحياسة و كان حسن النية وقت تلقيها يجب أن تكون له الأفضلية على الدائن الذي دون عقده في ورقة ثابتة التاريخ فقط ، و ذلك لما للحياسة من أهمية لا تنكر في كسب الحقوق العينية الواردة على المنقولات. على أنه ليس ثمة ما يمنع من تبني تحليل آخر و اعتبار كلاً من الدائن المرتهن الأول و الثاني صاحب حق رهن غير نافذ في مواجهة الغير (لأن أحدهما كالآخر لم يستوف شرطي النفاذ) ، و لذلك يمكن النظر إلى كل منهما باعتبارهما في نظر الآخر دائناً عادياً ، يجري عليه ما يجري على أي دائن عادي من مساواة بين الدائنين و اقتسام أموال المدين قسمة غرماً . و إن كان ذلك لا يمنع الدائن المرتهن الذي بيده حياسة المنقول من أن يباشر عليه الحق في الحبس وفقا للمادة ٢٤٦ مدني فيمتنع عن تسليمه لأي دائن آخر أو للراسي عليه المزاد إذا تم التنفيذ على المنقول و يبيعه في المزاد العلني مالم يكن هو الذي بأشرف إجراءات التنفيذ حيث يعد ذلك نزولا منه عن الحق في الحبس ، الذي لا يستطيع أن يحتج به في مواجهة الراسي عليه المزاد ، و لذلك فهو يتعرض في هذه الحالة لمزاحمة الدائنين الآخرين للراهن و يفتسم معهم ثمن المنقول قسمة غرماً .

الفرض الثالث : إذا استكمل الدائن المرتهن شرطي النفاذ ، و لكن اثناء سريان مدة الرهن رجوع المنقول برضاء لدائن المرتهن^{٥٣} إلى حيازة الراهن ، فإن هذا الرجوع وفقا لنص المادة ١١٠٠ مدني يعد قرينة على انقضاء الرهن ، و لكن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، حيث يستطيع الدائن المرتهن أن يثبت أن رجوع المرهون كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن^{٥٤}. و في هذه الحالة يعتبر الرهن موجودا و نافذا خلال فترة انقطاع الحيازة ، و لكن المشرع استثنى من ذلك الحائز حسن النية الذي اكتسب حقا على المنقول المرهون في الفترة بين رجوع الحيازة إلى الراهن و استردا الدائن المرتهن لها . و عليه فإنه إذا باع الراهن المنقول إلى مشتري حسن النية^{٥٥} لا يعلم شيء عن الرهن ، فإن هذا المشتري يكتسب ملكية المنقول خالصة من الرهن . فالمشتري تعامل على المنقول مع مالكه و بالتالي فقد اكتسب ملكيته بمقتضى العقد ، و لكنه أسقط الرهن الذي يثقله بمقتضى الأثر المسقط لقاعدة الحيازة مادة ٢/٩٧٦ مدني . كذلك إذا أعاد الراهن رهن المنقول إلى دائن آخر حاز المنقول بحسن النية فإن هذا الدائن تكون له الأفضلية على الدائن المرتهن الأول الذي فقد رهنه نفاذه في حق الغير نظرا لرجوع الحيازة إلى الراهن (مادة ٢/١١١٨ مدني) ، فإذا كان رهن هذا الأخير مدونا في ورقة ثابتة التاريخ فإنه يكون قد استوفى شروط نفاذه و من ثمة يستطيع الاحتجاج به على الكافة بمن فيهم المرتهن الذي خرج المنقول من حيازته^{٥٦}.

- و يضاف إلى ذلك أنه من المتصور في فترة رجوع الحيازة إلى الراهن ، أن يقوم الأخير بترتيب حق ضمانه غير حيازية على المنقول وفقا لأحكام القانون ١١٥ لعام ٢٠١٥ ، و يشهر الدائن المضمون له حقه في السجل الإلكتروني الخاص ، عندها - فيما نرى - لا يمكن الاستناد إلى المادة ٢/١١١٨ من القانون المدني لقصر الاستفادة من التقدم على الدائن المرتهن حيازيا على الدائن المضمون له حسن النية ، علة ذلك أن المادة ٢/١١١٨ خاصة بمكتسب الحق الحائز للمنقول بحسن نية ، و الحال في الضمانة غير الحيازية أن الدائن المضمون له لا يتلقى حيازة المنقول الضامن ، لذلك فإن هذه الحالة تحكمها المادة ١١٠٠ مدني ، و التي لم تفرق بين الغير مكتسب الحق حسن النية و سيئ النية ، مما يعني أن صاحب الضمانة غير الحيازية سيحتج بحقه في مواجهة الدائن المرتهن حيازيا و سيكون متقدما عليه في المرتبة ، و هنا من جديد نعيد التأكيد على ضرورة استدراك المشرع لهذه الثغرة في نص المادة ١١٠٠ مدني بإضافة عبارة " حسن النية " إلى نهايتها.

^{٥٣} - و قد سبق أن ذكرنا أن رجوع المال المرهون الذي يؤدي إلى انقضاء الرهن هو- كما ذكرنا انفا - الرجوع الذي يتم بإرادة الدائن المرتهن أما إذا حصل الرجوع بدون علم أو إرادة الدائن المرتهن فإنم الأخير يمكن أن يسترده وفقا لأحكام المادة ١١١٠ مدني .

^{٥٤} - نظرية التأمينات في القانون المدني - شمس الدين الوكيل - مرجع سابق- ص ٤٨٩ .%/ التأمينات الشخصية و العينية - توفيق حسن فرج - مرجع سابق - ص ٢٤٥

^{٥٥} - يلاحظ أن المشرع في مادة المنقولات قد اشترط للاحتجاج بالحق الذي كسبه الغير على المنقول المرهون " في فترة انقطاع الحيازة " في مواجهة الدائن المرتهن أن يكون مكتسب الحق حسن النية مادة ٢/١١١٨ ، في حين أنه لم يتطلب هذا الشرط في المادة ١١٠٠ في التنظيم العام للرهن الحيازي ، و التي يقتصر تطبيقها بحكم التخصيص الواردة في المادة ٢/١١١٨ على الرهن الحيازي الوارد على العقار . و كما أشرنا سابقا فقد كان حريا بالمشرع أن يتبنى في مجال الرهن الوارد على عقار نفس المسلك الذي التزمه في الرهن الوارد على المنقول ، بحيث يجعل حسن النية شرطا عاما للاحتجاج بأي حق يكتسبه الغير على الشيء المرهون في مواجهة الدائن المرتهن سواء كان هذا الشيء عقارا أو منقولا .

^{٥٦} - في هذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني : (إذا عاد الشيء المرهون إلى الراهن لأي سبب كان، كأن يختلسه الراهن أو يفتصمه أو يستأجره، فإن للدائن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائما، مع احترام ما يكون للراهن أو للغير من حقوق، فلا يسترد الدائن العين المرهونة إلا بعد نهاية عقد الإيجار المعقود مع الراهن، ويستردها مثقلة بما ترتب عليها من حقوق للغير كحق الامتياز للمؤجر حسن النية أو رهن حيازة آخر لمرتهن حسن النية، أما إذا كان الدائن المرتهن قد تنازل طوعا عن الحيازة، وفهم من ذلك أنه تنازل عن الرهن ذاته، فإنه لا يستطيع استرداد العين إذ الرهن أصبح غير قائم) . مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٧ - ص ٢٠٢ .

المبحث الثاني: أثر تصرف مقدم الضمان^{٥٧} في المنقول الضامن على حق الدائن المضمون له وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠١٥/١١٥

٣٦ - في ظل تزايد الأهمية الاقتصادية للأموال المنقولة ، بما تمثله من قيمة مالية يمكن أن تشكل ضماناً فاعلاً للمشاريع في الحصول على التمويل اللازم لها ، و صعوبة إدارة و استغلال الكثير من هذه الأموال من غير مالكيها ، فقد صدر القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥^{٥٨} الموسوم " بقانون تنظيم الضمانات المنقولة "^{٥٩}. ليضع القواعد المنظمة لحقوق الضمان الممنوحة على المنقولات دون انتقال حيازتها من مقدم الضمان^{٦٠} ، من خلال عقد يسمى عقد الضمان، و هذا العقد يمكن أن يكون ثلاثي الأطراف (الدائن و المدين و مقدم الضمان) مادة ١/٨ من القانون ٢٠١٥/١١٥ ، و ذلك في الحالة التي يكون فيها المنقول الضامن مملوكاً لشخص غير المدين ، و قد يكون ثنائي الأطراف و هنا ينعقد بين الدائن و المدين عندما يكون الأخير هو المالك للمنقول الضامن.

و يقترب هذا الضمان من الرهن الحيازي في أنه يرد على المنقولات ، و إن كان يختلف عنه في أنه لا يقتضي انتقال الحيازة للمنقول من مقدم الضمان إلى الدائن.

و ينشأ هذا النوع من الضمان بمقتضى عقد مكتوب سواء أكانت الكتابة عرفية أو رسمية وفقاً لشروط حددتها المادة ٨ من القانون ٢٠١٥/١١٥ ، و هذا العقد ينشئ حق الضمان فيما بين المتعاقدين ، إلا أن هذا الحق لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بإشهاره في السجل الإلكتروني العام لشهر الضمانات غير المنقولة مادة ١١ من القانون ٢٠١٥/١١٥.

٣٧ - و قد كان المستفيد الأساسي من هذا القانون عند إصداره هي مؤسسات التمويل و الإقراض^{٦١} ، غير أن تعديل اللائحة التنفيذية لقانون الضمانات الذي صدر في العام ٢٠٢٠^{٦٢} ، قد فتح الباب واسعاً للدائنين من الأشخاص الطبيعيين للاستفادة من أحكام قانون الضمانات غير المنقولة ، حيث جاء في المادة الأولى منه : (يستبدل بنص تعريف كلمة الدائن الواردة بالمادة ١ ، و بنص الفقرة

^{٥٧} - يلاحظ أننا قد نستعمل تسهيلات للصياغة و اتساقاً مع ما جرى به الاصطلاح الفقهي مصطلح الرهن غير الحيازي للمنقول بدل من حق الضمان ن و الراهن بدل من مقدم الضمان ، و المرتهن بدل من المضمون له ، و المنقول المرهون بدل من المنقول الضامن.

^{٥٨} - الجريدة الرسمية العدد ٤٦ مكرر أ - ١٥ نوفمبر ٢٠١٥ - ص ٥ .

و صدرت لائحته التنفيذية بالقرار رقم ٨ لعام ٢٠١٦ .

^{٥٩} - راجع في أهمية الضمانات المنقولة : محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مجلة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية - العدد ٢ - ٢٠١٨ - ص ٥٧٥ و ما بعد

^{٦٠} - تعتبر مصر هي أول دولة عربية تقوم بإصدار قانون ينظم الضمانات غير الحيازية الواردة على المنقولات .

^{٦١} - حيث جاء في تعريف الدائن في المادة الأولى من هذا القانون أنه (الدائن: المضمون له من البنوك أو الجهات التي تمارس نشاط التمويل و غيرها من الجهات والأشخاص المانحة للتمويل أو الائتمان وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية.) و قد ورد في المادة ١ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون : (الدائن : المضمون له من البنوك أو الجهات التي تمارس نشاط التمويل و غيرها من الجهات والأشخاص المانحة للتمويل أو الائتمان وتشمل :

١ - البنوك ومؤسسات التمويل المرخص لها بالعمل في مصر .

٢- الشركات والجهات المرخص لها بممارسة نشاط التأجير التمويلي في مصر .

٣- الجمعيات والمؤسسات الأهلية والشركات المرخص لها بممارسة نشاط التمويل متناهي الصغر في مصر .

٤ - الجهات المرخص لها بممارسة أنشطة متعلقة أو مرتبطة بتقديم تمويل أو ائتمان

أو تقتضى طبيعة نشاطها المرخص لها به ذلك .

٥- الأشخاص الاعتبارية والمنشآت الفردية المرخص لها بمزاولة أنشطة تجارة المنقولات

التي يجوز قيد ضمان عليها وفقاً للضوابط التي تحددها الهيئة

٦ - الأشخاص الاعتبارية والأشخاص الطبيعيين مانحي رخص استخدام حقوق الملكية الفكرية) و بالتالي فإن الدائنين من الأشخاص الطبيعيين لم يكن لهم أن ينشؤوا لصالحهم ضمانات غير حيازية على المنقولات العائدة لمدينهم أو لكفلاء هؤلاء المدينين بموجب قانون الضمانات غير المنقولة و لائحته التنفيذية

^{٦٢} - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٩٠٨ لعام ٢٠٢٠ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الضمانات المنقولة - المنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ مكرر ب - ١٥ ابريل ٢٠٢٠ .

الأولى من المادة ٢ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الضمانات المنقولة المشار إليها النصوص الآتية : الدائن : المضمون له من البنوك أو الجهات التي تمارس نشاط التمويل وغيرها من الجهات

والأشخاص المانحة للتمويل أو الائتمان وتشمل : ١ - الأشخاص الطبيعيين (.....).

