

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

سوف أتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم الرهن الحيازي العقاري، وبذلك خصصت له (مبحث أول)، أما (المبحث الثاني) سيكون بعنوان الشروط الموضوعية والشكلية لإنشاء الرهن الحيازي العقاري والتفصيل فيما سيأتي:

المبحث الأول: مفهوم الرهن الحيازي العقاري

لبيان مفهوم الرهن الحيازي العقاري يتعين عليا أن أستعرض هذا المفهوم في، تعريف الرهن الحيازي العقاري وخصائصه (مطلب أول)، وتمييز عقد الرهن الحيازي العقاري على غيره من العقود (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف الرهن الحيازي العقاري وخصائصه

سنتناول في هذا المطلب تعريف الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري وبعض التشريعات الأخرى، وفقهاء القانون (فرع أول)، وخصائص الرهن الحيازي العقاري (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري وبعض التشريعات الأخرى وفقهاء القانون

أولاً: تعريف الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري وبعض القوانين الأخرى

يعتبر الرهن الحيازي عقدا يبرم لضمان الدين العالق في ذمة المدين بصفته راهنا وكفيلا عينيا وهذا طبقا لنص المادة 948 ق. م. ج التي عرفت الرهن الحيازي بقولها: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الدائن حقا عينيا، يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة، في أن يتقاضى حقه من ثمنه".¹

عرف المشرع المصري الرهن الحيازي في مادته 1096 م. م " بأنه عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه 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".²

ويستفاد من هذا النص ما يلي:

عبر المشرع على الرهن الحيازي بالحق العيني التبعية وذلك لأنه ضامن للدين وذلك لاستيفاء الدائن حقه، وللدلالة على العقد كمصدر للرهن.

وعرف القانون المدني العراقي الرهن الحيازي في المادة 1321 م. ع "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد العدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا أو بعضا، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة، في أي يد كان هذا المال".³

يفهم من نص هذه المادة، أن المشرع منح حق الحبس والتقدم والتتبع للدائن المرتهن، وذلك من أجل استيفاء حقه من المال المرهون.

¹ - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

² - القانون المدني المصري، صادر بموجب القانون رقم 131، المؤرخ في 29- 07- 1948.

³ - القانون المدني العراقي، صادر في 04- 06- 1951.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

وذهب القانون المدني الأردني في المادة 1372 منه على أن: "الرهن الحيازي هو احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل، ضمانا لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين".¹

اما القانون المدني الفرنسي، فقد عرف الرهن الحيازي في المادة 2071 بأنه: "عقد يستلم به مدين شيئا لدائن ضمانا للدين".

نستخلص من النصوص السالفة الذكر ما يلي: ما مدى تأثير القانون المدني الجزائري بالقانون الفرنسي والقانون المصري في أحدث ما توصلا اليه حول موضوع الرهن الحيازي.

- ان النصوص القانونية تناولت الرهن الحيازي، على أساس أنه عقد وأهملت الحق الذي يتولد منه.²

ثانيا: الرهن الحيازي عند بعض فقهاء القانون

عرف الفقيه المصري شمس الدين الوكيل الرهن الحيازي العقاري بأنه: (نظام قانوني يكفل للدائن بمقتضى عقد أبرمه مع الراهن، ان يحبس المال المرهون، في أي يد يكون).³

كما عرفه حسين عبد اللطيف حمدان الفقيه اللبناني: (بأنه حق عيني اتفاقي يترتب بموجب عقد على منقول، أو عقار يضعه الراهن في يد الدائن المرتهن، أو في يد شخص اخر يتفق عليه المتعاقدان ضمانا لدين على الراهن أو على غيره

¹ - نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - التأمينات العينية والشخصية، ط 3، ج 10، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 1998، ص. 739.

² - مصطفى راتب حسن، نفاذ الرهن وأثاره دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2005، ص. 18.

³ - شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1966، ص. 38.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ويحق للدائن بمقتضاه أن يحبس المرهون لحين استيفاء الدين، وإن يتقدم على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمنه في أي يد يكون).¹

وأما في العراق فقد عرف يوسف بيان حمود رجب الرهن الحيازي بأنه: (حق عيني تبقي يقرره المدين أو كفيله العيني، على حق مملوك له ويلتزم بتسليم محله للدائن، أو العدل لضمان الوفاء بدينه من المقابل المالي لمحل هذا الحق عند تعذر وفائه من غيره).

وحوصلة لما تقدم فإن الرهن الحيازي العقاري يعرف على أنه حق عيني تبقي ينشأ بمقتضى عقد فيقدم المدين الراهن مالا معيناً إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان لضمان الوفاء بحق الدائن، وبموجب ذلك يمكن للدائن المرتهن أن يستوفي حقه في القيمة المالية لمحل هذا الحق عند تعذر وفائه.

الفرع الثاني: خصائص الرهن الحيازي العقاري

من خلال التعريفات و التعابير السالفة الذكر، نستخلص الخصائص الجوهرية للرهن الحيازي العقاري والسمات المميزة له، والتي سيكون تفصيلها في النقاط التالية:

أولاً: خصائص الرهن الحيازي العقاري باعتباره حقاً: يتميز الرهن الحيازي العقاري باعتباره حقاً بالخصائص التالية:

1- الرهن الحيازي حق عيني:

يخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق، لأن الرهن الحيازي يعتبر من عقود الضمان، كما أن للدائن المرتهن الأولوية في ثمن بيع

¹ - حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، س. ن 1998، ص. 61.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

العقار المرهون وصلاحيه تتبعه في أي يد يكون، فهو في هذه الحالة يتفق مع الرهن الرسمي.¹

2- الرهن الحيازي حق تبعية:

فهو يستلزم وجود التزام أصلي يضمه، شأنه في ذلك شأن الكفالة ، و الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، وهذا الالتزام الاصلي اذا كان باطلا أو قابلا للإبطال فبذلك يتبعه الرهن الحيازي في الوجود أو العدم.²

3- الرهن الحيازي حق غير قابل للتجزئة:

تنص المادة 892 من القانون المدني على أنه: "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، مالم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك".³

مثال: اذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي جزئيين متساويين و كان الشيء المرهون عقار متساوي القيمة، كان كل جزء من الدين مضمون بكل الرهن، وكان كل جزء من الرهن ضامنا لكل الدين.

فلو قسم الدين المضمون الى جزئين متساويين، وحول كل جزء منهما الى شخص، لم يجزئ لأي شخص من الشخصين المحال لهما أن يدفع نصف الدين

¹ - سي يوسف زاهية، عقد الرهن، ط 1، دار الأمل للنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2006، ص. 11.

² - أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية- التأمينات العينية في القانون المدني، منشأة المعارف، س 2003، ص. 302.

³ - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، (ج. ر.ع. 78 المؤرخة في 30- 09- 1975)، معدل ومتمم.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ليخلص جزؤه، بل هذا الاخير مضمون بكل الرهن لا بنصفه فقط ومالم يدفع كل الدين وبقي منه نصفه مثلاً، فإن الرهن كله يبقى ضامناً لهذا النصف الذي لم يدفع.