و بالتالي فقد أصبحت الضمانة التي ينظمها القانون المشار إليه إحدى التأمينات الخاصة التي يجب دراستها في نطاق القانون المدني ، بعد أن كانت تدرس في نطاق القانون التجاري فقط. و على الرغم مما يمثله هذا القانون من مادة غنية للبحث^{٦٣}، إلا أننا سنقتصر في هذا الموضوع من هذه الدراسة على إيضاح الآثار التي قد تترتب على حق الدائن المضمون له من تصرف مقدم الضمان في المنقول الضامن ، و كيفية معالجتها فحسب . وسوف نعالج هذه المسألة من خلال مطلبين نخصص أولهما لدراسة أثر تصرفات مقدم الضمان في المنقول الضامن قبل نفاذ الضمان في حق الغير . و نعالج في الآخر أثر تصرفات مقدم الضمان في المنقول الضامن بعد نفاذ الضمان في حق الغير

المطلب الأول : أثر تصرفات مقدم الضمان في المنقول الضامن قبل نفاذ الضمان في

حق الغير

٣٨ - بحسب المادة ٨ من القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ فإن عقد الضمان غير الحيازي للمنقولات هو عقد شكلي تطلب المشرع إفراغه في ورقة سواء كانت هذه الورقة عرفية أو رسمية أو في شكل عقد إلكتروني ، و بذلك ينشأ حق الضمان و ينفذ بين أطرافه دون حاجة إلى أي إجراء آخر ، أما نفاذ هذا الحق في مواجهة الغير فقد تطلبت المادة ١١ من القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ أن يتم شهر هذا الحق في السجل الإلكتروني المخصص لشهر الضمانات غير الحيازية على المنقولات^{٦٤}. و بالتالي فإن حق الضمان غير الحيازي في الفترة بين إبرام عقد الضمان و شهره في السجل الإلكتروني ، يبقى عديم الحجية في مواجهة الغير على الرغم من نشأته في العلاقة بين أطراف عقد الضمان . و هذا الوضع يماثل الوضع في رهن المنقول رهنا حيازيا قبل نفاذه في مواجهة الغير ، و لذلك فإنه من المتصور أن يقوم مقدم الضمان بالتصرف في المنقول إلى شخص حسن النية لا يعلم شيئاً عن الضمانة غير الحيازية الواردة على المنقول. عند إذ فإن هذا الشخص يمتلك المنقول بالعقد لأن العقد وارد على منقول معين بالذات مملوك للمتصرف مادة ٢٠٤ مدني ، و لكنه يكتسب الملكية خالصة من حق الضمان غير الحيازي بفعل الأثر المسقط لقاعدة الحيازة (مادة ٩٧٦ / ٢ مدني) . و قد يرتب مقدم الضمانة ، ضمانة غير حيازية جديدة على المنقول لصالح دائن آخر حسن النية ، فإذا سارع الأخير إلى اتخاذ إجراءات شهر حقه الجديد اكتسب مرتبة متقدمة على مرتبة الدائن صاحب الضمانة الأولى .

^{٦٣} - من الأبحاث التي تناولت هذا القانون : محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مجلة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية - العدد ٢ - ٢٠١٨ / * مروة محمد عبد الغني - خصوصية الحماية المقررة لدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية - جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق - عدد ١ - ٢٠١٨ / * الرهن الإلكتروني للعقار بالتخصيص : دراسة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - حسام الدين كامل الاهواني - مجلة القانون و التكنولوجيا - مج ١ - عدد ١ - ٢٠٢١ / * فاطمة جلال عبد الله - دراسة تحليلية لإشكاليات حق الضمان وفقا للقانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - المجلة القانونية - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - فرع الخرطوم - مجلد ١١ - العدد ٦ - ٢٠٢٢

^{٦٤} - محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق

ولكن يلاحظ أن ما يحد من خطورة تصرف مقدم الضمان أن المادة ٦ من القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ ، جعلت التسجيل في السجل الإلكتروني لنفاذ حق الضمان في مواجهة الغير يتم من قبل الدائن نفسه و ذلك من خلال استيفاء النموذج الإلكتروني المعد لهذا الغرض ، و باعتبار أن الأشهر هنا هو إشهر في سجل الكتروني ، فهو متاح على مدار الساعة و بالتالي فيمكن القول أنه من الناحية العملية تكاد تنعدم فرصة وجود فترة زمنية فاصلة بين إبرام عقد الضمان و بين شهره ، اللهم إلا إذا تقاعس الدائن نفسه عن القيام بشهر الضمان في السجل الإلكتروني ، عندها يكون التقصير منسوبا إليه فلا يلومن إلا نفسه.

المطلب الثاني: أثر تصرفات مقدم الضمان في المنقول الضامن بعد نفاذ الضمان في

حق الغير

٣٩ - إذا كانت الصورة التقليدية لرهن المنقولات هي الرهن الحيازي الذي تنتقل فيه حيازة المنقول المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن أو العدل ، فإنه في هذا النوع الجديد^{٦٥} من الضمانات الوارد على المنقولات يعفى مقدم الضمان من التخلي عن حيازة المنقول المثقل بالضمان ، مما قد يعرض الدائن المرتهن لأخطار تنشأ بالدرجة الأولى عن بقاء حيازة المنقول الضامن في يد مقدم الضمان ، و باعتبار أن حق الضمان غير الحيازي لا يحرم مقدم الضمان من حق الملكية بما يحتويه من سلطات و أهمها سلطة التصرف فمن المتصور أن يقوم الأخير بالتصرف في المنقول الضامن سواء كان هذا التصرف تصرفا قانونيا أم تصرفا ماديا ، فمن ناحية التصرفات المادية ، فلمقدم الضمان أن يقوم بالتصرفات المادية في المنقول الضامن بصفته مالكا له ، و هذه التصرفات قد تنعكس بالإيجاب على حق الدائن المضمون له إذا كانت تزيد من قيمة المنقول الضامن كأن يضيف أجزاء جديدة للمنقول أو يستبدل القديمة منها ، إلا أن هذا التصرفات قد تنعكس سلبا على حق الدائن المضمون له كإتلاف أجزاء من المنقول الضامن أو حتى إهمال صيانتته و إصلاحه ، و عندها يكون هذا العمل اخلافا من مقدم الضمان بالتزامه بالحفاظ على المنقول و صيانتته مادة ٨/ ١١٥/٢٠١٥ ، و يكون عندها للدائن المضمون له أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة إلزام المدين ومقدم المنقول بإصلاح المنقول الضامن وصيانتته على نفقة مالك المنقول الضامن أو المدين خلال المدة المحددة بالإخطار، أو تقديم تأمينات بديلة أو إضافية ، أو اعتبار أجل الدين بحسب المادة ١٩ / ١١٥/٢٠١٥^{٦٦} ، إضافة إلى العقوبات الجنائية التي قررها المشرع حيث اعتبر أن المنقول أمانة في يد مقدم الضمان طيلة فترة الضمان (مادة ١٠ من القانون ٢٠١٥/١١٥) ، و رتب على مخالفة ذلك مجموعة من الجزاءات الجنائية في المواد (٢٨ إلى ٣١) من القانون ٢٠١٥/١١٥^{٦٧}.

^{٦٥} - على الرغم من أن فكرة رهن المنقولات دون التخلي عن حيازتها ليست بالفكرة الجديدة على التشريع المصري ، إلا أنها كانت تظهر على شكل تطبيقات متناثرة خاصة ببعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، إلا أن وجه الجدة في القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠٢٠ ليس في فكرة رهن المنقول غير الحيازي ، وإنما في إرساءه لقواعد عامة ناظمة لهذا النوع من الضمانات أيا كان المنقول المثقل بالضمان هذا من جهة ، و في توسيع مجال مفهوم المنقول الذي يمكن أن يكون محلا لهذا الضمان ، توسعا خرج فيه عن التقسيم التقليدي للمنقولات و العقارات .

^{٦٦} - محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق - ص ٦٥٢ .

^{٦٧} - و سوف لن نتناول هذه الجزاءات بالتفصيل لأن بحثنا يتناول الآثار المترتبة على تصرف مقدم الضمان من الناحية المدنية .

٤٠ - أما فيما يتعلق بالتصرف القانوني لمقدم الضمان في المنقول الضامن ، فقد عالجها المشرع في المادة ١٧ من القانون ١١١٥ / ٢٠١٥ حيث نصت على أنه : (يجوز للمدين التصرف في المنقول أو تأجيره بعد سداد الدين المضمون أو بالباقي منه بحسب الأحوال وبعد خصم مقابل تعجيل الوفاء المتفق عليه في عقد الضمان ، وذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية. ويجوز للمدين بيع المنقول أو تأجيره إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون المدين الأصلي ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان. وللدائنين المشهرة حقوقهم المضمونة في السجل أن يتتبعوا المنقول في أية يد كانت ولهم أن يستوفوا حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب مرتبة كل منهم. ...) يتضح من خلال النص السابق أنه فيما يخص تصرف مقدم الضمان بالمنقول الضامن تصرفاً قانونياً فلا بد من التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى : أن يقوم مقدم الضمان بالتصرف في المنقول الضامن ، بعد الوفاء بالدين المضمون أو بالباقي منه بحسب الأحوال بعد خصم مقابل تعجيل الوفاء المتفق عليه في عقد الضمان ، (مادة ١٧ من القانون ٢٠١٥/١١٥) و بعد الحصول على صورة من البيانات المشهرة في السجل و التي تفيد بشطب الشهر المقيد على حق الضمان المشهر أو إلغائه (مادة ٤٣ من اللائحة التنفيذية للقانون ١١٥)^{٦٨} ، عندها يكون لمقدم الضمان^{٦٩} التصرف في المنقول الضامن بكافة التصرفات دون أي قيد ، و سيتلقى المتصرف إليه حقه خالياً من حق الضمان غير الحيازي ، و نوافق الفقه الذي يرى أن هذا النص كان من باب التزويد الذي لا يأتي بجديد ، ذلك أنه بمجرد وفاء المدين بالدين المضمون يتحرر المنقول الضامن من حق الضمان الذي يثقله ، لأن حق الضمان غير الحيازي على المنقول هو حق تبعية يدور وجوداً و عدماً مع الدين المضمون^{٧٠} ، إلا أن ما يلفت النظر هو الشرط الوارد في المادة ٤٣ من اللائحة التنفيذية من ضرورة الحصول على صورة من بيانات الشهر تفيد بشطب أو إلغاء الشهر ، فهذا الشرط لا يستساغ إلا إذا فهم في إطار توجه المشرع إلى إعطاء البيانات المشهرة في السجل الالكتروني للضمانات حجية مطلقة في مواجهة الغير ، و الذي سنرى مدى نجاعة التنظيم الذي تبناه القانون في تحقيق هذه الغاية فيما سيأتي من هذه الدراسة .

الحالة الثانية : أن يقوم مقدم الضمان ببيع المنقول الضامن قبل الوفاء بالدين المضمون ، عندها ملكية المنقول الضامن تنتقل إلى المشتري محملاً بحق الضمان غير الحيازي ، و يكون الأخير ملزماً بكافة الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان ، و يصبح مقدم الضمان الأصلي (البائع) ضامناً للمشتري في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان .

^{٦٨} - تنص المادة ٤٣ من اللائحة التنفيذية على أنه : (يجوز للمدين التصرف في المنقول أو تأجيره بعد سداد الدين المضمون أو بالباقي منه بحسب الأحوال وبعد خصم مقابل تعجيل الوفاء المتفق عليه في عقد الضمان ، وذلك بعد حصوله على صورة من البيانات المشهرة بالسجل والتي تفيد شطب الشهر المقيد على حق الضمان المشهر أو إلغائه سواء للوفاء بالدين المضمون في الميعاد المحدد له بمدة سريان الإشهار ، أو حال القيام بالسداد المعجل أو بانقضاء حق الضمان لأي سبب ويجوز للمدين بيع المنقول أو تأجيره إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون المدين الأصلي ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان)

^{٦٩} - يلاحظ أن المشرع في المادة ١٧ / ١١٥ قد استعمل لفظي " المدين " و " المدين الأصلي " ، على أننا سنستعمل عوضاً عنهما لفظي " مقدم الضمان " و " مقدم الضمان الأصلي " و ذلك لأن التصرف في المنقول الضامن يكون من ماله أو حائزه ، و ليس بالضرورة أن يكون هو نفسه المدين ، فقد يكون المدين شخصاً آخر غير المدين ، و عندها لا يحق للمدين التصرف في المنقول الضامن لأنه ليس مالك له و لا حائزاً بحسب الأصل ، إضافة إلى ما سنوضحه من أن مفاعيل المادة ١٧ لا تكون ذات أثر إلا إذا كان مقدم الضمان المتصرف في المنقول الضامن هو شخص آخر غير المدين .

^{٧٠} - مروة محمد عبد الغني - خصوصية الحماية المقررة لدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية - جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق - عدد ١ - ٢٠١٨ - ص ١٩٩٩ .

يرى جانب من الفقه أن هذا النص ليس إلا ترديدا لحق الدائن المضمون له بحق تتبع المنقول الضامن ، لم تكن هناك حاجة له^{٧١}.

إلا أننا نعتقد أن هذا النص لا يتعلق بحق التتبع ، لأن هذا الحق نص عليه المشرع صراحة في الفقرة التالية من ذات المادة حيث نصت على أنه : (وللدائنين المشهرة حقوقهم المضمونة في السجل أن يتبعوا المنقول في أية يد كانت ولهم أن يستوفوا حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب مرتبة كل منهم) ، و إنما يتمحور هذا النص حول اعتبار مقدم الضمان الأصلي (البائع) ضامنا للمشتري في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان . و لا بد لنا هنا في بيان الأثر المترتب على ذلك من التمييز بين الحالة التي يكون فيها مقدم الضمان هو المدين ، و بين الحالة التي يكون فيها مقدم الضمان شخصا آخر غير المدين (كفيل عيني) ، ففي الحالة التي يكون فيها المدين هو مقدم الضمان فإن النص المذكور لا يضيف جديداً ، فحتى لو لم يصبح المدين مقدم الضمان ضامنا للمشتري في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد اضمأن ، و أخل الأخير بهذه الالتزامات ، فسيلجأ الدائن المضمون له إلى أحكام المادة ١٩ من القانون ٢٠١٥/١١٥ و التي تتيح له أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة إلزام المدين ومقدم الضمان بإصلاح المنقول الضامن وصيانته على نفقة مالك المنقول الضامن أو المدين خلال المدة المحددة بالإخطار ، أو تقديم تأمينات بديلة أو إضافية ، أو اعتبار أجل الدين قد حل .

إلا أن الأثر الجوهري لهذا النص يكون في حالة كون مقدم الضمان شخص غير المدين (كفيل عيني) ، فلولا وجود هذا النص لتحرر مقدم الضمان الأصلي من أي التزام يقع على عاتقه بموجب عقد الضمان بمجرد بيع المنقول الضامن ، لأن مسؤوليته باعتباره كفيلا عينيا تنحصر في المنقول الضامن دون غيره من عناصر ضمانه العام ، و بالتالي فإن العلاقة كانت ستغدو محصورة بين الدائن المضمون له و المدين و المشتري للمنقول الضامن باعتباره كفيلا عينيا للمدين . أما مع وجود هذا النص فإن مقدم الضمان الأصلي (البائع) غير المدين سيتحول إلى ضامن (كفيل شخصي) للمشتري الجديد في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان ، و بالتالي فإنه في حال تقصير المشتري للمنقول الضامن في تنفيذ تلك الالتزامات ، سيكون للدائن المضمون له أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة أن يلزم كل من المدين و المشتري الجديد للمنقول الضامن – باعتباره كفيلا عينيا للمدين – و مقدم الضمان الأصلي (البائع) – باعتباره كفيلا شخصيا للمشتري في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان - بإصلاح المنقول الضامن وصيانته على نفقة مالك المنقول الضامن أو المدين خلال المدة المحددة بالإخطار ، أو تقديم تأمينات بديلة أو إضافية ، أو اعتبار أجل الدين بحسب المادة ١٩ من القانون ٢٠١٥/١١٥ .

و هذا يعتبر أحد أوجه الحماية الجديدة التي أتى بها القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ من تصرفات مقدم الضمان في القانونية في المنقول الضامن ، هذا يجعلنا نرى ضرورة إعادة صياغة المادة ١٧ باستبدال " مقدم الضمان " و "مقدم الضمان الأصلي " بدلا من " المدين " و المدين الأصلي " بحيث تصبح المادة على النحو التالي : (يجوز " لمقدم الضمان " التصرف في المنقول أو تأجيله بعد سداد الدين المضمون أو بالباقي منه بحسب الأحوال وبعد خصم مقابل تعجيل الوفاء المتفق عليه في عقد الضمان، وذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية. ويجوز " لمقدم

^{٧١} - مروة محمد عبد الغني - خصوصية الحماية المقررة لدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق - ص ٢٠٠٠ .

الضمان" بيع المنقول أو تأجيله إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون "مقدم الضمان الأصلي" ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان.)
يضاف إلى ذلك ما جاء في المادة ١٨ من القانون ٢٠١٥/١١٥ في حال تصرف مقدم الضمان بالمنقول الضامن تصرفاً بعوض ، حيث يشمل حق الضمان المقابل العيني أو النقدي الناتج عن بيع المال الضامن أو استبدال غيره به ، و بالتالي فإنه في حال بيع مقدم الضمان للمنقول الضامن فإن حق الضمان سيضمحل الثمن لسداد حقوق الدائن الواردة في عقد الضمان .
يبقى السؤال الذي يمكن أن يثار هنا ، هو مدى إمكانية تمسك مشتري المنقول الضامن بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول في مواجهة الدائن صاحب حق الضمان ، بشكل خاص في حالة شراء المنقول من شخص غير مقدم الضمان (البيوع المتتالية على المنقول) ، و هذا ما سنبينه في الفرع الثالث من هذا المطلب ، عند تناولنا سلطة صاحب حق الضمان في تتبع المنقول الضامن لدى الحائز حسن النية .

٤١ - و جدير بالذكر أن بعض الفقه تسأل^{٧٢} عن حكم التصرفات الأخرى غير البيع ، و إذا ما كان المنقول ينتقل إلى المتصرف إليه محملاً بحق الضمان أم لا حيث أن النص جاء قاصراً على بيع المنقول الضامن دون غيره من التصرفات . و الحقيقة أن صيغة السؤال هنا غير دقيقة ، لأن المنقول الضامن سينتقل إلى المتصرف إليه محملاً بحق الضمان بما يخوله حق الضمان للدائن المضمون له من سلطة التتبع للمنقول الضامن في أية يد يكون فيها ، و لكن السؤال ، هل سيكون مقدم الضمان (المتصرف) ضامناً للمتصرف إليه في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان ؟ ولماذا قصر المشرع التصرفات في هذه الحالة على بيع المنقول الضامن ، في حين أطلقها بلفظ " التصرف " في حالة سداد المدين للمدين المضمون ؟

نرى أن قصر المشرع التصرف هنا على البيع هو أمر مبرر و مفهوم ، لأن التصرفات الناقلة للملكية التي يمكن أن ترد على المنقول المضمون إما أن تكون البيع أو المقاصة أو الهبة ، فأما بخصوص البيع فقد عالج المشرع بالنص عليه صراحة و نرى أن المقايضة تلحق به و تأخذ حكمه على اعتبار أن كل من المتقايضين يعتبر بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه (مادة ٤٨٥ مدني) ، أي أن المنقول المضمون ينتقل إلى المتقايض إليه محملاً بحق الرهن ، و يكون كذلك مقدم الضمان الأصلي ضامناً للمتقايض معه في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان ، أما فيما يخص الهبة ، فنرى أن المادة ٢٠١٥/١١٥/١٧ لا تنطبق عليه بمعنى أن المنقول المضمون على الرغم من أنه ينتقل إلى الموهوب له محملاً بحق الضمان غير الحيازي ، إلا أن مقدم الضمان الأصلي (الواهب) لا يكون ضامناً للموهوب له في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان ، لأنه من غير العادل أن يحمل الواهب بالتزامات كضامن عن الموهوب له في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان ، في الوقت الذي تخلى فيه عن المنقول المضمون للموهوب له دون مقابل .

٤٢ - على الرغم من مما سبق عرضه من ضمانات تحمي حق الدائن المضمون له من تصرف مقدم الضمان ، إلا أنه هناك حالات يظهر فيها قصور هذه الضمانات عن تقديم الحماية الكافية للدائن المضمون له من تصرفات مقدم الضمان ، و يظهر ذلك على وجه الخصوص عند تراحم

^{٧٢} - مروة محمد عبد الغني - خصوصية الحماية المقررة لدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق - ص ١٩٩٩ .

حق الدائن المضمون له بمن يتلقى حقا على المنقول الضامن متذرعاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، إلا أن الدراسة المتأنيبة لنصوص القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ يكشف عن حالات أخر قد يتأثر فيها حق الدائن المضمون له بتصرفات مقدم الضمان ، خاصة في ظل غموض نصوص القانون ١١٥ أحيانا و تناقدها مع بعضها البعض في أحيان أخرى ، و على وجه الخصوص حالة اختلاط المثليات المحملة بحق ضمانة غير حيازية مع غيرها ، و حالة ترتيب حق ضمان غير حيازي على العقار بالتخصيص أو تحول المنقول الضامن إلى عقار بالتخصيص، و سنعرض فيما يلي لأهم لهذه المسائل في ثلاثة فروع : نتناول في الأول الاثار المترتبة على اختلاط المثليات المحملة بحق ضمان غير حيازي مع مثيلاتها ، و في سنعرض في الثاني لبعض المسائل التي تقديم العقار بالتخصيص كضمانة غير حيازية ، و أخيرا نتناول مدى سلطة صاحب الضمان في تتبع المنقول الضامن في مواجهة الحائز حسن النية.

الفرع الأول : ضياع مرتبة الضمان بسبب اختلاط المنقولات المثلية بمثيلاتها

٤٣ - اتجه رأي في الفقه إلى أن المشرع في قانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ خرج عن القواعد العامة في القانون المدني^{٧٣} حيث سمح برهن المنقولات المثلية ، استنادا إلى ما جاء في المادة ١٦ من القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ و المادة ٢٤ من لائحته التنفيذية^{٧٤} ، ورتب اصحاب هذا الرأي على ذلك أن الحق العيني التبعية لا ينشأ على المنقولات المثلية في هذه الحالة إلا من تاريخ مباشرة إجراءات التنفيذ ، مما يعني أن الدائن قبل التنفيذ لا يعتبر صاحب حق عيني تبعية ، و هو ما اضطرهم إلى الأخذ بفكرة الأثر الرجعي لنشوء حق الضمان ، لكنهم انتهوا إلى أن الأثر الرجعي يكون قاصرا على نشأة الحق العيني التبعية ، و مرتبته في التقدم على باقي أصحاب الحقوق الأخرى ، أما حق التتبع فقررروا أنه لا ينشأ إلا من تاريخ مباشرة إجراءات التنفيذ على المنقولات المثلية ، و ذلك بسبب طبيعة المثليات التي يقوم بعضها مقام بعض، بمعنى أنه وفقا لهذا الرأي لا يكون ثمة حق تتبع لصاحب حق الضمان على أي من المنقولات المثلية الضامنة قبل مباشرة إجراءات التنفيذ ، و بالتبعية لهذه النتيجة فإن مسألة التزاحم بين حق الدائن المضمون له و الحائز حسن النية لا تثار أساسا ، لعدم وجود حق تقدم في حالة ترتيب حق الضمان على المنقولات المثلية -و هو ما يخالف نص المادة ١٧ من القانون ٢٠١٥/١١٥ التي جاءت عامة و صريحة في ترتيب حق التتبع لأصحاب الحقوق المشهورة في السجل الالكتروني على المنقول الضامن في أية يد تكون فيها- و ينتهون إلى أن المادة ٢/١٦ من القانون ٢٠١٥/١١٥ التي تعالج حالة اختلاط المثليات الضامنة تفرغ هذا الحق من مضمونه ، أن هناك تعارض بين السماح بترتيب حق ضمان على المنقولات المثلية و بين ما يطلبه القانون ١١٥ في المواد ٦ و ٨ من وصف المنقول الضامن وصفا عاما أو خاصا ، و كذلك مع المادة ٨ من ذات القانون التي تلزم مقدم الضمان بالمحافظة على المنقول الضامن و صيانته و إصلاحه^{٧٥} .

^{٧٣} - ووجه الخروج هنا يتمثل في أن الضمان رغم كونه حقا عينيا تبعية إلا أن المشرع سمح بوروده على المنقولات المثلية حال كونه غير مفرزة ، رغم أن الحقوق العينية التبعية الأصل فيها أنها لا ترد إلا على شيء معين بالذات .

^{٧٤} - على الرغم من عدم إيراد المنقولات المثلية في المادة رقم ١ من القانون الضمانات المنقولة المتعلقة بالتعريفات ، المادة ١٦ من القانون تؤكد على شمول المنقولات المثلية بهذا النوع من الضمانات ، و قد أكدت ذلك اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١٥ في المادة ١ منها حين عرفت المنقول الضامن ذكر بصراحة المنقولات المثلية .

^{٧٥} - مروة محمد عبد الغني - خصوصية الحماية المقررة لدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية - جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق- عدد ١ - ٢٠١٨ -

٤٤ - في ضوء الاضطراب الواضح في النتائج التي توصل إليها هذا الرأي ، كان لا بد من أن نتساءل من جديد هل سمح القانون رقم ١١٥ / لعام ٢٠١٥ فعلاً برهن المثليات بالمطلق دون قيد أو شرط ؟

في الواقع يوجد ثلاثة صور لتحليل لمدى سماح القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ بإنشاء حق ضمان على المثليات :

التحليل الأول : ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه السابق عرضه من أن القانون ٢٠١٥/١١٥ قد سمح بإنشاء حق ضمان غير حيازي على المنقولات المثلية بالمطلق دون قيد أو شرط ، و هذا سيقودنا إلى النتائج المضطربة التي ذكرناها سالفاً و بينا تعارضها مع نصوص القانون ٢٠١٥/١١٥ نفسه.

التحليل الثاني : أن يتم تفسير المادة ١٦ من القانون ٢٠١٥/١١٥ على أنها تعالج حالة اختلاط المنقولات المثلية التي سبق و تم انشاء حق ضمان غير حيازي عليها ، و كانت قد عينت بالإفراز عند ترتيب حق الضمان . بمعنى أن المادة ١٦ لم تسمح بترتيب حق ضمان غير حيازي على المنقولات المثلية بالمطلق ، و إنما تطلبت أن يتم تعيين تلك المثليات بإفرازها لكي ينشأ حق الضمان عليها باعتبارها حق عيني تبقي لا يرد إلا على شيء معين بالذات ، و باعتبار أن هذا الإفراز يحقق الشرط الذي تطلبه القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ في المادتين ٦ و ٨ بوصف المنقول الضامن وصفا عاما أو خاصا . و أن المادة ١٦ من القانون ٢٠١٥/١١٥ تعالج حالة اختلاط تلك المثليات بغيرها بعد افرازها. مما يقودنا إلى القول بأن القانون ١١٥ لعام ٢٠١٥ لم يسمح فعليا بترتيب حق الضمان على المثليات بل سمح بترتيب حق الضمان على المثليات بعد افرازها، أي باعتبارها منقولات معينة بالذات . و الواقع أن هذا التفسير على ما يمكن أن يحمله من وجهة منطوقه القانوني ، إلا أنه سيخالف قصد المشرع الذي سعى من خلال القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ لحث المقرضين على منح القروض بضمانة المنقولات الموجودة لدى مقدم الضمان و منها المخزون السلعي ، دون تعطيل لحركة تداولها .