وهكذا يصدق القول بأن كل جزء من الدين مضمون بكل الرهن، وبأن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين، وهذا هو المعنى المقصود من القول بأن الرهن الحيازي حق غير قابل للتجزئة، وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن لا من مستلزماته فيجوز الاتفاق على عكس ذلك وعلى ان بعض الرهون يتخلص بوفاء بعض الدين.¹

4- الرهن الحيازي حق يرد على منقول أو عقار:

هذه الخاصية ينفرد بها الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي، وعليه يجوز أن يكون محل الرهن الحيازي عقاراً، أو منقولاً، وفي حينها لا يكون ضرورياً سريان الرهن الحيازي عن طريق عملية القيد في مواجهة الغير، إلا اذا وقع على عقار وهذا ما جاء في نص المادة 966 ق. م التي تنص "يشترط في نفاذ الرهن العقاري في حق الغير، الى جانب تسليم الملك للدائن أن يقيد عقد الرهن، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بعقد الرهن الرسمي".²

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 580.

² - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، (الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30- 09- 1975)، معدل ومتمم.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ثانيا: خصائص الرهن الحيازي باعتباره عقدا

يتميز الرهن الحيازي العقاري بوصفه عقدا بالخصائص التالية:

1 - الرهن الحيازي عقد رضائي:

التراضي في الرهن الحيازي لازم وكافي لإبرامه، ويتم بمجرد الإيجاب والقبول ولا تشترط فيه الرسمية فيتم بعقد عرفي، ويتم استهلاك الدين عن طريق الزام الدائن باستغلال الشيء، وأصبح التسليم التزاما بعدما كان ركنا من اركان العقد في ظل القانون القديم ولا يستلزم الحيازة الا لنفاذه في حق الغير، ومن تم يكون للمرتهن الحق في التنفيذ على الشيء المرهون تحت يد الراهن وإنما لا يكون له ان يتقدم او ينتبج.¹

2 - الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين:

ينعقد الرهن الحيازي بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، ولا ضرورة لتسليم العقار المرهون إذ التسليم يعتبر التزام لا ركن.²

وهذا الرهن يولد التزامات متبادلة في ذمة طرفي التعاقد، فهو يشغل ذمة الراهن بالتزامات، كالتزام بتسليم العقار المرهون ونقل حيازته للدائن المرتهن، أما الالتزام الذي يقع على عاتق هذا الاخير، هو المحافظة وبدل عناية الرجل العادي في الحفاظ عليه وصيانته واستثماره، وثم في الاخير رده في حالة انقضاء الرهن بالوفاء.³

¹ - أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج 6، ص. 799.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 742.

³ - هوام علاوه، الرهن الحيازي في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير تخصص شريعة وقانون، السنة الجامعية، 2007-2008، ص. 25.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

3- الرهن الحيازي هو عقد ضمان:

ان الرهن الحيازي يعتبر من عقود الضمان، هذا لأنه وجد لضمان استيفاء الدائن المرتهن لحقه من دخل العقار المرهون.¹

المطلب الثاني: تمييز الرهن الحيازي عن غيره من العقود

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى أهم عقدين من العقود التي تختلف عن الرهن الحيازي، ألا وهما عقد الرهن الرسمي، وعقد الرهن الحيازي على منقول سأتي على تفصيلهما تباعا في الفروع التالية:

الفرع الأول: الرهن الحيازي والرهن الرسمي

أولاً: الاختلاف:

يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي فيما يأتي:

1 - من حيث العقد:

الرهن الحيازي عقد رضائي ينعقد بتطابق الارادتين، فلا تشترط فيه الرسمية، أما الرهن الرسمي فيشترط فيه الرسمية وعليه لا ينعقد بعقد عرفي.

2 - من حيث المحل:

يرد الرهن الحيازي على العقار، كما يرد على منقول، وان كان محل الرهن عقارا فيشترط القيد لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير، وبالنسبة للرهن الرسمي فمحلّه عقار دون المنقول، لدى يعد القيد ضروريا ليكون الرهن نافدا في حق الغير.

¹ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص. 305.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

3 - من حيث المضمون:

في الرهن الحيازي يخول حبس الشيء المرهون منقولاً أو عقاراً حتى يستوفي الدائن دينه، أما بخصوص الرهن الرسمي إذ حل أجل الدين فعلى الدائن أن ينفذ على العقار المرهون رهناً رسمياً، متقدماً ومتتبعا.

4 - من حيث الحياة

في الرهن الحيازي يترتب التزام على عاتق الراهن وهو تسليم الشيء المرهون للدائن يحافظ عليه ويديره ادارة حسنة، أما الرهن الرسمي فتبقى حياة العقار للراهن ولا تنتقل الى أحد.¹

ثانياً: الاشتراك

يشترك الرهن الحيازي و الرهن الرسمي في:

1 - كلا من الرهن الرسمي والرهن الحيازي من التأمينات الاتفاقية التي تنشأ عن طريق العقد.²

2 - كل من الرهن الرسمي والرهن الحيازي يعتبران حقوق عينية، اي السلطة المباشرة على مال معين.

3 - كلا من الرهن الرسمي والرهن الحيازي حقوقاً تبعية، فهي تتبع الحق المضمون وجوداً وعدماً.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 581 - 582.

² - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص. 199.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

4 - الرهن الرسمي والرهن الحيازي من الرهون الغير قابلة للتجزئة، فعليه تبقى سلطة الدائن المرتهن على المال المرهون كله حتى يستوفي الدين المضمون بالرهن.¹

الفرع الثاني: التمييز بين الرهن الحيازي على عقار والرهن الحيازي على منقول

أولاً: الاشتراك:

أ - بالنسبة للتتبع فإن أحكام التتبع بالنسبة للعقار نفسها في المنقول لأنها دائماً تخضع لفكرة الحيازة.

ب - بالنسبة لشرط توافر الحيازة الظاهرة المستمرة للمرتهن، لنفاذ الرهن الحيازي سواء في المنقول أو في العقار.

ثانياً: الاختلاف:

أ - من حيث انتقال الحيازة:

نقل الحيازة في العقار ليس ضرورياً وأن يبقى العقار في حيازة الراهن بصفة مستأجر. أما بالنسبة للمنقول فلا بد أن تنتقل الحيازة بصورة حقيقية و فعلية لان الحيازة هي اساس الاعتراف بالحقوق الواردة عليه.

بالنسبة للعقار فيجوز ان يعود إلى حيازة المرتهن بصفة مستأجر مثلاً بشرط التأشير بذلك في هامش القيد. أما المنقول إذا عاد إلى حيازة المرتهن بصفة مؤقتة و هذا عند الضرورة لإصلاحه ، فلا يؤدي هذا إلى انقضاء الرهن.

¹ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص.303.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ب - بالنسبة لحق الحبس:

لا يستطيع الدائن المرتهن في المنقول أن يحتج بحقه في الرهن أو الحبس إلا إذا كان حسن النية، أما بالنسبة للعقار فلا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه في الحبس أو مواجهة دائن آخر إلا عن طريق الشهر.