التحليل الثالث: و نحن نرى أن يفسر نص المادة ١٦ من القانون ١١٥ / ٢٠١٥ على أنه إجازة لرهن المثليات ، إلا أنه اتساقاً مع ما تطلبه القانون المذكور في المادتين ٦ و ٨ من وصف المنقول الضامن وصفا عاما أو خاصا ، سواء لجهة الحد الأدنى من الشروط الواجب ايرادها في عقد الضمان مادة ٨ من القانون ٢٠١٥/١١٥ ، أو لجهة البيانات الواجب شهرها في السجل الإلكتروني مادة ٦ من القانون ٢٠١٥/١١٥ ، و كذلك المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية التي اجازت أن يكون وصف المنقول الضامن وصفا عاما أو خاصا مادام دالا على الموصوف . لذلك نرى أن وصف المنقولات المثلية الضامنة يكون بتحديد كميتها و نوعها و درجة جودتها ، و بهذا يتحقق الوصف العام للمنقول المثلي الضامن . فتحديد المثليات بالنوع و الجودة فقط لا يعطي و لا حتى وصفا عاما بالحد الأدنى الذي تطلبه القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ ، بمعنى أنه في حالة ترتيب حق ضمان على منقولات مثلية يكون محل هذا الحق هو كمية من المثليات المحددة النوع و الجودة ، و ليست مثليات محددة بعينها .

ص ٤٣٩ و ما بعدها / فاطمة جلال عبد الله - دراسة تحليلية لإشكاليات حق الضمان وفقا للقانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - المجلة القانونية - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - فرع الخرطوم - مجلد ١١ - العدد ٦ - ٢٠٢٢ - ص ٢٠٠٥ و كذلك ص ٢٠٣٣ / * - محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق - ص ٧١٥ .

و حيث أن المادة ٨ من القانون ٢٠١٥/١١٥ قد رتبت التزاما على مقدم الضمان بالقيام بجميع التدابير و الإجراءات اللازمة للمحافظة على المنقول الضامن و صيانته و رعايته . و الذي يمكن أن يفهم بخصوص المنقولات المثلية على أنه التزام مقدم الضمان بالمحافظة على كمية من المنقولات المثلية تساوي الكمية الضامنة و تماثلها في النوع و الجودة في مخازنه.^{٧٦} و بذلك يمكن القول بأن المشرع عندما سمح بإنشاء حق ضمان غير حيازي على المنقولات المثلية لم يطلق الأمر دون قيد أو شرط ، بل قيده بما يتناسب مع طبيعة المثليات في أن بعضها يقوم مقام بعض ، فوفقا للتفسير الذي عرضناه يمكن التوفيق بين طبيعة المنقولات المثلية و بين الحق العيني التبعية للدائن المضمون له ، فحق الضمان كحق عيني تبعية ينشأ فعلا من تاريخ العقد و ينفذ في مواجهة الغير بإشهاره في السجل الإلكتروني و بذلك تتحدد مرتبته ، كل ذلك دون حاجة إلى اعمال فكرة الأثر الرجعي ، و لكن ليس على افراد معينة بذاتها من المنقولات المثلية بل على كمية محددة و معينة النوع و الجودة ، و نرى أن الضمان الوارد على المثليات على الرغم من أنه يمنح المضمون له حق التتبع نظرياً إلا أنه لا مجال لاستعماله ، لأن حق التتبع يفترض خروج المنقول الضامن من يد مقدم الضمان و الحال هنا أن المنقول الضامن هي كمية غير معينة الأفراد بالذات فلا يتصور خروجها من يد مقدم الضمان بحسب طبيعة المثليات التي يقوم بعضها مقام بعض . و يترتب على ذلك أنه من غير المتصور وجود تزامم بين الدائن المضمون له ، و الحائز حسن النية للمنقولات المثلية لاختلاف محل الحق لكل منهما لأن محل حق الدائن المرتهن هو كمية من المثليات محددة بالنوع و درجة الجودة غير معينة الوحدات، أما محل حق الحائز حسن النية فهو مثليات مفرزة ، أي معينة بالذات .

٤٥ - و نرى أن المراد بالاختلاط في المادة ١٦ من القانون ٢٠١٥/١٥٥ ، ليس الاختلاط المادي الذي يؤدي إلى امتزاج المنقول بمنقول آخر مثله ، و إنما المراد هو اختلاط الكميات المرهونة نتيجة دخولها في حركة تداول المخزون السلعي لمقدم الضمان ، على نحو يمكن معه وقت مباشرة إجراءات التنفيذ أن تقل الكمية الموجودة فعليا عن اجمالي الكميات المرهونة . مثال ذلك : (أن يوجد في مخزن تاجر حبوب عشرة أطنان من القمح رتب عليها ثلاثة حقوق ضمان غير حيازية متلاحقة لثلاثة دائنين مختلفين بمعدل طنين ٥ طن للدائن الأول ، و ثلاثة أطنان للدائن الثاني ، و طنين للدائن الثالث، و عند مباشرة إجراءات التنفيذ تبين أن الموجود في مخزنه ثمانية أطنان فقط)، في هذه الحالة قرر المشرع في المادة ١٦ من القانون ٢٠١٥ /١١٥ أن تبقى هذه الرهون نافذه تجاه الغير ، و أن يتم اقتسام ثمن الكمية الباقية بين المرتهنين قسمة غرما كل بنسبة حقه ، يتضح من هذا أن تصرف مقدم الضمان في المثليات الضامنة قد يؤدي إلى نقص كميتها عن اجمالي الكمية المرهونة ، بما يترتب عليه عدم كفاية الثمن الناتج من التنفيذ عليها لسداد حقوقهم جميعا ، فإن هؤلاء الدائنين يقتسمون حاصل التنفيذ قسمة غرما ، و هذا بلا شك يؤدي إلى الاضرار بهم نظرا لان كل منهم لم يستطيع الحصول على حقه كاملا .

الفرع الثاني : الضمان الوارد على العقار بالخصيص

^{٧٦} - في نفس المعنى : محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق - ص ٦٦٥

٤٦ - وفقا لنص المادة ٢/٨٢ مدني فإنه يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله. و قد سمح القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ بترتيب ضمانات غير حيازية على العقار بالتخصيص شريطة إمكانية فصله عن العقار المخدوم دون إحداث ضرر لأي منهما الفقرة ٦ مادة ١ من القانون ٢٠١٥/١١٥ ، و يثير حق الضمان الوارد على العقار بالتخصيص مسألتين ، إحداهما تتعلق بتحويل المنقول الضامن إلى عقار بالتخصيص ، الأخرى بإمكانية ورد حق ضمان على عقار بالتخصيص سبق و أن امتد إليه الرهن (الرسمي أو الحيازي) تبعا لرهن العقار المخدوم.

الغصن الأول : تخصيص المنقولات الضامنة لخدمة عقار معين (تحول المنقولات الضامنة إلى عقار بالتخصيص)

٤٧ - من المتصور أن يقوم مقدم الضمان – و الحال أن المنقول يبقى في حيازته - بتخصيص المنقول الضامن لخدمة عقار يملكه، ليتحول المنقول إلى عقار بالتخصيص ، فإذا قام الأخير بإجراء تصرف على العقار المخدوم بمشتملاته و منها العقار بالتخصيص ، فإن السؤال يثور عن أثر هذا التصرف على حق صاحب الضمان غير الحيازي ؟

حيث نصت المادة ١٥ من القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ على أنه : (إذا أصبح المنقول الضامن عقاراً بالتخصيص يستمر نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير، ويتقدم ذلك الحق على الحقوق العينية الأخرى الواقعة على العقار بشرط التأشير بتسجيل حق الضمان في صحيفة العقار بالشهر العقاري إذا كان العقار مسجلاً....)

و في إطار هذا النص يجب التمييز بين أن يكون تصرف مقدم الضمان في العقار بالتخصيص تبعا لتصرفه في العقار المخدوم هو تصرف ناقل للملكية أو تصرف مرتب لحق عيني تبعي .
أولا : التصرف الناقل للملكية :

إذا كان التصرف الذي أبرمه مقدم الضمان على العقار بمشتملاته ناقلا للملكية ، فإن المتصرف إليه يكتسب ملكية العقار بالتخصيص باعتباره من ملحقات العقار المبيع، محملا بحق الضمان غير الحيازي ، سواء أشر بهذا الضمان في صحيفة العقار قبل تسجيل التصرف الناقل للملكية أم لم يؤشر ، ذلك لأن شرط التأشير بحق الضمان في صحيفة العقار يتعلق بتحديد مرتبة تلك الضمانة لا بنفاذها في مواجهة الغير (مادة ١٥ قانون ١١٥ / ٢٠١٥) و التي لم يطلب المشرع بخصوصها أكثر من التسجيل في السجل الإلكتروني (مادة ١١ من القانون ٢٠١٥/١١٥)

ثانيا : التصرف المرتب لحق عيني تبعي :

يمكن أن يقوم مقدم الضمان بترتيب حق عيني تبعي (رهن رسمي - رهن حيازي) على العقار المخدوم و يجعله نافذا في مواجهة الغير، و هذا الفرض يمكن تصوره في عدة حالات :
أ – أن يخصص المنقول الضامن لخدمة عقار لا يوجد عليه رهون سابقة ، فإذا قام صاحب الضمان بالتأشير بحقه في صحيفة العقار ، ثم قام مالك العقار برهن رهنا رسميا ، و قام المرتهن بقيد هذا الرهن فأصبح نافذا في مواجهة الغير . في هذه الحالة رغم امتداد الرهن الرسمي إلى المنقول الضامن باعتباره عقارا بالتخصيص ، إلا أن حق الضمان يبقى متقدما في المرتبة على الرهن الرسمي مادام قد تم التأشير به في هامش تسجيل العقار (مادة ١٥ من القانون ١١٥ / ٢٠١٥).

ب - أن يخصص المنقول الضامن لخدمة عقار سبق رهنه رهنا رسميا ، و قيد الرهن قبل تخصيص المنقول لخدمة العقار ، فإن الرهن الرسمي يمتد إلى المنقول نتيجة تخصيصه لخدمة العقار . مع ذلك يبقى حق الضمان إذا ما أشر به على هامش تسجيل العقار متقدما في المرتبة على الرهن الرسمي . و لا يحق للدائن المرتهن في هذه الحالة أن يتضرر من تقدم صاحب حق الضمان عليه لأنه عند ارتهن العقار لم يكن المنقول قد خصص لخدمته بعد ، و من ثمة فإن قيمة المنقول الضامن لم تكن داخلة في القيمة الائتمانية للعقار الذي عول عليها الدائن عند منحه القرض^{٧٧} ، هذا من ناحية و من ناحية أخرى فإن تقدم صاحب حق الضمانة غير الحيازية يبقى محصورا في المنقول الضامن و الثمن الناتج عن التنفيذ عليه ، دون العقار المخدوم الذي يعتبر الدائن المضمون له بالنسبة إليه دائنا عاديا ، يلي الدائن المرتهن رهنا رسميا في المرتبة .

ج - أن يخصص المنقول الضامن لخدمة عقار غير مرهون ، ثم يتم رهن العقار رهنا رسميا و يتم قيد الرهن قبل أن يقوم الدائن المضمون له بالتأشير بحق الضمان في هامش تسجيل العقار . في هذه الحالة أيضا إذا قام صاحب الضمان بالتأشير بحقه في هامش تسجيل العقار فإن حق الضمان يتقدم على الرهن الرسمي ، وفقا لما جاء في عجز الفقرة الأولى من المادة ١٥/١١٥/٢٠١٥ .

هذا الحكم يبدو جائرا بالنسبة للدائن المرتهن الذي عول في هذه الحالة عندما منح ائتمانه على قيمة العقار و قيمة المنقول الذي يخدمه (العقار بالتخصيص) ، و لكن هذا الحل هو ما تمليه الفقرة الأولى من المادة ١٥ من القانون ٢٠١٥/١١٥ . و من هنا نرى أنه يجدر بالمشرع أن يتدخل لبيان المعنى الذي يقصده من تقدم حق الضمان إذا أشر به (على الحقوق العينية الأخرى الواقعة على العقار) ، و ما إذا كان يريد بذلك الحقوق التي قيدت بعد التأشير بحق الضمان أم جميع الحقوق حتى تلك التي نفذت بالقيد قبل التأشير بحق الضمان .

د - أما إذا لم يتم التأشير بحق الضمانة في صحيفة العقار ، عندها فإن حق الضمان غير الحيازي على الرغم من استمرار نفاذه لكنه لا يتقدم على غيره من الحقوق الواقعة على العقار ، و بالتالي فإن مرتبته ستحدد وفقا للقواعد العامة ، أي أن مرتبته ستحدد من تاريخ شهره في السجل الالكتروني للضمانات غير الحيازية ، و عندها يتصور أن يستنفذ أصحاب الحقوق العينية الواردة على العقار و السابقة في المرتبة على حق الضمان ثمن العقار بمشتملاته (بما فيها العقار بالتخصيص) عند التنفيذ على العقار ، مما يهدد حق الدائن صاحب الضمان بالضياع .

٤٨ - يلاحظ أن كل ما سبق ذكره يطبق في حال كان العقار الملحق به المنقول الضامن مسجلا في الشهر العقاري - بحسب المادة ١٥ من القانون ٢٠١٥/١١٥ . أما إذا كان العقار غير مسجل فقد أوضحت المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١٥ للعام ٢٠١٥ ، بأن مرتبة الأولوية لحق الضمان الوارد على العقار بالتخصيص تتحدد من تاريخ إشهارة في السجل الالكتروني.

الغصن الثاني : مدى جواز انشاء ضمان غير حيازي على العقارات بالتخصيص المرهونة تبعا

لرهن العقار المخدوم

٤٩ - نصت المادة ١٥ من القانون ٢٠١٥ / ١١٥ على أنه (ويجوز إنشاء حق ضمان على العقار بالتخصيص وفقاً لأحكام هذا القانون وتحدد مرتبة حق الضمان في هذه الحالة من تاريخ شهره في السجل وتسجيله في صحيفة العقار قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار).

^{٧٧} - قريب من ذلك * الرهن الالكتروني للعقار بالتخصيص : دراسة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - حسام الدين كامل الاهواني - مرجع سابق - ص ٦٥ .

ولا يثير هذا النص مشكلة إذا كان العقار المخصص المنقول لخدمته غير مثقل برهون أخرى سابقة على تخصيص المنقول لخدمة العقار ، إلا أن هذا النص أثار السؤال عما إذا كان يجوز ترتيب حق ضمان غير حيازي على العقار بالتخصيص المخصص لخدمة عقار سبق رهنه رهناً رسمياً أو حيازياً؟ و عن تحديد مرتبة حق الضمان الوارد على العقار بالتخصيص و علاقتها بمرتبة الرهن الرسمي الوارد على العقار^{٧٨}؟

أ - ف فيما يتعلق بترتيب حق ضمان على منقول سبق و أن شمله الرهن الرسمي تبعاً لرهن العقار المخدوم على اعتباره عقاراً بالتخصيص ، يتجه رأي في الفقه^{٧٩} إلى عدم جواز رهن العقار بالتخصيص إذا كان مشمولاً برهن رسمي وارد على العقار المخدوم ، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن المادة ١٠٣٦ من القانون المدني تجعل الرهن الرسمي يمتد إلى ملحقات العقار المرهون و على وجه الخصوص العقارات بالتخصيص مالم يتفق على غير ذلك . فالعقار بالتخصيص يشكل مع العقار المخدوم المرهون وحدة معنوية ينصرف إليها الرهن و يرد عليها التنفيذ ، و بالتالي فإنه يصعب فصل المنقول الذي يعد عقاراً بالتخصيص عن العقار الأصلي لتحمله حق ضمان غير حيازي سواء عند إنشاء الرهن أو عند التنفيذ على العقار ، حيث يتعذر فصل قيمة العقار بالتخصيص عن قيمة العقار الأصلي المرهون . و بالتالي يتمتع ترتيب حق ضمانه غير حيازية على العقار بالتخصيص الذي سبق رهنه رهناً رسمياً تبعاً لرهن العقار المخدوم لما يمثله ذلك من ضرر للدائن المرتهن رهناً رسمياً .

- على أننا نرى أن قراءة متأنية لنصوص القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ تسمح بالقول بإمكانية إنشاء حق الضمان غير الحيازي على العقار بالتخصيص الذي سبق رهنه رهناً رسمياً تبعاً لرهن العقار المخدوم . سندنا في ذلك : من ناحية صراحة نص المادة ٢ / ١٥ من القانون ٢٠١٥ / ١١٥ التي تقضي بأنه يجوز إنشاء حق ضمان على العقار بالتخصيص ، و من ناحية أخرى فإنه ليس ثمة ضرر يلحق الدائن المرتهن للعقار المخدوم رهناً رسمياً سابق على حق الضمان غير الحيازي ، لأن رهنه سيكون بالضرورة سابقاً في المرتبة على حق الضمان غير الحيازي . فإذا كان المشرع في المادة ٢٤ من القانون رقم ٢٠١٥ / ١١٥ قد جعل لصاحب حق الضمان غير الحيازي أولوية على جميع حقوق الامتياز و الرهون الواردة في القوانين الأخرى ، فإن المادة ٢ / ١٥ من ذات القانون تعتبر استثناء من هذه القاعدة فيما يتعلق بحق الضمان الوارد على عقار بالتخصيص ، حيث حددت مرتبة حق الضمان بالنسبة للحقوق الأخرى الواردة على العقار من تاريخ تسجيله في السجل الإلكتروني ، و التأشير به في صحيفة العقار قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار . و هو ما يعني أن حق الضمان غير الحيازي سيكون متأخراً في المرتبة عن الرهن الرسمي الذي سبق قيده في صحيفة العقار قبل القيام بإجرائي الشهر وفقاً لنص المادة ٢/١٥ من القانون

^{٧٨} - حيث أن المادة ٢٤ من قانون الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ قررت (يكون لأصحاب حقوق الضمان المشهورة وفقاً لأحكام هذا القانون امتياز على المنقول الضامن يسبق جميع حقوق الامتياز والرهن المقررة في القوانين الأخرى عدا المصروفات القضائية ورسوم ونفقات التنفيذ على المنقول ، وذلك بمراعاة حقوق الدائنين المرتهنين حيازياً وفقاً لأحكام القانون المدني).
^{٧٩} - الرهن الإلكتروني للعقار بالتخصيص : دراسة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - حسام الدين كامل الأهواني - مجلة القانون و التكنولوجيا - مج ١ - عدد ١ - ٢٠٢١ - ص ٥١ و ما بعدها . اعتمد د. حسام الأهواني على أن المشرع اشترط إمكانية الفصل بين العقار بالتخصيص و العقار الأصلي دون ضرر لاي منهما بحسب المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية للقانون ١١٥ لعام ٢٠١٥ ، لكن يبدو أنه فسر الفصل دون أن يلحق ضرر لاي منهما و اعبر أن ترتيب حق ضمان غير حيازي على العقار بالتخصيص الذي سبق رهنه رسمياً مع العقار المخدوم لا يجوز لأنه سيلحق ضرر بضمان الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، و كأنه هنا قد خلط بين اشتراط إمكانية الفصل دون الحاق ضرر بالعقار الأصلي و العقار بالتخصيص و بين الضرر الذي يلحق بالدائن المرتهن للعقار رهناً رسمياً ، و هو خلط في غير محله .

٢٠١٥/١١٥ ، و من ثمة سينتفي أي ضرر أو خطر على الدائن المرتهن رهناً رسمياً سابقاً للعقار المخدوم .

- و إذا كانت المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥/١١٥ قد قررت لصاحب الضمانة غير الحيازية مرتبة متقدمة على جميع أصحاب الإمتيازات و الرهون المقررة بموجب القوانين الأخرى ، فقد كان من المتصور أن يتعرض الدائن المرتهن رهناً رسمياً سابق للعقار المخدوم لخطر تقدم حق صاحب الضمانة غير الحيازية عليه فيما يتعلق بالعقار بالتخصيص الذي وقع عليه حق الضمان غير الحيازي . إلا أن هذا الخطر يتلاشى وفقاً للقراءة التي أخذنا بها لنص المادة ١٥ / ٢ من القانون ٢٠١٥ / ١١٥ و التي تحدد مرتبة صاحب الضمانة غير الحيازية على العقار بالتخصيص باستكمال إجرائي الشهر ، قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار ، و هو ما يعني أننا سنكون أمام عدة فروض:

الفرض الأول : أن يكون الرهن الرسمي على العقار قد ابرم و قيد ، قبل ابرام عقد الضمان غير الحيازي على العقار بالتخصيص ، و من ثمة ابرم عقد الضمان غير الحيازي و استكمل اجرائي شهره في السجل الالكتروني و صحيفة العقار ، في هذه الحالة يتقدم حق الرهن الرسمي في المرتبة على حق الضمان غير الحيازي .

الفرض الثاني : أن يتم ابرام عقد الضمان غير الحيازي على العقار بالتسجيل و تسجيله في السجل الالكتروني ، و قبل تسجيله في صحيفة العقار ، ثم يقوم مقدم الضمان بابرام عقد رهن رسمي على العقار المخدوم و يقيد في الشهر العقاري ، فإذا ما تم بعد ذلك تسجيل حق لضمان غير الحيازي في صحيفة العقار ، فإن مرتبته ستكون تالية لمرتبة الرهن الرسمي . هنا سيتعرض صاحب حق الضمان غير الحيازي لخطر تأخر مرتبته ، و بالتالي ضياع الضمان عند التنفيذ ، في حال استغرق الدين المضمون بالرهن الرسمي لكامل ثمن العقار المرهون بما يشمل من عقار بالتخصيص .

الفرض الثالث : أن يكون عقد الضمان غير الحيازي على العقار بالتخصيص قد ابرم و تمت إجراءات شهره (في السجل الالكتروني و صحيفة العقار) قبل قيد الرهن الرسمي ، هنا يكون لحق الضمان غير الحيازي الأولوية على الرهن الرسمي . و بذلك يكون نص المادة ١٥ / ٢ من القانون ١١٥ / ٢٠١٥ متماشياً مع السياق العام لترتيب الحقوق العينية التبعية الواردة على العقار ، و بمثابة استثناء من القاعدة العامة التي وضعتها المادة ٢٤ من ذات القانون في تحديد أولوية حق الضمان غير الحيازي بالنسبة لغيره من الامتيازات و الرهون الواردة في القوانين الأخرى .

- أخيراً ، نرى أنه لا يمكن الاعتراض على تحليلنا السابق للمادة ١٥ / ٢ من القانون ١١٥ / ٢٠١٥ بما جاءت به المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية لذات القانون و التي نصت فقرتها الأولى على أنه : (يجوز انشاء حق ضمان على العقار بالتخصيص شريطة إمكانية فصله عن العقار دون أن ينشأ عن ذلك ضرر لأي منها . و تحدد مرتبة الضمان في هذه الحالة من تاريخ اشهاره في السجل وفقاً للإجراءات المحددة في القانون و هذه اللائحة لإشهار حق الضمان و تسجيله في صحيفة العقار قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار ، و يتقدم هذا الحق على الحقوق العينية الأخرى الواقعة على العقار بشرط التأشير بتسجيل حق الضمان في صحيفة الشهر العقاري إذا كان العقار مسجلاً) فظاهر هذه المادة أنها طبقت القاعدة الواردة في المادة ٢٤ من القانون ١١٥ لعام ٢٠١٥ فقررت تقدم حق الضمان غير الحيازي على جميع الحقوق الأخرى الواردة على العقار فيما يتعلق بالعقار بالتخصيص الضامن . إلا أننا يمكننا أن نقرر أن هذه المادة متناقضة مع نفسها و لا يمكن تطبيقها ، أو التسليم بصحتها ، لأنها بداية تشترط تسجيل حق الضمان غير الحيازي على العقار بالتخصيص

في صحيفة العقار المخدوم قبل توثيق أي حق آخر ، و عبارة " قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار " يمكن تفسيرها على عدة أوجه ، فإما أن تعني قبل ترتيب أي حق ضمان غير منقول آخر على العقار بالخصيص ، و ذلك غير مقبول لأنه يعني عدم إمكانية ترتيب أكثر من حق ضمان واحد ووحيد على العقار بالخصيص و هو يتعارض مع صريح المادة ٩ من القانون ١١٥ لعام ٢٠١٥ و التي أجازت انشاء أكثر من حق ضمان على منقول واحد هذا من جهة و من جهة أخرى فإن المشرع في المادة ١٥ من القانون ١١٥ و كذلك في المادة ٣٢ المشار إليها من اللائحة التنفيذية اشترطت عدم توثيق أي حقوق أخرى على العقار ، و لو كان القصد هو حقوق الضمان غير الحيازية لكان المشرع استعمل مصطلح " العقار بالخصيص " لأن حقوق الضمان التي يتناولها القانون ١١٥ لعام ٢٠١٥ لا ترد إلا على المنقولات لذلك نستبعد هذا المعنى . فيبقى أن يكون معنى " قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار " أي عدم ترتيب أي حق آخر على العقار بالمطلق ، وهذا لا يمكن القبول به لأنها بذلك تشترط أن يكون العقار المخدوم خالي من التكاليف ، و بالتالي فإن صاحب حق الضمان سيكون دائماً في المرتبة الأولى فيما يخض العقار بالخصيص الضامن فلا محل للحديث عن شروط تحديد المرتبة لهذا الضمان و الذي هو مدار المادة ١٥ من القانون ٢٠١٥/١١٥ . و أخيراً يبقى أن يكون معنى " قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار " ، أي قبل توثيق أي حقوق أخرى على العقار في الفترة بين ابرام عقد الضمان و استكمال اجرائي الشهر في السجل الالكتروني و صحيفة العقار و هو ما قلنا به سابقاً ، من ناحية أخرى إذا كانت المادة ٣٢ من اللائحة التنفيذية قد اشترطت خلو العقار من التكاليف السابقة ، بمعنى أن حق الضمان غير الحيازي سيكون دائمة هو صاحب المرتبة الأولى ، كيف تعود لتقرر تقدم حق الضمان غير الحيازي على غيره من الحقوق الأخرى الواقعة على العقار ، أي حقوق هذه و قد اشترطت في العبارة السابقة عدم وجود تكاليف تثقل العقار؟

ب - أما إذا كان الرهن الوارد على العقار المخدوم هو رهنأ حيازياً و كان نافذاً في حق الغير، فمن المتصور أن يقوم الراهن بترتيب حق ضمان غير حيازي على بعض المنقولات التي تخدم العقار و تعد عقارات بالخصيص و يشهر حق الضمان في السجل الالكتروني ، و هنا تثور مسألة كيفية تحديد مرتبة كل من الرهن الحيازي و حق الضمان غير الحيازي على المنقولات .

فعلى الرغم من أن المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥/١١٥ قد أعطت لحق الضمان غير الحيازي مرتبة متقدمة على جميع الامتيازات و الرهون الأخرى الواردة على المنقول ما عدا الامتيازات التي حددتها ، إلا أن المشرع قد تحفظ في عجز هذه المادة فنص على أنه : (وذلك بمراعاة حقوق الدائنين المرتهنين حيازياً وفقاً لأحكام القانون المدني.) ، و قد خلت اللائحة التنفيذية من أي إيضاح لهذه الناحية . إلا أنه بالرجوع إلى المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بإصدار القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ نجدها نصت على أنه : (تسري احكام القانون المرفق على الحقوق المضمونة بمنقولات في حيازة المدين أو مقدم الضمان ، يتفق اطراف عقد الضمان على شهره وفقاً لأحكامه ، و ذلك دون اخلال بالأحكام المنظمة لأنواع خاصة من المنقولات بما في ذلك الرهن الحيازي في القانون المدني ، و رهن المحل التجاري و رهن الأوراق المالية) .