ج - من حيث المرتبة:

تتحدد مرتبة الدائن في الأفضلية من وقت القيد وهذا بالنسبة للعقار، أما بالنسبة للمنقول فتتحدد مرتبته من وقت إثبات تاريخ العقد.

د - من حيث فقدان الحيازة:

إذا فقد الدائن المرتهن حيازة المنقول المرهون الذي انتقلت حيازته إلى شخص آخر حسن النية، ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يحتج بحقه في مواجهة الحائز الجديد ولم يعد حقه نافذا في مواجهة الغير.

أما إذا كان الشيء المرهون عقارا وفقد الدائن المرتهن حيازته فلا يستطيع التمسك بعد ذلك بحقه في الرهن في مواجهة الغير، ويصبح مجرد دائن عادي حتى ولو كان حقه قد قيد.

ج - من حيث نفاذ الرهن في مواجهة الغير:

إذا كان الرهن نافذا في مواجهة الغير فإن اقتضاء الدائن المرتهن حقه بالتنفيذ على الشيء المرهون، حيث تختلف إجراءات العقار عن إجراءات المنقول.

فبالنسبة للعقار يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ المقررة في قانون الإجراءات المدنية وكذلك القواعد المقررة في الرهن الرسمي، سواء باشر هذه الإجراءات دائن عادي أو

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

دائن مرتهن رهن رسمي أو حيازي، أما بالنسبة للمنقول فإن إجراءات التنفيذ كقاعدة عامة كإجراءات الحجز على منقول.

المبحث الثاني: شروط انشاء الرهن الحيازي العقاري ونفاذه

سوف أتناول في هذا المبحث الشروط الواجب توافرها في الرهن الحيازي العقاري ليتم إنشائه، ويكون نافذا في مواجهة الغير وهذا سيكون ضمن المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الشروط الشكلية والموضوعية لا نشاء الرهن الحيازي العقاري

تتقسم الأركان في عقد الرهن على غرار العقود الأخرى الى قسمين، الجانب الشكلي في العقود إذ يعطي للعقد شكلا خاصا يميزه عن باقي العقود الأخرى (الفرع الأول)، و الجانب الموضوعي في العقد إذ يتكون من محل، وسبب، ورضا وهذا يكون ضمن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجانب الشكلي لا نشاء الرهن الحيازي العقاري

يتمثل الجانب الشكلي في عقد الرهن، في كتابة عقد الرهن ضمن وثيقة رسمية لدى جهات معينة يحددها القانون، فإذا ما أفرغت ارادة الطرفين ضمن ورقة رسمية، تقررت اثاره في حق كل من الدائن و المدين وبالنسبة للغير.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ومن خلال نص المادة 833 ق . م . ج أنه "لا ينعقد الرهن الا بعقد رسمي أو حكم، أو مقتضى القانون و تكون مصاريف العقد على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك".¹

وحتى يتم الرهن الحيازي العقاري جميع أركانه، يجب ا فراغ ارادة الطرفين في شكل معين طبقا لأوضاع و رسوم معينة قررهما القانون.

لقد اشترط المشرع الرسمية في عقد الرهن حماية منه للراهن عن طريق اشعاره بخطورة العقد الذي يرتب على عقاره حقوقا لمصلحة المرتهن، تهدد ملكيته بالزوال اذا تأخر في وفاء ما عليه، مع العلم ان وقت ابرام العقد لا يجرد الراهن من ملكية ذلك العقار ولا حتى من حيازته، وعلى ذلك يلزم افراغ العقد في شكل رسمي.²

والرسمية في عقد الرهن تقررت لمصلحة الراهن والمرتهن ولمصلحة الائتمان، ذاته، أما الرسمية التي تقررت لمصلحة الراهن فسبب ذلك ان الراهن يحتفظ بملكية العقار المرهون وحيازته معا، وهذا ظنا منه انه سيتخلص من الرهن قريبا، وتطول المدة ولا يتخلص منه وما يجد نفسه الا وملكية عقاره قد انتزعت منه، لذلك يجب أن يفرغ عقد الرهن في قالب رسمي حتى يتمكن الراهن من ادراك عاقبة ما هو مقبل عليه، فلا يقدم الا بعد تدبر وحيلة منه.

أما كون الرسمية قد تقررت كذلك لمصلحة المرتهن، ويتجلى ذلك حين يجد نفسه في حاجة الى التثبت من أصل ملكية الراهن ومن اهليته للتعاقد، فالتجاءه الى

¹ - الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

² - سليمان مرقس، التأمينات العينية في القانون المدني الجديد، ط 1، دار الأمل للنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2006 ج4، ص. 146.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

الرسمية تجعله في مأمن من ذلك، والرسمية تضع في يد الدائن سنداً قابلاً للتنفيذ، فلا يحتاج إلى حكم جديد.¹

كما جعلت الرسمية كذلك لمصلحة الائتمان ذاته، وذلك فإنه من الضروري كتابة العقد كتابة صحيحة ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان العقد رسمياً، أي يكتب من طرف مختص مطلع على جميع الوثائق وكذا الشيء المرهون.²

الفرع الثاني: الجانب الموضوعي لإنشاء الرهن الحيازي العقاري

إلى جانب الشروط الشكلية السالفة الذكر، توجد شروط موضوعية لا بد من توافرها لإنشاء الرهن الحيازي، والشروط الموضوعية نوعان منها العامة ومنها الخاصة.

ويقصد بالشروط الموضوعية العامة، الشروط الواجب توافرها في سائر العقود وهي الرضا والأهلية، أما الشروط الموضوعية الخاصة فهي الشروط الواجب توافرها في المحل وهو العقار المرهون، وكذلك الشروط الواجب توافرها في السبب وهو الدين المضمون.³

وتبعاً لذلك قسمت هذا الفرع إلى، الشروط الموضوعية العامة (أولاً)، و الشروط الموضوعية الخاصة (ثانياً).

¹ - عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير شريعة وقانون - السنة الجامعية، 2005-2006 ص. 78.

² - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص. 280-281.

³ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 38.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

أولاً: الشروط الموضوعية العامة

سأتطرق الى شرح كل من رضا المتعاقدين، ومن ثم الأهلية والولاية.

1 - التراضي في عقد الرهن الحيازي

بمجرد أن يتبادل الأطراف العقد وهما الراهن و المرتهن التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة الشكلية المطلوبة، ينعقد عقد الرهن الحيازي إذا كان من طرفي الاتفاق اهلا لإبرامه، وكانت ارادته غير مشوبة بعيب.

قد يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا يرهن عقاره لدين في ذمة الغير، وهو ما يعرف بالكفيل العيني.¹

وقد أجاز المشرع ذلك في المادة 1/848 ق . م . ج والتي تنص على ما يلي:
"يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين".

سواء أكان الرهن صادر من المدين نفسه أو من الكفيل العيني فإنه بتطابق ارادتي المتعاقدين يتحقق الرضا (م 59 ق . م)، وبالتالي ينعقد العقد.