و استناداً لهذا النص ، يمكن القول أن المشرع في عجز المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥/١١٥ قد وضع استثناء على القاعدة التي ارساها في صدر المادة نفسها من حيث تقدم حق الدائن صاحب الضمانة غير الحيازية على أصحاب حقوق الامتياز و الرهون الأخرى غير من قرر لهم المشرع الأولوية عليه ، حيث استدرك في عجز المادة بخصوص الدائن المرتهن حيازياً للمنقول ، فجعل

مرتبته رهنه لا تتأثر بنشوء حق الضمان غير الحيازي على المنقول ، و عليه فإذا كان ال دائن المرتهن قد بادر باتخاذ إجراءات نفاذ رهنه في مواجهة الغير في وقت سابق على تسجيل حق الضمان غير الحيازي في السجل الإلكتروني – بقيد الرهن و حيازة المال المرهون بنفسه أو عن طريق العدل – فإن شهر الضمان غير الحيازي على المنقول لن يؤثر على مرتبة الدائن المرتهن حيازياً للمنقول ، الذي يبقى رهنه متقدماً في المرتبة على الضمانة غير الحيازة . أما إذا كان الدائن المرتهن للعقار حيازياً – و الذي امتد رهنه الى المنقولات باعتبارها عقارا بالتخصيص - لم يستكمل إجراءات نفاذ رهنه في مواجهة الغير^{٨٠} ، فإذا قام الراهن بترتيب ضمانة غير حيازية لشخص آخر و سارع الدائن المضمون له بتسجيل حقه في السجل الإلكتروني الخاص بالضمانات المنقولة ، فإن حق الضمان غير الحيازي سيكون متقدماً في المرتبة على حق الدائن المرتهن حيازياً

٨١ .

- و نعتقد هنا أن المشرع في هذا النص قد نظر إلى التطبيق العملي في هذه الحالة ، فترجمه إلى نص قانوني ، و أية ذلك أنه في حالة عدم وجود التحفظ الوارد في عجز المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥ / ١١٥ ، لكان حق الدائن صاحب الضمانة غير الحيازية متقدماً على حق الدائن المرتهن حيازياً للمنقول ، غير أن الأخير سيكون له حق حبس المنقول إلى أن يستوفي حقه منه ، مما يمنحه تقدماً واقعياً على الدائن صاحب الضمانة غير الحيازية .

- غير أننا كنا نحبذ لو أن المشرع لم يتدخل بوضع مثل هذا الاستثناء بخصوص الرهن الحيازي ، و ترك الامر تحكمه القواعد العامة بما يمنحه حق الحبس للدائن المرتهن حيازياً من حق تقدم واقعي . ذلك أن الصياغة الحالية للمادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥ / ١١٥ تجعلنا مضطرين للتساؤل عن أثر هذه المادة في ترتيب حقوق الدائنين أصحاب الضمانات المختلفة على المنقول ، حيث أن هذه المادة في التطبيق العملي سوف تمنح للدائن المرتهن حيازياً مرتبة مقدمة على الرهون و الامتيازات الأخرى الواردة على المنقول لمجرد إنشاء حق ضمانة غير حيازية على المنقول ، و الصورة الأبرز هي حالة وجود حق امتياز لبائع المنقول عليه ، و من ثمة رهن المنقول حيازياً لدائن آخر و استكمل إجراءات نفاذه في مواجهة الغير ، يلي ذلك ترتيب ضمانة غير حيازية على ذات المنقول و تسجيلها في السجل الإلكتروني ، فبموجب المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥ / ١١٥ سيكون ترتيب الضمانات على النحو التالي ، الرهن الحيازي للمنقول ، يليه حق الضمان غير الحيازي ، يليه امتياز بائع المنقول . و هذا الترتيب كان من الممكن الوصول إليه من الناحية العملية دون حاجة إلى إضافة التحفظ الموجود في عجز المادة ٢٤ ، و بيان ذلك أن الدائن المرتهن حيازياً للمنقول سيكون له حق التقدم على صاحب حق الضمانة غير الحيازية بموجب حق الحبس ، و على امتياز بائع المنقول إذا كان حائزاً حسن النية بمقتضى نص المادة ١١٣٣ / ١ من القانون المدني^{٨٢} ، و سيتقدم الدائن صاحب الضمانة غير الحيازية على امتياز البائع بموجب المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥ / ١١٥ .

^{٨٠} كأن يكون قيد رهنه دون أن يحوز العقار المرهون بمشتملاته، أو أن يكون قد حاز العقار المرهون دون أن يقيد الرهن و إن كان في هذه الحالة سيكون له تقدم واقعي بموجب حق الحبس.

^{٨١} - محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق - ص ٧٠٧

^{٨٢} - تنص المادة ١ / ١١٣٣ على أنه (لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .)

إلا أن خطورة التحفظ الوارد في عجز المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥/١١٥ تكمن في حالة ما إذا كان الدائن المرتهن حيازياً سيء النية بمعنى أنه يعلم بوجود حق امتياز للبائع على المنقول المخصص لخدمة العقار ، فعندها لا يكون له وفقاً للقواعد العامة تقدم على امتياز بائع المنقول بمفهوم المخالفة للمادة ١/١١٣٣ مدني ، إلا أن نص المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٥/١١٥ بصيغته الحالية سيسمح له بالتقدم على امتياز بائع المنقول بالمطلق ولو كان سيء النية . و لذلك نرى أنه من الضروري أن يقوم المشرع بالتوفيق بين أحكام القانون ٢٠١٥/١١٥ وبين الأحكام العامة الواردة في القانون المدني فيجعل حسن النية شرطاً عاماً لإعطاء التقدم لأي تأمين أو ضمان على امتياز بائع المنقول.

الفرع الثالث : أثر قاعدة الحيازة في المنقول على الضمانة غير الحيازية

(مدى سلطة صاحب الضمان في تتبع المنقول الضامن في مواجهة الحائز حسن النية)

٥٠ - بالنظر إلى أن حق الضمان غير الحيازي لا مجرد مقدم الضمان من حيازة المنقول ، فإنه من المتصور أن يقوم الأخير بالتصرف في المنقول تصرفاً ناقلاً للملكية و يسلمه إلى المتصرف إليه ، و كذلك من المتصور أن يرتب على المنقول رهناً حيازياً و ينقل حيازته إلى الدائن المرتهن أو العدل مما يجعله نافذاً في حق الغير ، و في الحالتين سيثور التساؤل عن أثر قاعدة الحيازة في المنقول و على وجه الخصوص الأثر المسقط لها- و الذي نصت عليه المادة ٩٧٦ / ٢ مدني- على حق الضمان غير الحيازي على المنقول ، بمعنى آخر مدى سلطة صاحب الضمان في تتبع المنقول الضامن في مواجهة الحائز حسن النية .

في هذا الخصوص انقسم الفقه إلى رأيين متعارضين ، ذهب أحدهما إلى أن شهر حق الضمان في السجل الإلكتروني ، يؤدي إلى منح الدائن الحق في تتبع المنقول الضامن في أي يد يكون دون أية عوائق ، و بذلك يتعطل الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول في مواجهة حق صاحب الضمان النافذ بشهره في السجل الإلكتروني^{٨٣} ، في حين ذهب الرأي الآخر إلى أنه لا مجال لإعمال حق الدائن في تتبع المنقول الضامن في مواجهة الحائز المتمسك بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول^{٨٤} . و للوقوف على الوضع في ظل القانون رقم ٢٠١٥/١١٥ لابد لنا بداية من عرض الحجج التي يستند إليها كل من هذين الرأيين و تقييمها .

٥١ - يرى أصحاب الرأي الأول أن حق الضمان غير الحيازي لا يسقط بقاعدة الحيازة في المنقول ، و يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن اشتراط المشرع لشهر حق الضمان غير الحيازي على المنقول في سجل الضمانات الإلكتروني ، حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهه الغير ، له مدلول واضح يتمثل في رغبة المشرع في أن يكون هذا القيد في سجلات رسمية أعدت لذلك ، هو وسيلة تحقق العلانية لهذا الضمان ، وبالتالي هو الآلية التي قررها المشرع لحماية الدائن المرتهن في مواجهة الغير. و لذلك فإن هذا الإشهار بالنسبة للمنقولات الضامنة يعد بديلاً عن نقل حيازتها للدائن المرتهن

^{٨٣} - مروة محمد عبد الغني - خصوصية الحماية المقررة لدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية - جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق- عدد ١ - ٢٠١٨ - ص ٤٣٢ .

^{٨٤} - فاطمة جلال عبد الله - دراسة تحليلية لإشكاليات حق الضمان وفقاً للقانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - المجلة القانونية - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - فرع الخرطوم - مجلد ١١ - العدد ٦ - ٢٠٢٢ - ص ٢٠٣٠ .

، يراد منه القيام بذات الوظيفة التي يحققها نقل الحيازة في الرهن الحيازي ، ألا وهي تحسين المرتهن من تبيد الراهن لحقه.

و يضيف أصحاب هذا الرأي أن شهر احق الضمان في سجل الضمانات المنقولة الإلكتروني يؤدي إلى افتقار قاعدة الحيازة لأحد أهم شروطها وهو شرط حسن النية. فالهدف من القيد هنا - كما هو القيد في الرهن الرسمي - هو تهيئة وسيلة لإحاطة المتعاملين على المنقول علما بحق الضمان الذي يتقله . وبالتالي فبمجرد حصول القيد يفترض علم الكافة بوجود حق الضمان على المنقول ، و ثمة ينفي حسن النية ، بمعنى اعتقاد الحائز أنه يتلقى ملكية المنقول أو أي حق عيني عليه من مالكه أو ممن يملك التصرف فيه خالياً من أية أعباء أو تكاليف. و ذلك حتى ولو لم يتوفر للحائز العلم الفعلي بوجود الرهن إذ يكفي العلم الحكمي المستفاد من القيد.^{٨٥}

٥٢ - في حين يرى أصحاب الرأي الآخر أن حق التتبع الناتج عن شهر الضمانة في السجل الإلكتروني لا يعيق الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، و يسوقون في تبرير هذا القول الحجج التالية^{٨٦} :

١ - إن سلطة التتبع مستمدة من الحق العيني التبعي ذاته ، و الذي يسقط بدوره نتيجة الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول مادة ٩٧٦ / ٢ مدني، فلا يعود هناك مكان للحديث عن سلطة التتبع للمنقول.

٢- أن مجرد شهر الرهن لا يعد سبباً لانتفاء حسن النية ذلك أن المادة ٩٧٦ / ٣ من القانون المدني تقترض في الحائز توافر حسن النية و السبب الصحيح إلى أن يتم اثبات العكس ، فسوء النية لا يفترض بمجرد الشهر. كل ذلك ما لم ينص القانون علي غيره صراحة لا ضمناً كأن ينص علي أنه يجوز للدائن التنفيذ علي المال ولو كان الحائز حسن النية كما في المادة ٩٧٧ مدني بخصوص استرداد المال المسروق أو الضائع .

٣ - لا يمكن قياس التسجيل في السجل الإلكتروني على قيد الرهن في الصحيفة العقارية من حيث افتراض العلم بوجود الحق ، لأن المتصرف إليه في العقار يكون مضطراً لتسجيل تصرفه مما سيمكنه من الاطلاع على ما يتقل العقار من حقوق ، أما في المنقولات فلا يتطلب التصرف بها وجود سند ملكية للمتصرف ، و لا تسجيلها في سجل خاص و بالتالي فلن يكون من السهل على المتصرف إليه معرفة ما يتقل المنقول من أعباء ، وكذلك ليس من الشائع حتى الآن في الواقع العملي ، أن يطلع المتصرف إليه بالمنقول على السجل الإلكتروني لمعرفة ما يتقل المنقول من ضمانات غير حيازية ، خاصة و أن عامة الناس من الأفراد العاديين لا يعلمون بوجود مثل هذا النوع من الضمانات ، ناهيك عن أن الاطلاع على السجل الإلكتروني سيرتب تكاليف إضافية على المتصرف إليه ، على عكس الاطلاع على صحيفة العقار الذي يتم بشكل طبيعي عند شهر المتصرف إليه لحقه دون أي تكاليف إضافية .

٤ - إن الشهر في السجل الإلكتروني هو نظام شهر شخصي لا عيني لذا فإنه وفقاً للمادة ١٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ يكون الاستعلام فيه إما عن طريق رقم القيد غير

^{٨٥} - مروة محمد عبد الغني - المرجع السابق - ص ص ٤٣٣ - ٤٣٤ . / * - محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مرجع سابق - ص ٧١٢ و كذلك ٧١٦ / * الرهن الإلكتروني للعقار بالتخصيص : دراسة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - حسام الدين كامل الاهواني - مرجع سابق - ص ٦٠ و ما بعدها .

^{٨٦} - فاطمة جلال عبد الله - المرجع السابق - ص ص ٢٠٣٠ - ٢٠٣٣ .

المكرر للإشهار ، أو عن طريق الرقم القومي لمقدم الضمان إذا كان شخصاً طبيعياً مصرياً ، أو رقم جواز سفره وبلد الإصدار حال كونه شخصاً طبيعياً غير مصري ، أو رقم تسجيله إذا كان شخصاً معنوياً و هي معايير قد لا تتوافر لدى المشتري في كل الأحوال في الحياة العملية، كما لو كان البائع شخصاً غير مقدم الضمان. مما يجعل الاعتماد على الإشهار في السجل الإلكتروني كقرينه علي علم الغير بوجود الرهن يعد تجاهلاً كبيراً لاعتبارات حماية الغير حسن النية، بافترض علمهم بالرهن بمجرد شهره حتى لو وصل إليهم المال المرهون من غير الراهن المشهر باسمه في بيانات التسجيل في السجل الإلكتروني .