والارادة التي قصدها المشرع الجزائري، هي الارادة الخالية من العيوب وقد تناول المشرع الجزائري هذه العيوب في المواد من 81 إلى 91 من ق . م، كما أن التعبير عن الارادة قد تصدر من طرفي العقد أو ممن ينوب عنهما اتفاقا.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص. 42.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

2 - الأهلية و الولاية بالنسبة للطرفين

سنتعرف أولا على أهلية المدين الراهن، ومن ثم إلى ولايته وذلك سيكون في النقاط التالية:

أ- الأهلية بالنسبة للمدين الراهن

يكون الراهن في العادة هو المدين نفسه، لكن لا مانع من أن يكون الراهن شخصا آخر يرهن مالا من أمواله ضمانا لدين هذا المدين وهذا ما يعرف بالكفيل العيني، وعليه يجب أن تتوفر في الراهن أهلية التصرف لأن الرهن يعتبر عملا دائرا بين النفع والضرر أي عمل من أعمال التصرف، ومنه وجب أن يكون الشخص بالغاً سن الرشد، أما إذا أبرم الشخص العقد وهو قاصر أو ناقص الأهلية كان الرهن قابل للإبطال بطلب منه أو من ينوبه.¹

وحق الإبطال مقرر لمصلحة الراهن فلا يحق للمرتهن التمسك به، إلا أنه يمكن لدائن المدين الراهن التمسك بالبطلان النسبي عن طريق دعوى غير مباشرة، وليس للقاصر المأذون له بالإدارة أن يرهن لأنه لا يسمح له إلا بأعمال الإدارة، أما القاصر الذي سمح له بالتجارة فإن الرهن الصادر عنه يعتبر صحيحاً وناظراً.²

ب- الولاية بالنسبة للمدين الراهن:

لا يستطيع الراهن أن يلتزم شخصياً بإنشاء الرهن بسبب مانع مادي أو قانوني، فحينها يتولى الغير مكانه ومع ذلك يعتبر الرهن صادر من المدين لا من الغير، رغم أن هذا الغير هو الذي حل محله في إنشاء الرهن، وهذا الشخص متمثل في الولي

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 882.

² - العربي بن قسيمة، نظام الرهن الحيازي الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق، السنة الجامعية 2000-2001، ص. 26.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

الذي تكون له ولاية التصرف، كما أن مصدر هذه السلطة قد يكون المدين نفسه، وعليه نكون بصدد وكالة رسمية ومن هذا الصدد نجد أن المادة 87 ق . أ . ج، نص على أن السلطة تكون للأب وفي حالة وفاته تحل محله الأم ويكون الولي هو المسؤول عن كل تصرف قام به في أموال القاصر ومقيدا بالحصول على إذن من المحكمة وهذا ما أكدته المادة 88 ق . أ . ج والتي تنص على ما يلي: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- بيع العقار وقسمته، ورهنه....."¹.

وفي حالة عدم وجود ولي ولا وصي للقيام بهذه التصرفات القانونية محل ناقص الأهلية أو فاقدها، فإن المحكمة تعين مقدما على ذلك.

ج - الأهلية بالنسبة للكفيل العيني:

ينعقد الرهن الحيازي بين الدائن المرتهن والمدين الراهن الذي هو الكفيل العيني وإلى جانبهما يوجد المدين، وهذا الأخير ليس طرفا في عقد الرهن لأنه يعتبر أجنبي عن الرهن الحيازي وقد ثبت في ذمته الدين الأصلي الذي يضمه العقار المرهون.

وتختلف أهلية الكفيل العيني باختلاف نوعية التصرف الذي يقوم به، فان كان بمقابل فلا يطلب منه الا التمتع بأهلية التصرف، أما إذا كانت كفالته فيجب أن يكون للمدين أهلية التبرع، لأن هذه التصرفات تعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا.²

¹ - الأمر رقم 84 - 11 الصادر في 09 جوان 1984 متضمن قانون الأسرة.

² - حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص.149.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

د - الولاية بالنسبة للكفيل العيني:

تقضي القاعدة العامة أنه لا يستطيع أقارب القاصر رهن عقاراته دون مقابل مهما كانت درجة قرابتهم له، وعليه فإنه لا يحق للولي والوصي أو القيم أن يقوم بإنشاء رهن على عقارات القاصر، وهذا لضمان التزام في ذمة الغير.

وفي حالة قيامهم بذلك التصرف يعتبر الرهن باطلا، لأن أي تصرف قام به كل من ينوب القاصر في إنشاء الرهن على عقاراته لضمان دين في ذمة الغير يعتبر عمله من أعمال التبرع.¹

هـ - أهلية الدائن المرتهن:

لا تختلف أهلية الدائن المرتهن عن الأهلية المطلوبة في الراهن، ذلك لأن الرهن الحيازي العقاري يرتب على المرتهن المحافظة على العقار وصيانته وإدارته إدارة حسنة واستثماره وخصم الدين المضمون بالدين من تلك الغلة، وهذا طبقا لنصوص المواد 955، 956، 958 ق . م .

ويفترض فيه أن يكون أهلا للتصرف أي بالغ سن الرشد غير محجور عليه، لأن الرهن الحيازي فيه هو استيفاء الدين.²

والرهن الحيازي العقاري بالنسبة للدائن المرتهن عقد دائر بين النفع والضرر، وإذا كان الدائن المرتهن ناقص الأهلية كالصبي المميز فإن الرهن قابل للإبطال بناء على طلبه بعد بلوغه سن الرشد أو طلب من ينوبه.

¹ - زليخة لحميم، إنشاء الرهن الرسمي وانقضاؤه في القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل الماجستير في العقود والمسؤولية، س. ن 1995، ص. 95.

² - حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص. 154.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

أما إذا كان الدائن المرتهن عديم الأهلية كالمجنون والمعتوه والصبي الغير مميز، فإن الرهن في هذه الحالة يكون باطلا بطلانا مطلقا.

و- الولاية بالنسبة للدائن المرتهن:

سبق وأن أشرنا إلى النيابة في التعاقد قد تكون اتفاقية وقد تكون قانونية، وعليه نكون بصدد ولاية أو وصاية.

وإذا أخذنا بالقول القائل بأن كمال الأهلية مطلوب في الرهن فإنه في هذه الحالة لا بد أن تكون الوكالة خاصة أي الشكل الرسمي، وإذا اعتبرنا أن سن التمييز يكفي ففي هذه الحالة يمكن أن تكون النيابة عامة.

وفي حالة ما إذا كان الدائن قاصرا أو محجور عليه فإن الولي أو الوصي أو القيم يمكن أن يرتهن باسم من هو تحت ولايته أو وصايته أو قوامته، دون أن يكون في حاجة إلى إذن مسبق من المحكمة.¹

ثانيا: الشروط الموضوعية الخاصة

1- العقار المرهون:

العقار هو محل الرهن الحيازي وتتص المادة 949 من القانون المدني الجزائري "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول أو عقار".²

¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.34.

² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

أقتصر المشرع في نص هذه المادة على ذكر شرط واحد، وهو أن يكون الشيء المرهون مما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني والتفصيل فيما يأتي:

أ - يجب أن يكون العقار قابلا للبيع مما يصح التعامل فيه:

يقصد من خلال هذا الشرط ألا يكون العقار خارجا من دائرة التعامل بحكم القانون وهذا طبقا لنص المادة 682 ق . م، وعليه لا يمكن رهن العقارات المملوكة للدولة لأنها ممنوعة من التصرف، والحكمة من هذا الشرط كون العقار قابلا للبيع بالمزاد العلني وهذا لمصلحة الدائن المرتهن لكي يستطيع في حال عدم الوفاء بالدين في بيع العقار المرهون واستيفاء دينه من ثمنه.¹

وفي حال ما إذا كان العقار المرهون لا يمكن التعامل فيه وعليه يتعذر التنفيذ عليه وبيعه بالمزاد العلني فتتعطل بذلك الغاية من الرهن، وعليه لا يجوز إنشاء الرهن على العقارات التي لا تقبل البيع مثل التي تابعة للدولة، والأملاك الوقفية.

ولما كانت قابلية العقار المرهون للبيع بالمزاد العلني شرط في المال المرهون، فإن إنشاء الرهن على العقارات بالتخصيص غير جائز وذلك برهنها مستقلة عن العقار الذي خصصت له.²

ب- يجب أن يكون العقار معينا تعيينا كافيا:

تنص المادة 1/886 ق. م ما يلي: ".....وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته، أو في عقد رسمي لاحق وإن كان الرهن باطلا".

¹ - حسن عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص. 156.

² - كليل صفية، الرهن الحيازي الوارد على عقار في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، مديرية التبرصات، دفعة 14، السنة الجامعية 2007-2008، ص.19.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

وقد وضع المشرع هذا الشرط ليشمل ناحيتي الموقع والطبيعة مثلاً: كأرض زراعية مساحتها كذا، يحدها كذا شرق، وكذا غرب.....، أو منزل به خمس غرف وحديقة مع تعيين الشارع الذي يقع به.¹

وقد قصد المشرع بهذا الشرط، أنه لا يجوز رهن المالك لجميع ما يملك من العقارات، أو جميع عقاراته الموجودة في جهة كذا، ويجب تحديد العقار المرهون تحديداً كافياً ودقيقاً من حيث طبيعته، كأرض أو منزل أو شقة، ويجب ذكر حدود هذا العقار ومساحة رقعته وما يحمله من ميزات، كذلك يلزم تحديد موقعه فتذكر الجهة التي يوجد فيها العقار وما يحيط به من جيران، وعقارات أخرى بحيث لا يلتبس بالغير من العقارات المجاورة.

ويشمل رهن العقارات رهناً حيازياً، ملحقاته وثماره أيضاً وهذا استناداً إلى أن تسليم الشيء المرهون تسري عليه أحكام تسليم الشيء المبيع وهذا طبقاً لنص المادة 2/951 ق. م. ج، ويأخذ على المشرع الجزائري على عدم النص عليها في أحكام الرهن الحيازي بالإحالة على نص المادة 887 ق. م. ج المتعلق بالرهن الرسمي والتي تنص على: "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والانشاءات التي تعود على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 997". ولا يمنع من تطبيقها على الرهن الحيازي العقاري، والملحقات التابعة للعقار المرهون تكون مرهونة مثله وهي:

¹ - زليخة لحميم، المرجع السابق، ص. 112.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ب - 1 - حقوق الارتفاق: حقوق الارتفاق هي حقوق مقررة لخدمة العقار المرهون، سواء قررت هذه الحقوق عند انشاء الرهن أو بعده وهي تعد في الأصل من ملحقات العقار المرهون.¹

ب - 2 - العقارات بالتخصيص: يقصد بالعقارات بالتخصيص، هو ذلك المنقول الذي يملكه مالك العقار، ولكن رصد لخدمة العقار، وهو يلزم العقار وجودا وعدما، ويتبعه بيعا ورهنا ولا يجوز فصله عن العقار كالماشية، والآلات الزراعية.

ب - 3 - التحسينات والإنشاءات: وهي مجموعة إضافات يقوم بها صاحب العقار بنفسه كتوزيع غرف المنزل، وتوفير حديقة له.

ويشمل الرهن جميع التحسينات والإنشاءات التي ترد على عقار سواء عند نشوء الرهن أو بعده، وسواء كانت حاصلة بفعل الرهن ذاته أم بفعل الحائز.²

ب - 4 - الثمار: أما فيما يتعلق بالثمار فإن الدائن المرتهن رهن حيازة للعقار يستلم العقار المرهون ويستولي عليه و على ثماره، وهذا الأخير إما أن يكون مستحدثا بفعل الانسان كالمحصولات، الزراعية وغيرها، وإما أن تكون طبيعية كنتاج الحيوانات، وتدخل هذه الثمار ضمن ما قبضه المرتهن رهن حيازة ويحاسب الراهن عليها.

وتلحق هذه الثمار بمجرد تسليم العقار للدائن أو العدل فيكون له قانونا أو يحبسها ويستوفي الدائن حقه منها، وفي هذا يختلف الرهن الحيازي العقاري عن الرهن

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 895.

² - خليل صفية، المرجع السابق، ص. 21.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

الرسمي الذي لا تلحق فيه الثمار العقار المرهون به إلا من وقت تسجيل التنبيه بنزع الملكية.¹

3 - شرط ملكية الراهن للعقار المرهون:

يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون، لأنه برهنه لهذا العقار يتصرف فيه ولو تصرفا جزئيا، ويجب على الذي يتصرف في عقار مالكه له إلا كان مفوضا في رهنه وإذا لم يكن المالك كامل الأهلية عند رهنه لعقاره جاز لوليه أو لوصيه أو للقيم أن يرهن العقار بالشروط التي رسمها القانون.

أ - رهن ملك الغير:

إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا ما أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، كما يقع رهن الملك المستقبل باطلا طالما وقع الرهن على عقار لم يعين بالذات.

ب - رهن المشتري للعقار قبل تسجيله:

فإن رهن المشتري العقار قبل التسجيل، فإن الرهن يعتبر صادر من غير المالك، وإذا أقر مالك العقار (البائع) له قبل تسجيل البيع، ذلك الرهن ينقلب عقد الرهن صحيحا.

ج - رهن العقار الشائع:

إذا كان هناك عقار شائع فيمكن أن يرهنه جميع الشركاء، ويكون الرهن نافذا في حق الجميع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان القسمة، كما يمكن أيضا أن يرهن العقار الشائع أحد الشركاء وهذا طبقا لنص

¹ - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص. 195.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

المادة 1/714 من القانون المدني تنص على: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"¹، ويتطلب مني هذا الموضوع البحث في الأمور التالية:

ج - 1 - رهن جميع الشركاء للعقار الشائع: إذا وقع الرهن من جميع الشركاء في العقار على الشيوع فإنه يكون نافذا قبل القسمة، كونه صدر من الشركاء والمالكين العقار على الشيوع، فإذا باع هؤلاء العقار الشائع بعد رهنه فإنه ينتقل إلى المشتري مثقلا بالرهن ويتتبع الدائن العقار الشائع في يد المشتري، وهو حائز للعقار.