رأينا في الموضوع :

٥٣ - و الرأي عندنا أن الرأيين السابقين كل منهما يمكن أن يكون محل نظر ، فبالنسبة للرأي الذي غلب الأثر المسقط لقاعدة الحيازة على حق الدائن المضمون له ، نعتقد أن الحجج التي استند إليها يمكن الرد عليها على الوجه الآتي :

فالنسبة للحجة الأولى نرى أنها تنطوي على مصادرة على المطلوب ، فإذا كان سقوط الحق العيني يستتبع زوال ما يمنحه من سلطة التتبع ، فإن أصحاب هذا الرأي اكتفوا بافترض ذلك دون أن يقدموا البرهان على توافر الشروط التي تطلبها المشرع لإسقاط حق الضمان بمقتضى قاعدة الحيازة قاعدة الحيازة .

أما بالنسبة للحجة الثانية فالواقع أن هذه الحجة يمكن الرد عليها بأن الإفتراض الوارد في الفقرة ٣ من المادة ٩٧٦ مدني جاء في ظل القانون المدني الذي لم يعرف أي تكاليف ترد على المنقول بعيداً عن انتقال الحيازة سواء إلى يد صاحب الحق (الدائن المرتهن) أو شخص آخر غير المالك (العدل) ، مما يفسح المجال للقول بأن القرينة المستمدة من الفقرة ٩٧٦/٣ ستبقى فاعلة بخصوص الحقوق العينية و التكاليف التي تستلزم انتقال الحيازة ، أما في ظل القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ الخاص بالضمانات المنقولة غير الحيازية فلا يمكننا التسليم بوجود مثل هذه القرينة بالنسبة للضمانات غير الحيازية بل يمكننا القول بوجود قرينة مستمدة من الشهر في السجل الإلكتروني على افتراض علم الكافة بهذه الضمانة ، غير أنه لا بد هنا من لفت النظر إلى أن مثل هذا القول يستلزم أن يكون المشرع قد أحكم تنظيم شهر هذه الضمانات بما يسمح لنا بالقول بوجود هذه القرينة دون أن يكون في ذلك ظلم أو مجافات للعدالة لجانب الحائز . وهو ما سنبينه فيما سيأتي

و بالنسبة إلى الحجة الثالثة ، فعلى الرغم مما يبدو من وجهة هذه الحجة إلا أنها تصطدم بواقع أن المنقولات التي ستخضع لمثل هذا النوع من الضمانات ستكون في الأعم الأغلب منقولات على درجة من الأهمية ، بحيث سيكون المتعاملين عليها من الحرص بأن يتأكدوا من خلو المنقول من أي تكاليف بالاطلاع على السجل الإلكتروني الخاص ، و هذا سيكون سلوك الرجل المعتاد بعد صدور القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ ، أما ذريعة أن الافراد العاديين غير عالمين بوجود مثل هذا النوع من الضمانات ، فيرد عليه بأنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون فمجرد نشر القانون في الجريدة الرسمية يفترض علم الكافة به ، و أما عن التكاليف المستحقة عند الاطلاع على السجل الإلكتروني فهي تعتبر رمزية لأنه و كما اشرنا لم يتم اللجوء إلى ذلك إلا عندما يكون المنقول من القيمة بحيث يتصور ترتيب حق ضمان غير حيازي عليه ، و عندها ستعتبر تكلفة الاستعلام في السجل الإلكتروني تكلفة رمزية ، إضافة إلى أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون هذه

التكاليف على عاتق المتصرف ، بل إن هذا السجل هو سجل الكتروني متاح للاطلاع على مدار الساعة من أي مكان في العالم مما يسهل الاستعلام عن وجود حقوق ضمان على المنقول . أما الرأي الآخر فهو ينهض على افتراض أن التسجيل في السجل الالكتروني يمنح حق الضمان حجية مطلقة في مواجهة الغير ، و هو ما نراه محل للمناقشة على الوجه الذي سنبينه.

٥٤ - و لبيان رأينا في الموضوع نرى أنه يتعين أن نبدأ بإيضاح توجه المشرع في القانون ١١٥ لعام ٢٠١٥ بخصوص حق التتبع و مدى حجية الأشهار في السجل الالكتروني ، و ثم نعبه بتقييم مدى كفاية التنظيم التشريعي في تحقيق هذا التوجه.

باستقراء نصوص القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ و بخاصة المواد (٥ - ١١ - ١٤ - ١٧)^{٨٧} يمكن القول أن توجه المشرع في القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ كان نحو إعطاء الأشهار في السجل الالكتروني حجية مطلقة مناظرة لما يتمتع به الشهر في نظام السجل العيني ، و لو سايرنا هذا التوجه لأقتضى الأمر منا تغليب حجية الشهر في السجل الالكتروني على الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول ، و من ثمة فإنه إذا تراحم حق الحائز حسن النية مع حق صاحب الضمانة غير الحيازية ، فإن حق الأخير يجب أن يعطى الأفضلية ، أي أن حق التتبع المستمد حق الضمانة غير الحيازية على المنقول يبقى نافذا في مواجهة الحائز حسن النية للمنقول الضامن ، دون أن يستطيع الأخير أن يحتج على بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة.

^{٨٧} - المادة : (5) وتكون للبيانات المشهورة بالسجل المتعلقة بوقت الإشهار وتاريخه والمصدق عليها من السجل حجية المحررات الرسمية في الإثبات
المادة : (11) يترتب على الشهر بالسجل وفقاً لحكم المادة (٦) من هذا القانون نفاذ حق الضمان في مواجهة الغير
المادة : (14) لا يجوز تعديل شروط أو مدة الإشهار أو شطبه إلا بمقتضى حكم نهائي أو بطلب من الدائن مرفقاً به اتفاق الطرفين.

وفي حالة انقضاء حق الضمان قبل انتهاء مدة الشهر المحددة في السجل، يلتزم الدائن بإلغاء الإشهار خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ الانقضاء، ولا يسري الإلغاء في مواجهة أي دائن تم شهر حقوقه على ذات المنقول في ذات العقد ما لم يوافق على الإلغاء،

وإذا لم يقم الدائن بإلغاء الإشهار خلال المدة المشار إليها يصدر قاضي الأمور المستعجلة أمراً بإلغاء القيد خلال يومي عمل على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب، ويكون الدائن مسؤولاً عن تعويض المدين أو مقدم الضمان بحسب الأحوال عن الأضرار الفعلية التي لحقت بأي منهما. وتكون مصروفات الإشهار وتجديده وتعديله على الدائن ما لم يُتفق على خلاف ذلك، ويُعفى شطب الإشهار من أي رسوم أو مصروفات.

فالمادة ١٧ من القانون نصت على أنه : (يجوز للمدين التصرف في المنقول أو تأجيره بعد سداد الدين المضمون أو بالباقي منه بحسب الأحوال وبعد خصم مقابل تعجيل الوفاء المتفق عليه في عقد الضمان، وذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية.

ويجوز للمدين بيع المنقول أو تأجيره إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون المدين الأصلي ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان.
وللدائنين المشهورة حقوقهم المضمونة في السجل أن يتتبعوا المنقول في أية يد كانت ولهم أن يستوفوا حقوقهم قبل الدائنين العاديين بحسب مرتبة كل منهم.

وإذا تعددت حقوق الضمان على المنقول الضامن، تحسب مرتبة حق الضمان من وقت وتاريخ إشهاره في السجل بغض النظر عن التاريخ المنشئ للحق في هذه الضمانات، ويستوفي صاحب الحق الأسبق في الإشهار حقه قبل الدائن الذي يليه. ويجوز لمقدمي الضمان في حال تعددهم تعيين وكيل عنهم يتولى مباشرة الحقوق المقررة لهم على منقولات المدين. ولا يجوز للمدين أو الغير الاحتجاج على الدائن بأي حق يتعارض مع بيانات السجل المتعلقة بوقت الإشهار وتاريخه.
ومع ذلك يؤول المنقول لمشتريه أو لأي شخص آخر يكتسب حقاً عليه يكون خالياً من حق الضمان المشهر إذا وافق على ذلك جميع الدائنين المشهورة حقوقهم على المنقول، أو إذا كان التصرف في المنقول الضامن قد تم ضمن الأعمال المعتادة لمقدم الضمان.)

-إلا أن المشرع في مسعاه هذا لم يضع للسجل الإلكتروني الخاص بالضمانات المنقولة تنظيماً يكفل له الحجية المطلقة ، أية ذلك أنه في المادة ٥ من القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ قصر الحجية المقرر للمحركات الرسمية على وقت الأشهار و تاريخه المثبت في السجل الإلكتروني دون غيرها من البيانات التي يحتويها السجل هذا من ناحية ، و من ناحية أخرى فإن الاستعلام في السجل يكون عن طريق محددات معينة بحسب المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ و هي إما رقم القيد غير المكرر للإشهار ، أو الرقم القومي للمدين لمقدم الضمان إذا كان شخصاً طبيعياً مصرياً، أو رقم جواز سفره و بلد الإصدار حال كونه شخصاً طبيعياً غير مصري، أو رقم تسجيله إذا كان شخصاً معنوياً . و هنا تكمن نقطة ضعف هذا التنظيم للسجل، ففي حال تداول المنقول الضامن و انتقاله إلى مالك آخر لم يضع المشرع سواء في القانون ١١٥ أو لائحته التنفيذية ، أي التزام على مقدم الضمان – مالك المنقول – بإعلام الدائن المضمون له بهذا التغيير الجاري لجهة مالك المنقول الضامن ، و ترتيب التزام تبعي على عاتق الدائن المضمون له بتعديل بيانات التسجيل في السجل الإلكتروني . مما يجعل لبيانات السجل الإلكتروني في وضعه الحالي حجية قاصرة بحيث لا يمكن الاعتداد بما يقدمه من بيانات بشكل مطلق .

و نرى أنه كان من الأسلم للمشرع في القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ أن يرتب التزاماً على مقدم الضمان بإعلام الدائن المضمون له في حال التصرف في المنقول الضامن إلى شخص آخر بتغيير المالك و بالبيانات التعريفية الخاصة بالمتصرف إليه (بالرقم القومي / رقم جواز السفر / رقم التسجيل بحسب الحال) ، و ترتيب التزام تبعي على الدائن المضمون له بتغيير بيانات الأشهار في السجل الإلكتروني المتعلقة بمقدم الضمان ، في هذه الحالة يمكن الاستناد إلى حجية البيانات الواردة في السجل الإلكتروني للقول بانتفاء حسن النية لدى المتصرف إليه الحائز للمنقول ، على وجه يمكن معه القول بأن قاعد الحيازة تسقط في مواجهة حق التتبع المستمد من حق الضمان غير الحيازي .

و على ذلك فإنه إذا لم يقم مقدم الضمان بإحاطة الدائن المضمون له ببيانات المتصرف إليه ليتمكن المضمون له من تعديل بيانات الشهر في السجل الإلكتروني ، فإن أي تصرف يصدر من مقدم الضمان لا يكون له حجية في مواجهة الدائن المضمون له ، و بالتالي لا يستطيع المتصرف إليه التمسك بالأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول ، و يكون للمتصرف إليه الرجوع على المتصرف – مقدم الضمان – بالتعويض لتقصيره بتنفيذ التزامه بإعلام الدائن المضمون له بالتغيير الحاصل في مالك المنقول الضامن . أما إذا قام مقدم الضمان بتنفيذ واجبه بإخطار الدائن المضمون له ، و لكن الأخير قصر و تكاسل عن تغيير بيانات التسجيل المشهورة في السجل الإلكتروني ، فإن المتصرف إليه في هذه الحالة يستطيع التمسك بعدم علمه بوجود التكاليف العيني على المنقول ، و بالتالي يستطيع الاستفادة من الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، و الاحتجاج بحقه لمنع الدائن المضمون له من تتبع المنقول تحت يده .

- و لا شك أن عدم وجود نص في التنظيم التشريعي الحالي يقرر وجود مثل هذا الالتزام على عاتق مقدم الضمان، سيؤدي بالضرورة إلى إضعاف حجية البيانات المشهورة في السجل الإلكتروني ، بمعنى أنه لن يعدم قيمتها كلياً ، و لكنه سيؤثر على مالها من حجية حيث ستصبح حجيتها حجية نسبية فقط .

و عليه فإننا نرى أن الشهر في السجل الإلكتروني في الوضع الحالي يقيم قرينة بسيطة على علم الكافة بوجود حق الضمان على المنقول ، و من ثمة فإن هذه القرينة تقبل اثبات العكس ، و هو

ما يفتح الباب أمام المتصرف إليه لإثبات عدم علمه بوجود حق الضمان على المنقول ، كما لو كان المتصرف إليه قد اشترى المنقول من شخص آخر غير المالك مقدم الضمان ، و لم يكن البائع الأخير هو من اشهرت بياناته في السجل الالكتروني ، إذ في هذه الحالة حتى لو قام المشتري بالبحث في السجل الالكتروني بالرقم القومي للمالك الأخير (البائع) فلن يعثر على أي تكليف عيني يثقل المنقول ، و هذا على ما نرى هو مكن الضعف للتنظيم الحالي في شهر حق الضمان في السجل الالكتروني .

و بناء على ذلك نرى أن خلوص المنقول للحائز و إسقاط الضمانة غير الحيازية التي تنقله يقتضي منه أن يقيم الدليل على عدم استطاعته العلم بوجود حق الضمانة غير الحيازية على المنقول من خلال السجل الالكتروني اعتمادا على بيانات المتاحة لديه .

الخاتمة :

لا يستطيع أحد أن ينكر أهمية الدور الذي تلعبه التأمينات العينية في توفير الائتمان اللازم لإنشاء المشروعات الاقتصادية أو تطويرها ، حيث لا يمكن لأي مستثمر أن يعتمد على رأسماله الخاص فقط في تغطية تكاليف المشروع الاقتصادي الذي يزمع إنشائه أو تطويره ، كما لا يخفى دور التأمينات العينية في تيسير حصول الأفراد على ما يحتاجون إليه من سيولة نقدية ، فقد يتعذر عليهم تسهيل ما يملكونه من عقار أو منقول و الحصول على ما يحتاجونه من نقود بالسرعة الكافية . و سواء في الحالة الأولى - على مستوى المشروعات - أو في الحالة الثانية - على مستوى الافراد - يغدو الحصول على الائتمان عن طريق الاقتراض ضرورة لا محيص عنها ، و هنا تبدو أفضلية التأمينات العينية على التأمينات الشخصية و على وجه الخصوص الكفالة . من جهة لأن المدين قد يتعذر عليه إيجاد كفيل يقدمه للدائن ، و من جهة أخرى فإنه حتى إذا قدم المدين كفيلًا فإن الدائن لا يكون في مأمن من ضياع دينه إذا اعسر المدين و الكفيل معاً . و أخيراً فإن الرجوع على الكفيل للمطالبة بالدين يمر غالباً من خلال إجراءات قضائية طويلة و معقدة و مكلفة . أما في حالة تقديم المدين تأميناً عينياً فإن حق الدائن يرتبط بمال معين يستطيع أن ينتبعه إذا خرج من ذمة المدين كما أن له في التنفيذ على هذا المال أن يتقدم في اقتضاء حقه من ثمنه على جميع الدائنين العاديين و الدائنين أصحاب التأمينات العينية التاليين له في المرتبة . و تقديراً من المشرع للدور الذي تلعبه التأمينات العينية في تسيير عجلة الاقتصاد ، فقد أضاف بمقتضى القانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ صورة جديدة للتأمين العيني على المنقول لا تتطلب نقل حيازته إلى الدائن أو العدل ، و إنما يبقى المنقول تحت يد مقدم الضمان يديره و ينتفع به ، و يعتمد هذا الضمان في حجيته و تحديد مرتبته على التسجيل في سجل الكتروني معد لذلك .

على أنه مهما كانت قيمة الضمان الذي تقدمه التأمينات العينية للدائن فإن فرصة هذا الأخير في الحصول على دينه من المال المحمل بالتأمين تعتمد إلى حد كبير على أمانة مقدم التأمين (سواء كان المدين أو غيره) ، بيان ذلك أن حق الدائن يمكن أن يتعرض للتهديد سواء قبل نفاذ التأمين الذي يضمن حقه أو حتى بعد نفاذه . فقبل نفاذ التأمين يعتمد الدائن المرتهن على نشأت التأمين العيني - بمقتضى العقد - في العلاقة بينه و بين مقدم التأمين ، دون أن يكون لهذا التأمين أي حجية في مواجهة الغير ، و هو ما يفتح الباب واسعاً أمام مقدم التأمين للتصرف في المال المحمل بالتأمين العيني إما بنقل ملكيته للغير أو بتحميله بحقوق عينية أصلية أو تبعية يحتج بها على الدائن لاتخاذ

إجراءات نفاذها قبل نفاذ حقه و عندئذ لن يجد الدائن ملاذا من اللجوء إلى الحماية التي يقدمها الالتزام بضمان سلامة الرهن و التي لا تعدو أن تكون ترديدا لأوجه الحماية التي تقدمها القواعد العامة للدائن العادي ، و قد يستغل مقدم التأمين الوقت الفاصل بين إجرائين لا بد من اجتماعهما لجعل التأمين نافذا (كالحيازة و القيد في الرهن الحيازي للعقار ، أو الحيازة و الكتابة في الرهن الحيازي للمنقول) في ابرام تصرفات يمكن أن تضر في حق الدائن المرتهن . أما إذا أصبح التأمين نافذا في حق الغير فإن مقدم الضمان يمكن أن يضر بالدائن من خلال انتزاع بعض المنقولات (العقارات بالتخصيص) و بيعها إلى من يملكها بقاعدة الحيازة في المنقول أو هدم العقار و التصرف فيه باعتباره منقولا بحسب المأل . و لا يخلو حق الضمان غير الحيازي على المنقول المقرر بموجب القانون ١٥١٥ لعام ٢٠١٥ من اخطار يتعرض لها حق الدائن المضمون له ، و التي تتمثل إما في ضياع مرتبة الضمانة في حالة اختلاط المثليات الضامنة مع بعضها ، و عدم وجود كمية منها عند التنفيذ للوفاء بحقوق الدائنين المضمون لهم جميعاً . و إما في ضياع حق التقدم على جميع الامتيازات و الرهون المقررة في القوانين الأخرى التي منحتها إياه المادة ٢٤ من القانون ٢٠١٨/١١٥ في حالة عدم التأشير بالضمان في صحيفة تسجيل العقار عندما يتحول المنقول الضامن إلى عقار بالتخصيص ، و أخيراً فقد يصطدم حق صاحب الضمان على المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول فيؤدي ذلك إلى اسقاط حق الضمان ، و ذلك في حالة تتابع التصرفات الناقلة للملكية الواردة على المنقول الضامن دون تعديل بيانات مقدم الضمان في السجل الإلكتروني ، مما يجعل المشتري معذورا في عدم علمه من وجود ضمان على المنقول فيستفيد من حسن نيته في اكتساب ملكية المنقول خالصة من حق الضمان بمقتضى المادة ٢/٩٧٦ مدني .

النتائج

توصلنا من خلال الدراسة إلى النتائج الآتية :

- ١ - إن حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي قبل نفاذ الرهن في مواجهة الغير تقتضي أن يكون نفاذ الرهن في حق الغير معاصراً لإنشاء الرهن ، و هو ما يقتضي أن يصبح التسجيل ركناً لازماً لإنشاء العقد و كافياً لنفاذه في حق الغير .
- ٢ - إن حماية الدائن المرتهن في الرهن الحيازي للعقار في الفترة قبل نفاذ الرهن في مواجهة الغير تقتضي أن يكون القيد ركناً لازماً لإنشاء العقد ، و إن كان غير كافٍ لوحده لنفاذ الرهن في حق الغير ، لأن في ذلك تحذير للمتعامل على العقار بوجود حق الرهن .
- ٣- إن حماية الدائن المرتهن للمنقول حيازياً في الفترة السابقة على نفاذ الرهن في مواجهة الغير ، تقتضي أن يصبح التسليم ركناً في العقد و هذا لا يتم إلا إذا أعيد الرهن الحيازي للمنقول إلى طبيعته العينية التي كان عليها في ظل التقنين المدني الملغى .
- ٤ - إن حماية الدائن المرتهن للعقار حيازياً في فترة رجوع العقار المرهون إلى الراهن لسبب غير انقضاء الرهن تستوجب تدخل المشرع لتعديل عجز المادة ١١٠٠ من القانون المدني بإضافة عبارة " حسن النية " لتصبح المادة على النحو التالي : (إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون إخلال بحقوق الغير حسن النية) .

٥ - إن حماية الدائن المرتهن في الرهن الحيازي للمنقول في فترة رجوع المنقول المرهون إلى الراهن لسبب غير انقضاء الرهن ، من ترتيب الراهن لحق ضمان غير حيازي بموجب القانون رقم ١١٥ / لعام ٢٠١٥ يعزز ضرورة تعديل المادة ١١٠٠ من القانون المدني بإضافة عبارة " حسن النية " إلى عجزها .

٦ - سمح القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ بإنشاء حق الضمان غير الحيازي على المنقولات المثلية ، و إن كان ذلك وفقاً لما نراه لا يعدو أن يكون رهناً لكميات محددة من المثليات التي تمثل المخزون السلعي للتاجر ، فإذا تعددت حقوق الضمان و لم تتوفر إجمالي الكميات المرهونة وقت التنفيذ اقتسم أصحاب الحقوق ثمن المنقولات قسمة غرام .

٧- ضرورة تدخل المشرع لإيضاح المقصود بتقديم حق الضمان غير الحيازي الوارد على العقار بالتخصيص إذا أشر به في صحيفة العقار ، على الحقوق الأخرى الواقعة على العقار ، و على وجه الخصوص أثر التأشير بحق الضمان على حقوق الغير الذين اكتسبوا على العقار في الفترة الفاصلة بين تخصيص المنقول لخدمة العقار و التأشير بحق الضمان في صحيفة العقار .

٨- ضرورة إعادة صياغة المادة ١٧ من القانون ٢٠١٥/١١٥ باستبدال " مقدم الضمان " و "مقدم الضمان الأصلي " بدلا من " المدين " و المدين الأصلي " بحيث تصبح المادة على النحو التالي : (يجوز " لمقدم الضمان " التصرف في المنقول أو تأجيله بعد سداد الدين المضمون أو بالباقي منه بحسب الأحوال و بعد خصم مقابل تعجيل الوفاء المتفق عليه في عقد الضمان، وذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية. ويجوز " لمقدم الضمان " بيع المنقول أو تأجيله إلى شخص آخر محملاً بحق الضمان ويكون "مقدم الضمان الأصلي" ضامناً للمشتري أو المستأجر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الضمان.)

٩ - ضرورة تدخل المشرع لإضفاء مزيد من القوة الثبوتية لبيانات السجل الإلكتروني العام لحقوق الضمانات المنقولة، بحيث يصبح للقيود الذي يتم فيه حجية مطلقة في مواجهة الغير ، و هو ما يقتضي تقرير التزام على عاتق مقدم الضمان بإخطار الدائن المضمون له بالتغيرات التي تحدث في صاحب المنقول الضامن و تقديم البيانات الخاصة بالمالك الجديد ، و ترتيب التزام تبعية على عاتق الدائن المضمون له بتغيير البيانات المشهورة في السجل المتعلقة بمالك المنقول الضامن (مقدم الضمان) ، تحت طائلة سقوط حق الدائن المضمون له في مواجهة مكتسب الحق على المنقول بحسن نية .

٩ - نرى أن تعدد التشريعات المنظمة للتأمينات العينية بين أحكام واردة في القانون المدني ، وأخرى واردة في قانون السجل العيني و ثالثة أضيفت مؤخراً بمقتضى القانون رقم ١١٥ لعام ٢٠١٥ المتعلقة بتنظيم الضمانات المنقولة و لائحته التنفيذية ، بات يمثل مصدراً لصعوبات عديدة في تتبع أحكام هذه التأمينات و التوفيق بينها . و لذلك نقترح على المشرع أن يتدخل لإدماج هذه النصوص ضمن الباب المخصص للحقوق العينية التبعية في القانون المدني ، مع ادخال ما يقتضيه هذا الأمر من توفيق بين الاحكام و توحيد للمصطلحات و إعادة هيكلة التأمينات العينية بما يتسع لإدخال الضمانات المنقولة ضمن منظومة هذه التأمينات .

المراجع

- توفيق حسن فرج - التأمينات الشخصية و العينية -مؤسسة الثقافة الجامعية .
- ثامر جاسم محمد - آثار الرهن التأميني فيما بين لراهن و المرتهن -مجلة كلية المأمون - العدد ٣٤ - سنة ٢٠١٩
- جابر محجوب علي محجوب - عبد الله عبد الكريم عبد الله - طارق جمعة السيد راشد - دار نشر جامعة قطر - ٢٠٢٢ .
- جابر محجوب علي و فايز الكندري - التأمينات العينية في القانون الكويتي - ٢٠٠٤ .
- جابر محجوب علي - تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية في شأن مدى سلطة الراهن (المقترض) في التصرف في العقار المرهون ضمانا لقرض الرعاية السكنية (الطعن بالتميز رقم ٢٠٠٢/٧٠ مدني - جلسة ٢٠/٥/٢٠٠٢) - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - مج ٣٠ - عدد ٤ - ٢٠٠٦
- حسام الدين كامل الأهواني - الرهن الالكتروني للعقار بالتخصيص : دراسة في قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ -مجلة القانون و التكنولوجيا - مج ١ - عدد ١ - ٢٠٢١ .
- حسن كيرة - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف - ١٩٧١ .
- حمدي عبد الرحمن احمد - الحقوق العينية التبعية - ٢٠٢٠ .
- خالد ثامر - حماية الدائن من خلال الرهن الرسمي الاتفاقي -مجلة ضياء للدراسات القانونية - مجلد ١ - عدد ١ - سنة ٢٠١٩ .
- شمس الدين الوكيل - نظرية التأمينات في القانون المدني - ط٢ - ١٩٥٩ .
- عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١٠ - دار احياء التراث العربي .
- فاطمة جلال عبد الله - دراسة تحليلية لإشكاليات حق الضمان وفقا للقانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - المجلة القانونية - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - فرع الخرطوم - مجلد ١١ - العدد ٦ - ٢٠٢٢
- محمد أحمد المعداوي عبد ربه - الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية.
- محمد حسين منصور - النظرية العامة للاتئمان - منشأة المعارف - ٢٠٠٥ .
- محمد طه البشير و غني حسون طه - الحقوق العينية التبعية .
- محمد عبد الظاهر حسين - التأمينات العينية - ٢٠٠٢ .
- محمد وحيد الدين سوار - الحقوق العينية التبعية - مكتبة دار الثقافة .
- محمد يونس الفشني - رهن المنقول دون حيازة في ضوء قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ - مجلة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية - العدد ٢ - ٢٠١٨ .

- مروة محمد عبد الغني – خصوصية الحماية المقررة لدائن المرتهن في مواجهة الغير بمقتضى قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ – مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية – جامعة الإسكندرية – كلية الحقوق- عدد ١ – ٢٠١٨ .
- مصطفى مجيد – شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ - ج ٣ .
- معوض عبد التواب- المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني – ٢٠٠٤ – المجلد العاشر.
- منى بوقربة – الحماية القانونية للدائن المرتهن في الرهن العقاري –مجلة بحوث و دراسات قانونية – العدد ١٣ – ٢٠١٧ .
- نبيل إبراهيم سعد – التأمينات العينية و الشخصية –دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٧ .
- البوابة القانونية للتشريعات المصرية على الرابط <https://elpai.idsc.gov.eg/Judgemen>