وإذا بقي العقار الشائع في ملكية الشركاء وأراد أحد دائني الشريك منهم التنفيذ عليه، فإن الدائن المرتهن يتقدم على هذا الدائن العادي لأنه دائن مرتهن، وفي حالة موت الشركاء كلهم أو بعضهم، تنتقل العقار المرهون إلى الورثة، وإذا أقتسم الشركاء العقار الشائع و أخذ كل واحد منهم حصة مفرزة من هذا العقار، فإن هذه الحصة المفرزة التي تقع في نصيب كل منهم تكون مثقلة بحق الرهن لصالح الدائن².

ج - 2 - رهن أحد الشركاء لجزء مفرز من العقار الشائع: إذا رهن الشريك على الشيوع جزءا مفرزا ينفذ هذا الرهن في حق الشركاء الآخرين ول هؤلاء أن يتمسكوا بحقوقهم في هذا الجزء المفرز باعتباره شائعا بينهم جميعا.

¹ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 891.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ج - 3 - رهن أحد الشركاء لحصته الشائعة في العقار الشائع: حيث إن كل شريك مشاع يملك حصته الشائعة وله حق التصرف فيها، فله أن يرهنها و يكون رهنه صحيحا ما دام العقار شائعا، وإذا باع هذه الحصة الشائعة انتقلت مرهونة إلى المشتري.

ب - الدين المضمون:

يشكل الدين المضمون ركن السبب في عقد الرهن وعليه يشترط فيه ما يشترط في سائر العقود وهذه الشروط هي:

ب - 1 - أن يكون الدين موجودا أو قابلا للوجود:

من خلال نص المادة 891 ق . م . ج تنص على: "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي، أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون، أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

ونستشف من نص المادة 891 ق . م . ج أن الدين المضمون لا يمكن أن يكون موجودا أو قابلا للوجود إلا إذا كان قد نشأ صحيحا وبقي قائما إلى حين انعقاد العقد وفي حالة ما نشأ الدين عن عقد باطل أو قابل للإبطال، كوجود عيب في الرضا مثلا أو عدم مشروعية السبب وعليه لا يمكن أن يكون الدين موجودا، ويكون عقد الرهن باطلا ولا ينتج أي أثر قانوني، وقد ينشأ الدين المضمون صحيحا ولكن أثناء انعقاد عقد الرهن ينقضي بأحد الأسباب وفي هذه الحالة لا ينشأ الرهن، وإذا نشأ يحكم عليه بالبطلان المطلق.¹

¹ - زليخة لحميم، المرجع السابق، ص. 102

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ب - 2 - أن يكون الدين المضمون مشروعاً:

يعتبر الدين المضمون هو سبب وجود الرهن، لذلك وجب أن يكون هذا الدين مشروعاً ليس مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وإذا كان كذلك أعتبر الرهن كذلك، مثلاً كأن يكون الدين ناتج عن مقامرة، أو الوعد بارتكاب جريمة، وهذه الديون تأخذ حكم العدم وذلك لعدم مشروعية السبب وهذا طبقاً للمادتين (97 - 98 ق . م).¹

وفي حالة ما كان السبب المذكور في العقد سورياً وكان للعقد سبب آخر غير مشروع، ففي هذه الحالة عبء الإثبات يقع على من يدعي أن سبب العقد غير مشروع وإذا ثبت ذلك يبطل العقد.

ب - 3 - أن يكون الدين محدداً تحديداً كافياً:

يتم تحديد الدين تحديداً كافياً من ناحيتين، من ناحية المصدر ومن ناحية المقدار فيقصد بالأولى تحديد السبب المنشئ للالتزام أي السبب الدافع للمدين للالتزام بهذا الدين وضمانه بعقاره، وقد يكون محل الدين عملاً أو امتناع عن عمل أو نقل الملكية، أما الثاني فيجب تحديد مبلغ الدين المضمون في عقد الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين (م 891 ق . م)، ويتم تحديد مبلغ الدين وقت إنشاء الرهن.

¹ - المادة 97 من القانون المدني تنص "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً".

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ب - 4 - يجب أن يكون الدين المضمون قابلاً للتنفيذ الجبري:

وهو ما يدفعنا للبحث في مسألة نوع الالتزام الذي يصلح أن يكون مضموناً بالرهن.

في حقيقة الأمر أن أي التزام صالح أن يكون مضموناً بالرهن سواء، كان الالتزام المضمون هو التزام بدفع مبلغ من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عنه ولا يهم نوع المصدر إذا كان تصرف قانوني أو واقعة قانونية، أو العقد منجز أو مقترن بأجل أو بات، أو معلق على شرط واقف أم فاسخ.

كما أنه يصح أن يكون الرهن ضامناً للالتزام مستقبلي كفتح اعتماد، ويصح أيضاً أن يكون محل الضمان التزام بمجرد احتمالي لفتح حساب جاري، أما الالتزام الطبيعي فلا يصلح أن يكون الرهن ضامناً به، لأنه يشترط في الدين المضمون أن يكون الرهن من الديون التي يمكن إجبار المدين على تنفيذها.¹

المطلب الثاني: شروط نفاذ الرهن الحيازي العقاري في مواجهة الغير

تنص المادة 966 من القانون المدني على أنه "يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب تسليم الملك للدائن، أن يقيد عقد الرهن العقاري وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي".²

وعليه لنفاذ الرهن الحيازي العقاري في حق الغير يجب أن تنتقل الحيازة وأن يتم قيد الرهن في السجل العقاري وبذلك نتناول تباعاً الفروع التالية:

¹ - كليل صفية، المرجع السابق، ص. 29.

² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

الفرع الأول: القيد

يعتبر القيد وسيلة لشهر الرهن الحيازي العقاري وباقي الحقوق العينية الأخرى الواردة على عقار، فهذا الاجراء لازم لكي ينتج اثاره في مواجهة الغير.¹

والغرض من هذا الاجراء هو حماية الائتمان العقاري وتوفير الثقة في المعاملات العقارية، من خلال اعلام المتعاملين مع المدين بالحقوق التي تثقل أمواله بالديون التي تضمنتها هذه الاموال، وعليه ومن خلال ما تم ذكره سنتناول في النقاط التالية كل من اجراء القيد (أولاً)، تجديد القيد ومحوه (ثانياً)، ومصاريف القيد (ثالثاً)

أولاً: اجراء القيد

لدراسة القيد نعرض فيما يلي: مكان اجراء القيد، أطراف القيد، كيفية القيد، ونجد أن القانون المدني الجزائري قد أحال بخصوص تلك المسائل إلى قانون التنظيم الشهر العقاري والتفصيل كالاتي:

1 - مكان اجراء القيد:

يتم اجراء القيد في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصه، وإذا كان العقار أو العقارات واقعة في دائرة اختصاص مكاتب متعددة وجب اجراء الشهر في كل مكتب منها.²

لقد حدد المشرع في المادة 99 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري اجال إتمام اجراءات القيد من يوم تاريخ ابرام العقود وذلك من أجل مصلحة

¹ - محمد حسنين منصور، النظرية العامة للائتمان ، ص. 274.

² - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

الدائن المرتهن حتى تتقرر مرتبته على هذا العقار وعليه يجب على الدائن أن يبادر إلى قيد رهنه بمجرد انعقاد الرهن صحيحاً.¹

وبالرغم من أن إجراء قيد الرهن حق من حقوق الدائن المرتهن إلا أنه يرد عليه استثناءات تمنعه من هذا الحق وتمنع نفاذ القيد وهي كالاتي:

أ - شهر افلاس الراهن

قد يحدث وأن يصدر حكم شهر افلاس الراهن قبل أن يقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد الرهن في مكتب الشهر العقاري ففي هذه الحالة يمنع اتمام قيد الرهن.

ب - موت الراهن:

إذا تم قيد الرهن قبل وفاة الراهن فيرتب القيد أثره من وقت اجراءه، أما إذا لم يقيد الرهن قبل وفاة الراهن فإن الرهن لا يكون نافذاً في حق الدائنين الآخرين ويصبح الدائن المرتهن متساوياً مع الدائنين العاديين وليس له الحق في الامتياز.

ج - تسجيل التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون:

إذا تم تسجيل التنبيه بنزع الملكية ولم يتم شهر الرهن ففي هذه الحالة لا ينفذ في حق الدائنين وفي حق الغير الذي قام بتسجيل نزع الملكية.²

¹ - مرسوم 63/76 متعلق بتأسيس السجل العقاري.

² - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، د. ط، 2001، ص. 474.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

2 - أطراف القيد:

أ - بالنسبة لطالب القيد:

تتم اجراءات الشهر بناء على طلب ذوي الشأن، ومن يقوم مقامهم وعليه يستطيع كل من الدائن المرتهن وورثته القيام بإجراء القيد، ويعتبر القيد من الاعمال النافعة نفعا محضا بالنسبة للدائن المرتهن فانه يكفي لإجرائه سن التمييز، كما تكفي أيضا الوكالة.¹

كما يجوز لخلف الدائن المرتهن أن يطلب قيد الرهن المقرر لمصلحته.²

بالنسبة لمن يطلب القيد ضده، فهو الراهن سواء هو المدين أو الكفيل العيني، وإذا توفي الراهن فإنه يجوز إجراء القيد على اسمه، أو على أسماء الورثة مادامت مصاريف القيد و التجديد والشطب تقع عليه (الراهن).

3 - كيفية اجراء القيد:

يتم اجراء القيد على مرحلتين هما كالتالي:

أ - المرحلة الأولية (التمهيدية):

يتم من خلال هذه المرحلة بتقديم طلب الشهر، حيث يقوم محافظ الشهر العقاري بفحص طلب القيد المقدم من طالبه و التأكد من صلاحيته للشهر من الوجهة القانونية ومن حيث استكمالها على البيانات الأساسية التي تضمنتها م 24 من مرسوم 63/76 متعلق بتأسيس السجل العقاري.³

¹ - محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص ص. 275 - 276.

² - علاوة هوام، المرجع السابق، ص. 37.

³ - مرسوم 63 / 76 متعلق بتأسيس السجل العقاري.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ب - المرحلة الختامية (النهائية):

تتم هذه المرحلة في مكتب الشهر، حيث يجب تقديم عقد الرهن المؤشر على مشروعية صلاحيته للشهر بعد توثيقه ومع بيانات الرهن، وبعد تأكد المكتب من البيانات في دفتر الشهر خلالها يقوم بإثباتها برقم متتابع مع ذكر التاريخ والساعة لتحديد أسبقية القيد.¹

ثانيا: تجديد ومحو القيد

لا يكفي اجراء القيد مرة واحدة بل يلزم تجديده كل 10 سنوات، و التجديد واجب وهذا طبقا لنص المادة 96 من المرسوم 63/76 الذي يقضي بما يلي: "تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيلة 10 سنوات ابتداء من تاريخها، ويقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الاجل".²

ويتمثل أهمية القيد في نفاذ الرهن في مواجهة الغير، وفي تحديد مرتبة الدائن المرتهن في الرهن من القيد الأول ومنه يكون للمرتهن ان يحافظ على المرتبة التي أجرى فيها القيد الأول، وهذا هو الأثر المباشر لتجديد القيد.

وفي حالة لم يتم التجديد خلال المدة المحددة قانونا، أعتبر القيد كأن لم يكن، أما اذا قام الدائن بتجديد القيد بعد فوات المدة القانونية فإنه يفقد المرتبة التي أكتسبها عند القيد الأول وتحسب مرتبته من تاريخ التجديد اللاحق.

¹ - عبد الله عبد الجليل، قاعدة عدم الحيازة في الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص. 119.

² - مرسوم 63/76 متعلق بتأسيس السجل العقاري

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

قد ينقضي الدين المضمون بالرهن بأحد أسباب الانقضاء الاصلية ، أو التبعية فلا يبقى مبررا لاستمرار القيد، فيتم محوه بالتأشير على هامشه، بما يفيد عدم اعتباره قانونا.¹

ثالثا: مصاريف القيد

نستشف من خلال نص المادة 906 من القانون المدني الجزائري أن مصاريف القيد يتحملها المدين الراهن سواء أكان مدينا أو كفيلا عيني، فالمدين هو الذي تقع على عاتقه المصاريف لأنه هو المسؤول عن الدين وعن الرهن، ويستوي في ذلك حتى وإن كان كفيلا عينيا.

وحكم المادة 906 ق . م ليس من النظام العام لذلك يمكن للأفراد اقتسام مصاريف القيد، ويمكن أن يتحملها الدائن نفسه.²

الفرع الثاني: الحيازة

لنفاذ الرهن في مواجهة الغير أن يكون العقار في حيازة الدائن المرتهن، فتسليم العين ونقل حيازتها للدائن المرتهن حيازيا وهذا هو ما يميز الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي، وعند عدم نقل الحيازة فلا ينفذ الرهن في حق الغير وحينها لا يحتج المرتهن بحقه على الغير الذي يكسب حقا عينيا على العقار المرهون قبل نفاذ الرهن في مواجهته.

¹ - همام محمود زهران، المرجع السابق، ص.469.

² - كليل صفية، المرجع السابق، ص. 34.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

أولاً: تعريف الحيازة

الحيازة واقعة مادية تنشأ عن سيطرة الشخص على شيء أو حق بصفته مالك لهذا الشيء أو صاحب حق عليه، وتتجسد بمباشرة الأعمال المادية على النحو الذي تقتضيه طبيعة الشيء محل الحيازة.¹

1- أركان الحيازة:

تقوم الحيازة على ركنين هما: المادي والمعنوي

أ - الركن المادي:

هو مجموعة الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز سواء أكان مالكا أو صاحب حق عيني آخر و شرط تحقق الحيازة يجب أن يكون محل الحيازة تحت السيطرة الفعلية، أي الاستحواذ الفعلي عليه.²

ويشترط في الأعمال المادية أن تكون من حيث التكرار و الكثرة والاهمية مطالبة للمألوف في استعمال الاشياء وكافية للدلالة على وضع يده، بحيث لا يعتري الانسان أو يشك الغير بأن ممارسة هذه الأعمال هو صاحب الحق على الشيء.³

ب - الركن المعنوي:

والسلطة الفعلية والمادية التي يباشرها الشخص الحائز على الشيء يجب ان تكون بالقصد مزاولة الحق موضوع الحيازة، فالركن المعنوي التي تقوم عليه الحيازة

¹ - زودة عمر، مجموعة محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة- السنة الثانية بالمدرسة العليا للقضاء، السنة الدراسية 2004-2005.

² - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.523.

³ - عبد المنعم بدرأوي، التأمينات العينية، ط 2، دار النهضة العربية، 1979، ص. 526.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

هو نية الحائز في أن يظهر بمظهر المالك وصاحب الحق العيني الآخر والعمل لحساب نفسه، فمن يشتري مكتبة بنية تملك كل ما فيها من مؤلفات فإن حيازته تمتد الى جميع هذه المؤلفات حتى وان كان يجهل نوعها ومقدارها، أو من يحوز قطعة ارض بنية تملكها فهو يملك كل ما تحتويه هذه الأرض حتى ولو لم يكن يعلم الحائز حقيقتها كالأحجار والمعادن التي تحتويها الأرض.¹

2 - الشروط الواجب توافرها في الحيازة:

قد رأينا أن الحيازة باعتبارها شرطاً لنفاذ الرهن في حق الغير تعتبر وسيلة للشهر إذ بها يعلم الغير أن الشيء مرهون، أو في الأقل يشك في وجود الرهن فيعمل على التحقق من صفة الحائز.

ولهذا يجب أن توافر في هذه الحيازة عدة شروط حتى تكون صالحة لتحقيق هذا الهدف فيجب أن تكون ظاهرة ومستمرة.

أ - شرط الاستمرارية:

ويراد بالاستمرار قيام واضع اليد والحائز بأعمال متكررة على العقار بما يطابق طبيعة الحق الذي يدعيه هذا العقار بطريقة منتظمة مستمرة دون أن يعيب انتفاعه نقص، أو تتوسط أعماله مدد مختلفة فينقطع فيها وضع اليد.

يجب أن يكون انتقال الحيازة مستمرا ودائما وهذا من خلال نص المادة 952 ق م على أنه: "إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن أنقضى الرهن إلا إذا أثبت الدائن

¹ - محمودي عبد العزيز/الحاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، ط1، س. ن 2011-2012، منشورات بغداددي، ص ص.33-34.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

المرتتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن، كل هذا دون اخلال بحقوق الغير".

ورجوع الحيازة الى الراهن قرينة بسيطة على انقضاء الرهن، فيستطيع الدائن المرتتهن إثبات أن الرهن لم ينقضي بهذا الرجوع، وأنه كان بسبب عارض كإصلاح الشيء المرهون مثلاً.¹

في الاصل ان تبقى حيازة العقار المرهون للدائن دون الراهن طوال مدة الرهن برضا الدائن المرتتهن وبذلك كان قرينة على تنازله عن الرهن وانقضى الرهن تبعاً لذلك، إلا أنها قرينة بسيطة يثبت الدائن أنه لم يقصد بإرجاعه انقضاء الرهن بل سلمه للراهن على سبيل الايجار.

وللدائن المرتتهن التخلي عن الحيازة لغير الراهن وهو أمر جائز ولا يبطل الرهن ويبقى صحيحاً في حق الغير، لأن الحيازة لم تنتقل للراهن وإنما لغير الراهن.²

ب - شرط الظهور العلني

لا يستلزم أن يحوز الدائن أو الأجنبي الشيء ذاته حيازة مادية حقيقية، فتكفي الحيازة الرمزية اذا تحققت بها السيطرة الفعلية على الشيء بطريقة واضحة لا غموض فيها، سيطرة تحول دون الراهن وامكان الاستفادة من الشيء في زيادة ائتمانه.

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - التأمينات العينية، طبعة 2010، دار الهدى، الجزائر ص. 259-260.

² - كليل صفية، المرجع السابق، ص. 35-36.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

ونظرا إلى أن الديون في ذاتها تعتبر اشياء معنوية، فلا يمكن حيازتها الا عن طريق حيازة السندات المثبتة لها، وتكفي هذه الحيازة كشرط لنفاذ الرهن في حق الغير.

ويتحقق ظهور الحيازة، بأن تكون مؤدية إلى دخول الشيء في حيازة الغير بصورة واضحة، ويتحقق دور هذه الحيازة في اعلان الغير بالرهن وهذا يقتضي أن الحيازة تكون حقيقية تنطوي على سلطة مادية ظاهرة على الشيء المرهون.

ثانيا: الغرض من انتقال الحيازة:

تعتبر الحيازة من الأمور الجوهرية في الرهن الحيازي العقاري لنفاذه في مواجهة الغير، وهذا وإن كان المشرع قد أشرط في المادة 966 ق. م. ج "يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم الملك للدائن ، ان يقيد عقد الرهن العقاري وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي".¹

ومن خلال نص المادة السابقة الذكر نستشف من خلالها أن المشرع إلى جانب التسليم والقيد إلا أن هذا الإجراء لا يعني عن الحيازة، ويرجع السبب في ذلك إلى:

- **السبب الأول:** تمكين الدائن المرتهن من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه، وتمكينه أيضا من مباشرة دوره كدائن مرتهن فيستطيع أن يحافظ على العين المرهونة ، أن يديرها، وأن يستغلها، وأن يحاسب الراهن على كل ذلك إلى أن ينتهي الرهن، فيردها إلى مالكيها.

¹ - الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

- أما السبب الثاني: وهو يرجع إلى شهر الرهن بالنسبة إلى الغير، ما دامت الحيازة قد انتقلت من الراهن، أي أن الشيء المرهون لم يعد من املاك الراهن الحرة الخالية من حقوق الغير عليها، وهذا من أجل اعلام الغير بوجود حق الرهن الحيازي على العين المرهونة فلا يطمأن للتعامل في هذه العين.¹

فانتقال الحيازة إذن يقوم بمهمتين: أحدهما فيما بين المتعاقدين إذ يتمكن الدائن المرتهن من أن يقوم بالتزامه نحو الراهن ومن أن يستعمل حقوقه كحق الحبس. والثاني بالنسبة إلى الغير أن يعلن بانتقال الحيازة للغير بوجود رهن حيازة.

ثالثا: لمن تنتقل الحيازة:

لا يلزم أن تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن نفسه، فيجوز أن تنتقل كما يظهر من نص المادتين 948 ق. م. ج تنص على أن "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص أن يسلم إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى أن يستوفي الدين....."، والمادة 951 ق. م التي تنص على "ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه".²

وبتبيين من ذلك أن العدل يجب أولا أن يتفق عليه المتعاقدان، الراهن والدائن المرتهن، ولا ضرورة لأن يدخل العدل في هذا الاتفاق، ولا يشترط في الاتفاق على العدل أي شرط خاص ويكون اثباته خاضعا للقواعد العامة، ويصح أن يكون العدل دائما مرتهنا سابقا، فيحوز الشيء بصفته دائما مرتهنا وبصفته عدلا نائبا عن دائن

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص ص. 788-789.

² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

الفصل الأول: إنشاء الرهن الحيازي العقاري

مرتتهن آخر، ولكن لا يصح أن يكون هو الراهن إذ لا يوجد ما يستدل منه على وجود الرهن.¹

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 215.